Justicia Terapéutica: un nuevo paradigma legal

Directores

David B. Wexler

María Silvia Oyhamburu

Francisca Fariña Rivera

Directores y autores

David B. Wexler

Universidad de Puerto Rico

María Silvia Oyhamburu

Jueza de la Cámara Penal de La Plata, Provincia de Buenos Aires, Argentina

Francisca Fariña Rivera

Universidad de Vigo

Autores

Rui Abrunhosa Gonçalves

Universidad do Minho

Alberto Amiot Rodríguez

Magistrado del Poder Judicial de Chile

Ramón Arce

Universidad de Santiago de Compostela

Lorana Bartels

Universidad Nacional Australiana

Sofía M. Cobo Téllez

Instituto Nacional de Ciencias Penales de México

Olga Cunha

Universidad do Minho

Catalina Droppelmann Roepke

Pontificia Universidad Católica de Chile

Pablo Grande Seara

Universidad de Vigo

Mercedes Novo

Universidad de Santiago de Compostela

Michael L. Perlin

Universidad de Nueva York

Esther Pillado González

Universidad de Vigo

Daniel Pulcheiro

Universidad Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

Dolores Seijo

Universidad de Santiago de Compostela

Marta Sousa

Universidad do Minho

Amalia Valdés Riesgo

Pontificia Universidad Católica de Chile

M.ª José Vázquez

Universidad de Vigo

Michel Vols

Universidad de Groningen

Sumario

Presentación

Capítulo I. La aplicación terapéutica de la Ley y la necesidad de informes *Amicus iustitia,* David B. WEXLER

Capítulo II. «¿Has visto a la dignidad?»: la historia del desarrollo de la justicia terapéutica, Michael L. PERLIN

Capítulo III. La entrevista cognitiva como una herramienta de justicia terapéutica, Francisca FARIÑA, Mercedes NOVO y Ramón ARCE

Capítulo IV. Una mirada al programa de oportunidad del cumplimiento de la libertad condicional en Hawái conocido como «hope» (esperanza) bajo la perspectiva de la justicia terapéutica, Lorana BARTELS

Capítulo V. Justicia terapéutica y el paradigma del desistimiento: más allá de un maridaje, Catalina DROPPELMANN ROEPKE y Amalia VALDÉS RIESGO

Capítulo VI. Reconocimiento mutuo de resoluciones sobre medidas alternativas a la prisión provisional en la Unión Europea, Pablo GRANDE SEARA

Capítulo VII. Proceso penal: componentes terapéuticos *vs.* antiterapéuticos, María Silvia OYHAMBURU

Capítulo VIII. Los Tribunales de Tratamiento de Drogas: una respuesta alternativa desde la Justicia Terapéutica, Sofía M. COBO TÉLLEZ y Alberto AMIOT RODRÍGUEZ

Capítulo IX. Justicia Terapéutica y armonización del Sistema de Justicia Penal Juvenil Europeo, Esther PILLADO GONZÁLEZ

Capítulo X. Justicia Terapéutica e intervención con ofensores, Rui ABRUNHOSA GONÇALVES, Marta SOUSA y Olga CUNHA

Capítulo XI. Justicia terapéutica y educación en la cárcel: una mirada desde la óptica brasileña, Daniel PULCHEIRO

Capítulo XII. Justicia terapéutica e intervención con familias en conflicto: la coordinación de parentalidad, Francisca FARIÑA, Dolores SEIJO y M.ª José VÁZQUEZ

Capítulo XIII. Vecinos salidos del infierno: resolución de problemas y legislación sobre vivienda en los Países Bajos, Michel VOLS

Presentación

«…como sucede con cualquier viaje, lo esencial es saber dónde quieres estar al finalizar el camino; por eso, antes de planificar tu ruta, deberás preguntarte cómo quieres que sea tu vida cuando el proceso acabe» (Webb y Ousky, 2006).

La Therapeutic Jurisprudence traducido por Justicia Terapéutica, TJ en sus siglas del inglés, aunque tiene su origen a finales de la década de los ochenta, la constitución oficial se considera con la publicación «The development of Therapeutic Jurisprudence» (Wexler y Winick. 1999). En un primer momento, la TJ fue vista como una orientación relevante dentro del movimiento denominado Comprehensive Law, surgido por la crisis del sistema de justicia de corte punitivo.

Sin embargo, la Justicia Terapéutica actualmente es más que un movimiento en razón que puede proponerse como un nuevo paradigma dentro del contexto legal, ello por haberse constituido en uno de los pilares de una corriente humanista, integradora y de intervención psicológica en la aplicación de la ley.

La Justicia Terapéutica se centra en el papel de la ley como agente terapéutico, pondera el impacto terapéutico y antiterapéutico de los paisajes legales (normas y procedimientos legales) y de las prácticas y técnicas (roles de los abogados, jueces y demás agentes que intervienen en el ámbito legal y judicial). Se ocupa del impacto de la ley en el espectro emocional y el bienestar psicológico de las personas, valorando los resultados psicológicamente saludables obtenidos por los destinatarios de la norma en su aplicación.

Por su objeto de estudio, la Justicia Terapéutica examina las propiedades terapéuticas y antiterapéuticas de las leyes y las políticas públicas, los sistemas legales, las instituciones legales y de resolución de disputas. En consecuencia, el término Justicia Terapéutica refiere a la cualidad «terapéutica» de la aplicación de la ley, aportando a la obtención de los resultados buscados de la manera más beneficiosa posible a las partes directamente afectadas, situación que redunda a favor de la ciudadanía en general.

Esta corriente de pensamiento y práctica busca y propone ver al Derecho de una forma más enriquecedora, instando a que los agentes legales reconozcan que pueden ser actores importantes para generar un cambio y que sus palabras, acciones y conductas afectarán de manera invariable en las personas destinatarias de su actuación. La sociedad va cambiando a lo largo del tiempo, lo que implica adaptar los recursos existentes a las situaciones actuales y la fuerza radica en el

convencimiento de que las personas en conflicto pueden superarlos con un acompañamiento profesional adecuado.

Pretendemos que esta obra, dirigida a los profesionales de diferentes disciplinas relacionadas con la Ley, agentes legales, operadores del sistema de justicia, integrantes de los Poderes del Estado, instituciones académicas y organizaciones sociales, contribuya a visibilizar y difundir la Justicia Terapéutica.

A la par, vaya el merecido reconocimiento a todos y cada uno de los Autores que con su valioso aporte han hecho posible la presente recapitulación que persigue recrear el objetivo de «Humanizar la Ley».

En definitiva, es una invitación a compartir el recorrido de un camino teórico-práctico que, basado en la evidencia científica, acreciente el interés por poner en práctica los principios que la Justicia Terapéutica promueve, redoblando el compromiso para concretar sus postulados y permitir acceder a una visión diferente del mundo legal.

LOS DIRECTORES

Septiembre, 2020

Índice sistemático

Capítulo I La aplicación terapéutica de la Ley y la necesidad de informes *Amicus iustitia*[1]

David B. WEXLER

Universidad de Puerto Rico

Traducción realizada por Carla MÍGUEZ y Miguel CUEVAS (Universidad de Vigo)

1. Introducción

Desde el momento en el que escribo mi ensayo *New Wine in New Bottles*[2], en el que el contexto jurídico o disposiciones se conceptualizó como «botellas» y el desarrollo de las prácticas y técnicas de Justicia Terapéutica (TJ) se concibieron como el «vino» o «líquido» nuevo, he estado pensando sobre la necesidad de algunos nuevos tipos de escritos jurídicos.

El trabajo *New Wine* expresa de manera imaginaria la necesidad de esbozar un «código» TJ (entre comillas intencionadamente) de los procesos y prácticas penales, donde las disposiciones de fuentes hipotéticamente respetuosas con la TJ deberían acompañarse de una sección de «comentarios» que detallasen cómo las prácticas TJ podrían ser trasladadas a las disposiciones del código. Este tipo de textos, por tanto, tratarían únicamente el *potencial* de una ley para aplicarse terapéuticamente; para poner en práctica este carácter terapéutico, los actores legales (jueces, abogados, etc.) necesitan usar tipos de prácticas TJ que la denominada ley propicia a la Justicia Terapéutica permitiría.

Dos ejemplos breves:

1. Una disposición ordinaria que permite la imposición de libertad condicional parecería ser favorable a la TJ, pero un juez que unilateralmente ordena la libertad condicional y sus condiciones podría no estar beneficiándose de una oportunidad terapéutica disponible. Por otro lado, considérese un magistrado que comienza el proceso solicitando al infractor información, pidiéndole que justifique con su opinión personal la pena y las condiciones que el infractor considera necesarias y apropiadas (por ejemplo, toque de queda,

[1] Original: Wexler, D. (2018). The Therapeutic Application of the Law and the Need for Amicus Justitia Briefs. Arizona Legal Studies Discussion Paper N.º 18-18. Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3168768

[2] Wexler, D, New Wine in New Bottles.

reuniones de alcohólicos anónimos, asistencia a la escuela). De acuerdo con la investigación en derecho procesal, este último caso debería aumentar la sensación de que el infractor está recibiendo un trato justo e imparcial y mejorar su acatamiento.

2. En el sistema federal de EE. UU., los tribunales no pueden verse envueltos en negociaciones de conformidad. Sin embargo, en algunos estados —como en Arizona— se permite la medicación judicial en las Criminal Settlement Conferences, y podría considerarse, entonces, que tiene un potencial significativo en TJ; no obstante, en algunas instancias los magistrados asignados como jueces para la conciliación simplemente requieren consejo si han considerado un acuerdo y si les gustaría tener tiempo adicional para pensar sobre el asunto. Por otro lado, un juez como el fallecido Michael Jones, un verdadero líder en TJ, celebró sólidos y bien organizados actos de conciliación con el fiscal, el acusado, la víctima, miembros de la familia y amigos de ambos. Las declaraciones realizadas en dichos actos son inadmisibles en el juzgado si un caso no prospera y la norma permite la disculpa y similares. Mike Jones se sorprendió por cuán a menudo una disculpa comenzó con una declaración de la familia del demandado. En cualquier caso, jueces como Jones fueron actores legales que rellenaron el procedimiento de conciliación con admirables prácticas y técnicas de TJ[3].

La investigación reciente en TJ habla a menudo de las «botellas» como asuntos relativos al Diseño Terapéutico de la Ley (TDL en sus siglas en inglés) y del «vino» o de las prácticas y de las técnicas como la Aplicación Terapéutica de la Ley (TAL en sus siglas en inglés). Más aún, para que la TJ prospere, TDL y TAL deberían ser vistos como elementos interrelacionados, a la manera de una metodología continua de análisis y reforma.

En otras palabras, tenemos en la actualidad un modo coherente de ver no solo el texto de la ley sino, también, su aplicación terapéutica —y este derecho vivo es, a menudo, desatendido en las iniciativas de reforma de la ley—.

Para poner remedio a esto, puedo incluso imaginar un nuevo tipo de profesional especializado en TAL. De hecho, una reciente conferencia inaugural en un congreso internacional sobre TJ en Nueva Zelanda, señalaba que «un especialista

[3] Wexler, D & Jones, M, Employing the «Last Best Offer» Approach in Criminal Settlement Conferences: The Therapeutic Application of an Arbitration Technique in Judicial Mediation.

en TAL necesitará concentrarse en una forma algo diferente de texto legal: apartados, guiones sugeridos, apoyos visuales, prácticas óptimas declaradas con claridad —formas de transmitir material importante a ocupados actores legales dispuestos a dedicarle a la manera de hacer en TJ un buen esfuerzo—, lo que, no obstante, necesita un camino interesante y eficiente para ponerse y mantenerse al día»[4].

2. La propuesta del informe *Amicus iustitia*

La nueva forma de escritos jurídicos que propongo aquí puede incorporar las sugerencias e inquietudes señaladas con anterioridad. **Del mismo modo en el que tenemos informes de terceros ajenos al litigio[5], necesitamos la categoría de informes *Amicus iustitia* —amigo de la justicia— con el fin de orientar y educar a los actores legales capacitados para la aplicación de la ley de una manera terapéutica.**

Normalmente, esto implicaría a los juzgados, si bien el alcance de la TJ sugiere que tales informes tendrían un valor enorme en otros ámbitos —para los educadores, los empresarios, los oficiales de policía y para muchos otros—.

Estos podrían moverse entre concisos blogs y artículos largos o manuales. Además de educar a los destinatarios, estos informes TAL pueden ayudar con el difícil objetivo de la *sostenibilidad*. La ley en sí misma —sea vinculante, promulgada, de acceso inmediato— no suele tratar el tema de la sostenibilidad. ¡Evidentemente, no sucede lo mismo con la aplicación creativa no estándar pero permisible de la ley!

Permítaseme presentar algunos ejemplos, procediendo desde el más sencillo al más importante pero inesperado:

- Los ejemplos de **libertad condicional y de los procedimientos de transacción penal** que señalamos anteriormente son normas amigables con la TJ que pueden dar un gran impulso a la TAL mediante la publicación de instrucciones *Amicus iustitia*, señalando cómo la TJ puede, de manera provechosa, impregnarse en esas etapas.
- Publiqué un blog sobre un procedimiento para la **cancelación de antecedentes penales** —que a primera vista era favorable a la TJ— en el que la cancelación fue el resultado pero donde el rápido procedimiento,

[4] Wexler, D, Moving Forward on Mainstreaming of TJ.

[5] Nota de los traductores: El original se refiere al concepto latino «amicus curiae».

centrado en cumplir los requisitos básicos, se quedaba corto respecto al impulso terapéutico que podría haber proporcionado[6]. Seguramente, los abogados y los jueces deberían ser formados en las formas básicas en las que la TJ podría, con un mínimo esfuerzo adicional, ser integrada en tales procesos.

- En una recientemente promulgada **«alternativa terapéutica»**, una Norma de Procedimiento Criminal de Puerto Rico ofrece una opción alternativa a algunas personas acusadas de diversos delitos y que tienen problemas de adicción. Las personas candidatas son evaluadas y un equipo interdisciplinar prepara un Plan de Tratamiento que es remitido al juzgado. En función de la conformidad de la persona candidata con el plan alternativo, el programa se pone en marcha. El texto de la ley hace pensar que el equipo preparará el plan y, entonces, lo planteará al acusado para que lo acepte o lo rechace. El lenguaje utilizado podría inclinar a los jueces a interpretar así la norma, pero, obviamente, *nada* en el texto indica que el equipo deba preparar el plan sin la participación activa y la retroalimentación del procesado. Una instrucción *amicus iustitia* podría garantizar que los juzgados y los equipos de tratamiento sean conscientes de la importante literatura sobre justicia procedimental y TJ y sobre el valor crucial de la opinión, que conlleva una mayor conformidad y sentimientos de trato justo. Tal instrucción podría resultar en una aplicación más terapéutica —y exitosa— de la nueva ley.

- Quizá el ejemplo más significativo de la necesidad de una **instrucción *amicus iustitica* clarificadora se encuentre en el programa HOPE Probation de Hawái**, especialmente a la luz de los excelentes trabajos recientes de la catedrática Lorana Bartels, una investigadora en derecho australiana que visitó Hawái, asistió en procedimientos judiciales relevantes y entrevistó al juez Alm, el fundador de este programa. Este parece seguir una aproximación *disuasoria*, sin ningún componente centrado en la rehabilitación. Se centra en rápidas, indiscutibles y proporcionadas consecuencias de la conducta indebida. Comienza con una «audiencia de advertencia» en la que se explica a las nuevas personas en libertad provisional cómo deben llamar cada día de la semana para saber si necesitan acudir a realizar un *test* de orina. Los errores son tratados en un «tribunal de sanciones», donde generalmente se imponen respuestas específicas, aunque generalmente moderadas. Las personas en libertad

[6] Wexler, D, *A Pro Formal Expungement Proceeding? A Lost Therapeutic Opportunity*.

condicional que lo hagan correctamente durante dos años pueden ser liberados temprano de la condicional, que generalmente habría durado un par de años más. El programa ha sido muy exitoso en Hawái y adoptado en muchas otras jurisdicciones; en algunas de ellas la tasa de éxito no ha tenido la misma evolución que en Hawái. Los hallazgos fascinantes, sorprendentes y tremendamente importantes del trabajo de Bartels son que, aunque HOPE parece en los libros de derecho una mera aproximación disuasoria, carente de retórica rehabilitadora, sus observaciones la llevan a pensar que se trata de un programa en gran medida de TJ. Su admirable trabajo —un blog, una monografía, etc.— detalla cómo el juez Alm actuó con una gran dosis de TJ y justicia procedimental. Por ejemplo, sus audiencias de advertencia se hacían de manera grupal, no solo para ahorrar recursos judiciales sino, también, para mostrar a los participantes que están siendo tratados del mismo modo, y que el juez desea que cada uno de ellos tenga éxito. Hay muchos aspectos más, obviamente, pero otra de las cuestiones interesantes es, como se indicó anteriormente, si una persona realiza adecuadamente el programa, los candidatos pueden terminarlo pronto —un claro rasgo del diseño favorable a la TJ—. Es aquí donde una instrucción *Amicus iustitia* parece esencial: sin ella, los jueces de otras jurisdicciones nunca serían conocedores del componente de la TJ —y la clara posibilidad de que este sea responsable del éxito de HOPE en el estado en el que surge—. Así pues, una instrucción proveerá una función formativa/de orientación y, por supuesto, ayudará a la sostenibilidad.

3. Conclusión

Así pues, ¿hacia dónde nos dirigimos? Yo mismo, por ejemplo, he encargado a mis estudiantes una tarea de revisión de la nueva Ley de Alternativa Terapéutica de Puerto Rico, con el objetivo de preparar una instrucción *amicus iustitia*, referente a los jueces, a los abogados defensores, a los fiscales y al personal del tratamiento. Mi asistente de investigación, Karla González, quien ha estado involucrada en gran medida en las actividades de TJ de forma desinteresada, ha optado por este proyecto como su trabajo de *maior*. Mi excelente asistente de investigación saliente, Myraida Meléndez, está ayudando con una presentación en *PowerPoint* sobre esta cuestión —en inglés y en español—.

Este tipo de redacción de instrucciones debería mostrarse como una excelente herramienta para la docencia, y debería orientar claramente a los estudiantes hacia un componente de TJ en su práctica. Es evidente, profesionales y académicos de

los ámbitos del derecho, la psicología, la criminología y otros campos podrían contribuir sobremanera a esta iniciativa.

A menudo, largos trabajos serían convenientes, en función, evidentemente, del particular estatuto que reciba la atención de la TAL, pero algunas de estas tentativas deberían ser adecuadas para ser tratadas en blogs. Espero que el *Therapeutic Jurisprudence in the Mainstream Blog*[7] sea un punto de partida apropiado para muchas de ellas, o bien como series ocasionales independientes de *Amicus iustitia* o, quizá, incorporadas en las existentes *Court Craft Series*[8].

[7] Therapeutic Jurisprudence in the Mainstream Blog.

[8] Court Craft Series.

Capítulo II «¿Has visto a la dignidad?»: la historia del desarrollo de la Justicia Terapéutica

Michael L. PERLIN[1]

Universidad de Nueva York

Traducción realizada por Carla MÍGUEZ y Miguel CUEVAS (Universidad de Vigo)

1. Introducción

Este artículo examina por primera vez la historia del desarrollo de la Justicia Terapéutica (TJ). Son varias las razones que me han llevado a escribir sobre este tema:

1) En 1993, tuve el privilegio de dirigir el primer simposio sobre Justicia Terapéutica en la escuela de derecho, cuando la idea de la TJ todavía no era muy conocida.

2) Soy amigo de David Wexler (uno de los dos «padres» de la TJ) desde finales de la década de los 70, cuando ambos formábamos parte del Cuerpo Especial en Cuestiones Legales y Éticas de la Comisión Presidencial de Salud Mental del presidente estadounidense Carter y nos hicimos amigos del difunto Bruce Winick (el otro «padre» de la TJ) aproximadamente al mismo tiempo, años antes de que la idea de la TJ surgiese en sus mentes.

3) Cuando Wexler publicó en 1990 su primer libro titulado «La Justicia Terapéutica: la ley como agente terapéutico»[2], me sentí tan halagado de que una de mis obras hubiese sido escogida, una crítica despiadada sobre la decisión llevada a cabo por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en *Parham* y J.R.[3](una instancia que dotaba de *menos* garantías procesales a menores que reciben internamiento involuntario que a adultos con la misma condena), como uno de los artículos precursores en su colección

[1] Original: Perlin, Michael L., «Have You Seen Dignity?»: The Story of the Development of Therapeutic Jurisprudence (March 13, 2017). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2932149 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2932149

[2] David B. Wexler Therapeutic Jurisprudence: The Law as a Therapeutic Agent (Carolina Academic Press, Durham, 1990).

[3] Parham v J.R. 442 US 584 (1979).

(debido a que mi trabajo titulado «Una invitación al baile: una respuesta empírica a la teoría de los trabajosos minuetos procedimentales en Parham contra J.R. del Jefe de Justicia Warren Burgen» (*An Invitation to the Dance: An Empirical Response to Chief Justice Warren Burger's «Time-Consuming Procedural Minuets» Theory in Parham v JR)*[4] fue publicado años antes de que la expresión «Justicia Terapéutica» fuese pronunciada.

4) Antes de convertirme en profesor de universidad, estuve 13 años ejerciendo la abogacía: trabajé durante tres años como defensor público adjunto a cargo de la Oficina del Defensor Público del Condado de Mercer en Trenton (Nueva Jersey) y fui durante ocho años director de la División en Defensa de la Salud Mental en el Departamento del Defensor Público de Nueva Jersey. Hago referencia a esto porque rechazo completamente las constantes críticas que sugieren que la TJ no sigue los preceptos básicos y fundamentales de la ley de defensa en el proceso penal, una ley con base constitucional, o de la defensa de la salud mental, un tema que volveré a tratar más adelante.

5) De forma inmediata, me acogí a la TJ y durante los últimos 25 años ha sido el cuerpo y el alma de mi trabajo académico. Cuando recientemente visité la base de datos Westlaw, descubrí que había citado la TJ en 75 de los artículos que revisé, y que forman parte de dicha base de datos (y estoy seguro de que también está en por lo menos otros 30 o más artículos que no aparecen). Como podemos ver, no se trata de una moda pasajera. Durante los últimos años, prácticamente todos los artículos que he escrito se han centrado, en gran medida, en las repercusiones que la Justicia Terapéutica posee a la hora de buscar soluciones posibles al problema en cuestión. Además, me he encontrado con muchos problemas en los que la podemos aplicar.

El presente artículo va a seguir la siguiente estructura. En primer lugar, explicaré las primeras intuiciones de Wexler y Winick, incluyendo qué los llevó al momento «¡eureka!» y cómo nos han inspirado a tantos de nosotros. En segundo lugar, realizaré una pequeña puesta en escena del estado de las leyes de discapacidad psíquica a finales de 1980 y principios de 1990. Hago esto porque tanto Wexler como Winick han centrado sus investigaciones, al igual que yo, en las leyes de discapacidad psíquica y la TJ nació, en gran parte, a partir de las leyes de salud mental. En tercer lugar, hablaré sobre los primeros libros que Wexler y Winick publicaron, algunos de sus primeros artículos y algo que ya mencioné antes: la

[4] Publicado inicialmente en (1981) 9 Bull Am Acad Psychiatry Law.

primera conferencia que organicé en 1993 en la Escuela de Derecho de Nueva York (donde impartí clase durante más de 30 años).

En cuarto lugar, hablaré sobre la expansión de la TJ más allá del relativamente estrecho marco de las leyes de discapacidad psíquica, y sobre el significado de dicha expansión. En quinto lugar, trataré su internacionalización: es imprescindible hablar del impacto que la TJ ha tenido en otras partes, tanto en naciones con un sistema de derecho consuetudinario como en aquellas que poseen un sistema de derecho legislado. En sexto lugar, hablaré sobre su expansión desde el ámbito del derecho a la psicología, criminología, antropología y otras disciplinas (aunque resulta interesante notar que *no* se ha expandido de manera significativa al ámbito de la psiquiatría).

En séptimo lugar, analizaré hasta qué punto ha tenido un impacto en el funcionamiento de los tribunales de primera instancia y en la jurisprudencia. En octavo lugar, hablaré sobre los «tribunales de resolución de problemas», incluyendo los tribunales especializados en salud mental, en casos de drogas y otros, y me centraré en analizar hasta qué punto estos siguen los modelos de la TJ. En noveno lugar, hablaré sobre el propio trabajo que he realizado durante los últimos años y cómo enfoco la amplia gama de temas que estudio siguiendo la perspectiva de la TJ.

En décimo lugar, revisaré todas ideas más recientes de Wexler sobre los «viñedos» de la ley, la analogía de los vinos y botellas. En undécimo lugar, compartiré algunas de las ideas que tengo, como el hecho de que los abogados que se centran en temas de la TJ tienen que empezar a reflexionar con mayor seriedad cómo pueden inspirarse en la TJ en los diálogos que tienen con sus clientes. Y finalmente, en duodécimo lugar, especularé un poco sobre el futuro, prestando especial atención a la reciente creación de la Sociedad Internacional para la Justicia Terapéutica.

El título que propongo se inspira en la letra de la canción *Dignity* de Bob Dylan: Have you seen dignity?[5] (¿Has visto la dignidad?). Escogí esta letra por dos razones: en primer lugar, la primera vez que utilicé la letra de una canción de Dylan, recurrí a esta canción porque encapsulaba perfectamente el problema que estaba estudiando (una decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos que permitía a los acusados penales con enfermedades mentales representarse a sí mismos durante su juicio)[6]. En segundo lugar, y más relacionado con el tema, creo

[5] Bob Dylan «Dignity» (1991). www.bobdylan.com/songs/dignity/

[6] Godinez v Moran 509 US 389 (1993), posteriormente modificado por Indiana v Edwards 554 US 164 (2008). Véase Michael L. Perlin «"Dignity Was the First to Leave": Godinez v. Morán, Colin Ferguson, and the Trial of Mentally Disabled Criminal Defendants» (1996) 14 Behav Sci

que la *dignidad* es la clave de toda la Justicia Terapéutica, y no creo que podamos escribir o pensar con fundamento sobre la TJ sin tomarnos en serio el papel de la dignidad en el proceso legal[7].

2. Cómo empezó todo

Wexler ha escrito muchas veces sobre cómo la idea de la TJ surgió en su mente. Él había sido abogado del Departamento de Justicia de los Estados Unidos y, con 26 años, se convirtió en profesor de derecho. Solía escribir de manera regular sobre derecho penal, procedimientos penales y temas relacionados con las leyes de salud mental[8] pero, con el tiempo, empezó a darse cuenta de que su verdadero interés radicaba en la ley como terapia[9]. Entonces, cuando le invitaron a dar una charla en un taller patrocinado por los Institutos Nacionales de Salud Mental, utilizó esa oportunidad para «exponer la perspectiva de la ley como terapia, de la terapia a través de la ley, y revisé el trabajo que yo y otros llevamos a cabo y que encajaba de manera implícita con esta perspectiva. Por tanto, dicha conferencia hizo explícita la perspectiva de la Justicia Terapéutica»[10].

Law 61. Menciono posteriormente a Godinez y Edwards en, entre otros Michael L. Perlin y Naomi Weinstein «"Friend to the Martyr, a Friend to the Woman of Shame": Thinking about the Law, Shame and Humiliation» (2014) 24 So Cal Rev L & Soc'l Just 1, 86, pág. 17. Acerca de mi uso en general de las canciones de Dylan, véase Michael L. Perlin «Tangled up in Law: The Jurisprudence of Bob Dylan» (2010) 38 Ford Urb LJ 1395.

[7] Véase, entre otros: Michael L Perlin «"Yonder Stands Your Orphan with His Gun": The International Human Rights and Therapeutic Jurisprudence Implications of Juvenile Punishment Schemes» (2013) 46 Texas Tech L Rev 301, pág. 333 («uno de los principios centrales de la Justicia Terapéutica es su compromiso con la dignidad»). Véase en general, Michael L. Perlin «"There Are No Trials Inside the Gates of Eden": Mental Health Courts, the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Dignity, and the Promise of Therapeutic Jurisprudence» en Bernadette McSherry e Ian Freckelton (eds.) Coercive Care: Rights, Law and Policy (Routledge, London, 2013) 197.

[8] Véase, entre otros: David B. Wexler «Token and Taboo: Behavior Modification, Token Economies, and the Law» (1973) 61 Cal L Rev 81; David B. Wexler «The Structure of Civil Commitment» (1983) 7 Law and Hum Behav 1; David B. Wexler «Criminal Commitment Contingency Structures» en Bruce D. Sales (ed.) The Criminal Justice System (Springer, New York, 1977) 121; David B. Wexler y Stanley Scoville «The Administration of Psychiatric Justice: Theory and Practice in Arizona» (1971) 13 Ariz L Rev 1.

[9] David B. Wexler «The Development of Therapeutic Jurisprudence: From Theory to Practice» (1999) 68 Rev Jur UPR 691, pág. 693.

[10] En un correo electrónico reciente al autor con fecha de 7 de marzo de 2017 (en el archivo del autor). Véase también, entre otros, David B. Wexler «Therapeutic Jurisprudence: New Directions

Entonces, tres años después, Wexler publicó un libro titulado «La Justicia Terapéutica: la ley como agente terapéutico» cuyo principio rector era que «la ley en salud mental serviría mejor a la sociedad si se realizaran mayores esfuerzos en estudiar y mejorar el papel de la ley como agente terapéutico»[11]. Aquel libro reunió muchas piezas precursoras: artículos escritos desde la perspectiva de la Justicia Terapéutica antes de que la expresión formase parte de la literatura jurídica, incluyendo, tal y como había mencionado, mi trabajo sobre la ley de internamiento de menores en el capítulo sobre «aspectos terapéuticos del proceso legal»[12].

Me complació que en ese mismo capítulo Wexler incluyese un artículo escrito por dos colegas míos de cuando trabajaba como abogado (era director de la División en Defensa de la Salud Mental en Nueva Jersey): el análisis de John Ensminger y Thomas Liguori acerca de por qué una audiencia civil de internamiento, una idea repudiada por todos los doctores de hospitales del estado, poseía un verdadero potencial terapéutico[13]. Porque, de nuevo, sin haberle dado un nombre, esto es lo que había intentado hacer durante mis días como abogado litigante y como supervisor de otros profesionales que proporcionaban servicios legales, tanto de forma individual como en demandas colectivas/reformas legales/casos de prueba, a una población que quería ser puesta en libertad o que se quejaba de sus condiciones de confinamiento[14].

Wexler continuó su trabajo, a menudo junto a su colega y amigo el profesor Bruce Winnick (a quien años antes Wexler había conocido durante su año sabático cuando estuvo en la Escuela de Derecho de la Universidad de Miami) y, al año siguiente, coeditaron su primer libro: «Ensayos sobre Justicia Terapéutica» (*Essays*

---

in Law/Mental Health Scholarship» en Bruce D. Sales y Saleem A. Shah (eds.) Mental Health and Law: Research, Policy and Services (Carolina Academic Press, Durham, EEUU, 1996) 357.

11 David B Wexler «Preface» en David B Wexler Therapeutic Jurisprudence: The Law as a Therapeutic Agent (Carolina Academic Press, Durham, EEUU, 1990) vii.

12 Michael L Perlin «An Invitation to the Dance: An Empirical Response to Chief Justice Warren Burger's "Time-Consuming Procedural Minuets" Theory in Parham v JR» (1981) 9 Bull Am Acad Psychiatry Law 149.

13 Véase: John J. Ensminger y Thomas Liguori «The Therapeutic Significance of the Civil Commitment Hearing: An Unexplored Potential» en David B Wexler Therapeutic Jurisprudence: The Law as a Therapeutic Agent (Carolina Academic Press, Durham, EEUU, 1990) 245.

14 Véase, entre otros: Michael L. Perlin «Mental Patient Advocacy by a Public Advocate» (1982) 54 Psychiatric Q 169; Michael L. Perlin «Infinity Goes up on Trial: Sanism, Pretextuality, and the Representation of Defendants with Mental Disabilities» (2016) 16 QUT Law Review 106.

in Therapeutic Jurisprudence)[15]. Este libro presentaba una serie de ensayos que escribieron tanto de forma individual como en conjunto y, uno de ellos, fue escrito por Wexler y otro coautor. En la introducción de este libro, Wexler y Winnick expusieron algo que lleva siendo, durante más de un cuarto de siglo, el corazón de la TJ, describiéndola como el estudio de «la medida en la que las normas sustantivas, los procedimientos legales y el papel de los abogados y los jueces producen consecuencias terapéuticas o antiterapéuticas»[16]. Incluso entonces, Wexler y Winick fueron conscientes de que la TJ tendría que ir más allá de la disciplina jurídica[17]:

> Sin embargo, es evidente que la Justicia Terapéutica también se podrá aplicar en general en la psiquiatría forense, en la legislación médica, y en una amplia variedad de ramas jurídicas (derecho penal, legislación de menores, derecho de familia), y probablemente más allá del espectro jurídico.

Por tanto, en 1991 se sentaron las bases de la TJ. Aun así, quedaban por resolver algunas cuestiones: ¿Sería acogida, investigada y expandida? Pronto conocimos que la respuesta era «sí».

3. Tiempo y lugar

Es importante llevar a cabo una puesta en escena que nos permita ver cómo el desarrollo de la TJ encaja en el contexto del desarrollo de la ley de discapacidad psíquica. En estos momentos, la elección del momento oportuno fue crucial.

A principios de los años 70 surgió en la escena legal, de manos del Tribunal Supremo de los Estados Unidos y otros tribunales federales, una multitud de decisiones de base constitucional, que cambiaron por completo y de manera irrevocable el panorama jurídico. Por primera vez, en 1972, el Tribunal Supremo dictaminó que el debido proceso y las cláusulas sobre protección igualitaria de la Constitución estadounidense dictaminaban la naturaleza y la duración del internamiento civil[18]. También por primera vez, ese mismo tribunal dictaminó que

---

[15] David B. Wexler y Bruce J Winick (eds.) Essays in Therapeutic Jurisprudence (Carolina Academic Press, Durham, EEUU, 1991).

[16] David B. Wexler y Bruce J. Winick «Introduction» en David B. Wexler y Bruce J. Winick (eds.): Essays in Therapeutic Jurisprudence (Carolina Academic Press: Durham, EEUU, 1991) ix-ix.

[17] David B. Wexler y Bruce J. Winick «Introduction» en David B. Wexler y Bruce J. Winick (eds.): Essays in Therapeutic Jurisprudence (Carolina Academic Press: Durham, EEUU, 1991) x.

[18] *Jackson v Indiana* 406 US 715 (1972).

la enfermedad mental por sí sola no puede ser razón de internamiento involuntario[19]. Por primera vez, un tribunal federal dictaminó que las garantías procesales regían las reglas del tribunal de una audiencia de internamiento civil y que dicho proceso requería de una definición real de «peligrosidad», el fundamento para el internamiento[20]. Por primera vez, un tribunal federal dictaminó que las personas institucionalizadas tenían un derecho constitucional a recibir tratamiento[21]. Nunca nadie me contradijo entonces, cuando inicié mi tratado en discapacidad psíquica diciendo: «Dentro de la disciplina de derecho, son pocas las áreas de crecimiento que se puedan comparar con el sorprendente desarrollo de los litigios en discapacidad psíquica tanto como especialidad de práctica *y* como tema de un significado nuevo y mordaz para los abogados en general, tanto en Estados Unidos como en otras partes del mundo»[22].

Pero, por supuesto, esta emocionante expansión no duró para siempre. Después de la euforia inicial vivida por los defensores de los derechos de los pacientes entre principios y mediados de 1970, en muchos ámbitos, las decisiones del Tribunal Supremo empezaron a alejarse de aquellas lecturas que realizaban los tribunales federales sobre los derechos individuales, lo que provocó que estas decisiones ralentizasen el proceso de expansión de los derechos en muchas áreas de la ley[23]. Esto dio lugar inicialmente a un cambio en el que los tribunales de estado se convirtieron en el lugar principal en el que se celebraban las litigaciones sobre salud mental y las constituciones y estatutos del estado pasaron a ser las fuentes principales de dichos derechos[24].

---

19 *O'Connor v Donaldson* 422 US 563 (1975).

20 *Lessard v Schmidt* 349 F Supp 1078 (ED Wisconsin, 1972).

21 *Wyatt v Stickney* 325 F Supp 781 (MD Alabama, 1971); ratificada en *Wyatt v Aderholt* 503 F 2d 1305 (5ª edición publicada en 1974).

22 Michael L. Perlin y Heather Ellis Cucolo: Mental Disability Law: Civil and Criminal (3ª ed., edición de páginas sueltas, LexisNexis 2017) § 1-1, págs. 1-1-1-2.

23 Véase, entre otros: *Vitek v Jones* 445 US 480 (1980), pág. 494; *Parham v J.R.* 442 US 584 (1979), págs. 606-608; *Addington v Texas* 441 US 418 (1979), págs. 431-432 ; *Youngberg v Romeo* 457 US 307 (1982); *Mills v Rogers* 457 US 291 (1982) ; *Pennhurst State School and Hospital v Halderman* 465 US 89 (1984).

24 Michael L. Perlin y Heather Ellis Cucolo *Mental Disability Law: Civil and Criminal* (3ª ed., edición de páginas sueltas, LexisNexis 2017) §1-2.1, págs. 1-9-1-10.

En uno de mis artículos analicé este cambio hacia los tribunales de estado[25], donde probaba lo que Wexler había dicho: «las leyes tradicionales [basadas en la constitución] sobre salud mental están desapareciendo»[26] o, en términos más optimistas, que entonces hubo «un período de calma en la evolución de la ley en salud mental» y que «[se necesitaba] una nueva perspectiva que rejuveneciese el área y le infundiese atractivo académico»[27]. Era el momento propicio de la Justicia Terapéutica.

4. Mi participación temprana

La primera vez que traté con Wexler el tema de la TJ fue en una conferencia de profesores de derecho que tuvo lugar a finales de 1980, pensando que era la idea más innovadora que había escuchado en años. Cité por primera vez el trabajo de Wexler en 1991 en un artículo sobre desinstitucionalización, marginalización e indigencia en el que incluí una nota a pie de página que decía: «Para obtener una nueva e importante perspectiva sobre los temas subyacentes, véase el libro de D. Wexler "La Justicia Terapéutica: la ley como agente terapéutico" (1990) (en el que se trata del impacto terapéutico de las intervenciones legales)»[28]. Al año siguiente incluí en un artículo que escribí sobre el caso *Tarasoff*[29] un debate textual sustancial sobre la TJ en el que dije[30]:

> Voy a… examinar las «nuevas direcciones» que sigue el progreso del caso *Tarasoff* teniendo en cuenta dos constructos importantes: los instrumentos

---

25 Michael L. Perlin «State Constitutions and Statutes as Sources of Rights for the Mentally Disabled: The Last Frontier?» (1987) 20 Loy LA L Rev 1249.

26 David B. Wexler «Putting Mental Health into Mental Health Law: Therapeutic Jurisprudence» (1992) 16 Law Hum Behav 27, pág. 30.

27 David B. Wexler y Bruce J. Winick «Therapeutic Jurisprudence as a New Approach to Mental Health Law Policy Analysis and Research» (1991) 45 U Miami L Rev 979, págs. 980-981.

28 Michael L. Perlin «Competency, Deinstitutionalization, and Homelessness: A Story of Marginalization» (1991) 28, Hous L Rev, 63, n.º 151, págs. 88

29 *Tarasoff v Regents of the University of California* 551 P 2d 334, 340 (Cal 1976) (en determinadas circunstancias, cuando un psiquiatra determina (o debería haber determinado) que su paciente presenta un «peligro serio de violencia a otros, este tiene el deber de utilizar las medidas apropiadas para proteger a la posible víctima contra dicho peligro; de lo contrario, sería responsable de los agravios ocasionados»).

30 Michael L. Perlin «*Tarasoff* and the Dilemma of the Dangerous Patient: New Directions for the 1990's» (1992) 16 Law and Psychol Rev 29, pág. 31. Véase también: Michael L. Perlin «"You Got No Secrets to Conceal": Considering the Application of the *Tarasoff* Doctrine Abroad» (2006) 75 U Cin L Rev 611.

> de psicología cognitiva (como la heurística) mediante la cual se intentan simplificar tareas complejas de procesamiento de información y la «Justicia Terapéutica» (la investigación sobre la cuestión de si las normas jurídicas perjudican o mejoran el funcionamiento del sistema de discapacidad psíquica)…Concluiré sugiriendo que, para «resolver» el dilema de la obligación que tienen los médicos a la hora de lidiar con pacientes peligrosos, debemos tener en cuenta estos últimos conceptos: la integración del caso *Tarasoff* con otras doctrinas jurisprudenciales, y la puesta en práctica de [los] constructos sobre psicología cognitiva/ Justicia Terapéutica.

Aunque en esta obra parecía que me había convertido recientemente, en realidad mi interés era anterior a esta. En 1976, en uno de mis primeros artículos, que trataba sobre el uso de informes psiquiátricos en causas penales, mencioné lo siguiente cuando describía aquello que yo llamaba casos «estrafalarios»[31].

> Imaginen que a un acusado se le acusa de un delito menor (como, por ejemplo, un hurto menor) que, no obstante, nos lleva a preguntarnos sobre la posible existencia de un problema psiquiátrico (por ejemplo, un caso en el que el acusado solo roba medias), un examen psiquiátrico nos puede servir para determinar el problema real (si, existe uno en realidad) y orientar al acusado hacia un programa de tratamiento terapéutico adecuado.

Este artículo tan solo ha sido citado un par de veces y, a decir verdad, ya me había olvidado por completo de él. Aun así, puedo argumentar que, de manera inconsciente, las raíces de la TJ ya se habían instalado en mi mente (y todo esto sucedía cuando trabajaba como abogado).

Pasemos rápidamente a principios de 1990, Wexler y Winick continuaron escribiendo y fueron surgiendo otros artículos, fundamentalmente artículos que Wexler había escrito con Robert Schopp (un antiguo ayudante de investigación) sobre la parcialidad del jurado en casos de negligencia[32] y sobre responsabilidad

---

31 Michael L. Perlin «Psychiatric Testimony in a Criminal Law Setting» (1975) 3 Bull Am Acad Psychiatry Law 143, pág. 146.

32 David B. Wexler y Robert F. Schopp «How and When to Correct for Juror Hindsight Bias in Mental Health Malpractice Litigation: Some Preliminary Observations» (1989) 7 Behav Sci Law 485, reditado en David B. Wexler y Bruce J. Winick *Essays in Therapeutic Jurisprudence* (Carolina Academic Press, Durham, EEUU, 1991) 135.

civil y la psicoterapia[33], y otro junto a Dan Shuman, un antiguo estudiante de Wexler, sobre los niveles de atención psicológica en el derecho de responsabilidad civil[34]. Este último fue una de las cuatro presentaciones que se llevaron a cabo en la Sección de Derecho y Discapacidad Psíquica del programa de la Reunión Anual de la Asociación de Escuelas de Derecho de los Estados Unidos que tuvo lugar en San Antonio (Tejas) el 5 de enero de 1992. En esa misma conferencia di mi primera charla sobre «cuerdismo», un tema sobre el que sigo escribiendo hoy en día[35], a menudo en el contexto específico de la Justicia Terapéutica[36]. Esta conferencia me inspiró para llevar a cabo una conferencia sobre Justicia terapéutica en mi escuela de derecho y eso hice.

En primavera de 1993, invité a Wexler, Winick, Dan Shuman y a otros expertos no menos importantes, como Bob Sadoff (psiquiatra forense), Joel Dvoskin (psicólogo forense y antiguo estudiante de Wexler), Murray Levine (psicólogo académico) y Debbie Dorfman (una antigua ayudante de investigación mía que en aquel momento trabajaba como fiscal en el Proyecto en Defensa de la Salud Mental de San José, California), a la Escuela de Derecho de Nueva York para la primera conferencia académica sobre TJ. He mencionado el pedigrí de los conferenciantes ya que formaba parte de mi plan consciente para expandir la visión de la TJ más allá de los profesores de derecho, a través de la inclusión de profesionales de la salud mental y abogados. Con ello pretendía declarar que se trataba de una empresa expandida y en expansión donde había cabida para todos. Mi conferencia, titulada simplemente «¿Qué es la Justicia Terapéutica?», comenzaba de esta forma: «Los nuevos avances jurisprudenciales más importantes e interesantes de las últimas dos décadas sobre discapacidad psíquica

---

33 Robert F. Schopp y David B Wexler «Shooting Yourself in the Foot with Due Care: Psychotherapists and Crystallized Standards of Tort Liability» (1989) 17 J Psychiatry Law 163, reditado en David B. Wexler y Bruce J. Winick *Essays in Therapeutic Jurisprudence* (Carolina Academic Press, Durham, EEUU, 1991) 157.

34 Daniel W. Shuman «Therapeutic Jurisprudence and Tort Law: A Limited Subjective Standard of Care» (1992) 46 SMU L Rev 409.

35 Michael L. Perlin «On Sanism» (1992) 46 SMU L Rev 373.

36 Véase, entre otros: Michael L. Perlin «Therapeutic Jurisprudence: Understanding the Sanist and Pretextual Bases of Mental Disability Law» (1994) 20 New Eng J Crim & Civ Confinement 369; Michael L. Perlin «"Half-Wracked Prejudice Leaped Forth": Sanism, Pretextuality, and Why and How Mental Disability Law Developed As It Did» (1999) 10 J Contemp Legal Issues 3; Michael L. Perlin y Alison J Lynch «"Mr. Bad Example": Why Lawyers Need to Embrace Therapeutic Jurisprudence to Root out Sanism in the Representation of Persons with Mental Disabilities» (2016) 16 Wyo L Rev 299; Michael L. Perlin y Alison J Lynch «"In the Wasteland of Your Mind": Criminology, Scientific Discoveries and the Criminal Process» (2016) 4 Va J Crim L 304.

proceden del desarrollo, llevado a cabo principalmente por dos de los participantes de este simposio: David Wexler y Bruce Winnick, del constructo de "Justicia Terapéutica"»[37]. Y no hay nada que me haya hecho cuestionar esa primera línea.

Las demás conferencias que se presentaron en el simposio trataron sobre un amplio espectro de temas: el estudio de la *Gestalt* de las leyes en salud mental[38], el derecho penitenciario[39], la psiquiatría forense[40], el derecho de responsabilidad civil[41], la autonomía de personas con discapacidad psíquica en el proceso judicial[42], las denuncias de maltrato infantil[43], los procedimientos penales (en el marco de las Directrices para la Formulación de Sentencias Federales de los Estados Unidos)[44] y el uso de medicación involuntaria durante el juicio penal[45]. Aunque muchas estaban profundamente arraigadas a las leyes de discapacidad psíquica, esta mayor amplitud dejó claro a muchos investigadores que este tema no era el único foco de atención de la TJ.

A esas alturas ya se habían establecido la mayoría de los principios básicos de la TJ, que más tarde fueron inmortalizados en una serie de artículos publicados en prestigiosas revistas jurídicas. La primera pregunta que nos hicimos fue si se deberían remodelar las normas jurídicas, los procedimientos y el papel de los

---

37 Michael L. Perlin «What Is Therapeutic Jurisprudence?» (1993) 10 NYL Sch J Hum Rts 623, pág. 623.

38 David B. Wexler «New Directions in Therapeutic Jurisprudence: Breaking the Bounds of Conventional Mental Health Law Scholarship» (1993) 10 NYL Sch J Hum Rts 759.

39 Fred Cohen y Joel A. Dvoskin «Therapeutic Jurisprudence and Corrections: A Glimpse» (1993) 10 NYL Sch J Hum Rts 777.

40 Robert L. Sadoff «Therapeutic Jurisprudence: A View from a Forensic Psychiatrist» (1993) 10 NYL Sch J Hum Rts 825.

41 Daniel W. Shuman «Making the World a Better Place through Tort Law?: Through the Therapeutic Looking Glass» (1993) 10 NYL Sch J Hum Rts 739.

42 Deborah A. Dorfman «Through a Therapeutic Jurisprudence Filter: Fear and Pretextuality in Mental Disability Law» (1993) 10 NYL Sch J Hum Rts 805.

43 Murray Levine «A Therapeutic Jurisprudence Analysis of Mandated Reporting of Child Maltreatment by Psychotherapists» (1993) 10 NYL Sch J Hum Rts 711.

44 Keri A. Gould «Turning Rat and Doing Time for Uncharged, Dismissed, or Acquitted Crime: Do the Federal Sentencing Guidelines Promote Respect for the Law?» (1993) 10 NYL Sch J Hum Rts 835.

45 Bruce J. Winick «Psychotropic Medication in the Criminal Trial Process: The Constitutional and Therapeutic Implications of Riggins v. Nevada» (1993) 10 NYL Sch J Hum Rts 637.

abogados para acentuar su potencial terapéutico sin subordinar los principios del debido proceso[46]. Wexler identificó claramente cómo resolver la discordia inherente en esta pregunta: el uso que hace la ley de la «información sobre salud mental para mejorar el funcionamiento terapéutico [no puede vulnerar] los asuntos de la justicia»[47]. Tal y como escribí: «una investigación sobre los resultados terapéuticos no implica que dichos intereses terapéuticos sobrepasen los derechos civiles y las libertades civiles»[48].

A través de la TJ, «podemos estudiar cómo las leyes afectan la vida de las personas»[49] y evaluar la influencia que tienen en su vida emocional y en su bienestar psicológico[50]. Uno de los principios rectores de la TJ radica en que «la ley debe valorar la salud psicológica, debe tratar de evitar imponer, en la medida de lo posible, consecuencias anti-terapéuticas y, cuando sea consistente con otros valores establecidos por ley, debe intentar producir recuperación y bienestar»[51]. Por tanto, la TJ apoya la ética del cuidado médico[52].

---

46 Michael L. Perlin «"Everybody Is Making Love/Or Else Expecting Rain": Considering the Sexual Autonomy Rights of Persons Institutionalized Because of Mental Disability in Forensic Hospitals and in Asia» (2008) 83 Wash L Rev 481 (2008); Michael L. Perlin «"And My Best Friend, My Doctor, Won't Even Say What It Is I've Got": The Role and Significance of Counsel in Right to Refuse Treatment Cases» (2005) 42 San Diego L Rev 735, pág. 751. Véase también Ian Freckelton «Therapeutic Jurisprudence Misunderstood and Misrepresented: The Price and Risks of Influence» (2008) 30 T Jefferson L Rev 575, págs. 585-586.

47 David B. Wexler «Therapeutic Jurisprudence and Changing Concepts of Legal Scholarship» (1993) 11 Behav Sci Law 17- 21. Véase también, por ejemplo: David B. Wexler «Applying the Law Therapeutically» (1996) 5 Appl Prev Psychol 179.

48 Michael L. Perlin «A Law of Healing» (2000) 68 U Cin L Rev 407, pág. 412; Michael L. Perlin «"Where the Winds Hit Heavy on the Borderline": Mental Disability Law, Theory and Practice, Us and Them» (1998) 31 Loyola LA L Rev 775, pág. 782.

49 Bruce J. Winick «Foreword: Therapeutic Jurisprudence Perspectives on Dealing with Victims of Crime» (2009) 33 Nova L Rev 535, pág. 535.

50 David B. Wexler «Practicing Therapeutic Jurisprudence: Psychological Soft Spots and Strategies» en Dennis P. Stolle, David B. Wexler y Bruce J. Winick (eds.): *Practicing Therapeutic Jurisprudence: Law as a Helping Profession,* (Carolina Academic Press, Durham, EEUU, 2000) 45.

51 Bruce J. Winick «A Therapeutic Jurisprudence Model for Civil Commitment» en Kate Diesfeld e Ian Freckelton (eds.) *Involuntary Detention and Therapeutic Jurisprudence: International Perspective on Civil Commitment* (Ashgate Publishing, Hampshire, Reino Unido, 2003) 23, pág. 26.

52 Véase, entre otros: Bruce J. Winick y David B. Wexler «The Use of Therapeutic Jurisprudence in Law School Clinical Education: Transforming the Criminal Law Clinic» (2006) 13 Clinical L Rev 605, 605, pág. 607.

5. Gama de temas

La conferencia de la Escuela de Derecho de Nueva York expandió, de forma modesta, el ámbito de la TJ, aunque esta expansión adquirió una nueva vida cuando Wexler y Winnick publicaron su significativo libro titulado «La ley en clave terapéutica: Avances en Justicia Terapéutica» (Law in a Therapeutic Key: Developments in Therapeutic Jurisprudence)[53]. En este trabajo, los editores recopilaron un conjunto de robustos y exhaustivos artículos sobre la TJ en los que se aplicaban los conceptos en cuestión a áreas del derecho totalmente "nuevas", incluyendo, entre otros, las leyes sobre orientación sexual[54], las leyes de contratos y el derecho mercantil[55], las leyes de arbitraje laboral[56], las leyes de discapacidad física[57] y la regulación de la profesión jurídica[58].

Esto puso de manifiesto que la TJ nunca volvería ser vista como una parte complementaria de la ley de discapacidad psíquica (aunque muchos autores sobre la TJ escribieron sobre todo acerca de este tema, a menudo lo relacionaban con

---

53 David B. Wexler y Bruce J. Winick (eds.) *Law in a Therapeutic Key: Developments in Therapeutic Jurisprudence* (Carolina Academic Press, Durham, EEUU, 1996).

54 Kay Kavanagh «Don't Ask, Don't Tell: Deception Required, Disclosure Denied» (1992) 1 Psychol Pub Pol'y & L 142, reditado en David B. Wexler y Bruce J. Winick (eds.) Law in a Therapeutic Key: Developments in Therapeutic Jurisprudence, Carolina Academic Press, Durham, EEUU, 1996, 343.

55 Jeffrey L. Harrison «Class, Personality, Contract, and Unconscionability» (1994) 35 Wm & Mary L Rev 445, reditado en David B. Wexler y Bruce J. Winick (eds.) *Law in a Therapeutic Key: Developments in Therapeutic Jurisprudence*, (Carolina Academic Press, Durham, EEUU, 1996) 525.

56 Roger I. Abrams, Frances E. Abrams y Dennis R. Nolan: «Arbitral Therapy» (1994) 46 Rutgers L Rev 1751, reditado en David B. Wexler y Bruce J. Winick (eds.) *Law in a Therapeutic Key: Developments in Therapeutic Jurisprudence* (Carolina Academic Press, Durham, EEUU, 1996) 499.

57 Rose A. Daly-Rooney «Designing Reasonable Accommodations through Co-Worker Participation: Therapeutic Jurisprudence and the Confidentiality Provision of the Americans with Disabilities Act» (1993-1994) 8 JL & Health 89, reditado en David B. Wexler y Bruce J. Winick (eds.) *Law in a Therapeutic Key: Developments in Therapeutic Jurisprudence* (Carolina Academic Press, Durham, EEUU, 1996) 365.

58 Amiram Elwork y G. Andrew H. Benjamin «Lawyers in Distress» (1995) 23 J Psychiatry Law 205, reditado en David B. Wexler y Bruce J. Winick (eds.) *Law in a Therapeutic Key: Developments in Therapeutic Jurisprudence* (Carolina Academic Press, Durham, EEUU, 1996) 569.

cuestiones de derecho y procedimiento penal o derecho de familiar,[59] así como con otras cuestiones más amplias de derechos y justicia)[60].

En los años recientes, han ido surgiendo numerosas obras relacionadas con la TJ en áreas tan diversas como los escritos legales[61], la planificación patrimonial[62], el derecho penitenciario[63], la planificación territorial[64], la enseñanza en el aula,[65] la violencia doméstica[66] y la teoría y práctica de la negociación[67]. Por tanto, la TJ ya no se puede considerar como una rama de la ley de discapacidad psíquica.

6. Internacionalización

[59] Véase, entre otros: Richard Barnum y Thomas Grisso «Competence to Stand Trial in Juvenile Court in Massachusetts: Issues of Therapeutic Jurisprudence» (1994) 20 New Eng J on Crim & Civ Confinement 321, reditado en David B. Wexler y Bruce J. Winick (eds.) *Law in a Therapeutic Key: Developments in Therapeutic Jurisprudence* (Carolina Academic Press, Durham, EEUU, 1996) 113.

[60] Véase, entre otros: Michael L. Perlin, Keri K. Gould y Deborah A. Dorfman «Therapeutic Jurisprudence and the Civil Rights of Institutionalized Mentally Disabled Persons: Hopeless Oxymoron or Path to Redemption?» (1995) 1 Psychol Pub Pol'y & L 80, reditado en David B. Wexler y Bruce J. Winick (eds.) *Law in a Therapeutic Key: Developments in Therapeutic Jurisprudence* (Carolina Academic Press, Durham, EEUU, 1996) 739; David B. Wexler «Justice, Mental Health, and Therapeutic Jurisprudence» (1992) 40 Clev St L Rev 517, reditado en David B Wexler y Bruce J. Winick (eds.) *Law in a Therapeutic Key: Developments in Therapeutic Jurisprudence* (Carolina Academic Press, Durham, EEUU, 1996) 713.

[61] Shelley Kierstead «Legal Writing, Therapeutic Jurisprudence, and Professionalism» (2015) 3 Suffolk TJ L Rev Online 29.

[62] Mark Glover «The Solemn Moment: Expanding Therapeutic Jurisprudence throughout Estate Planning» (2015) 3 Suffolk U L Rev Online 19.

[63] Warren Brookbanks «Therapeutic Jurisprudence and Its Role in Corrections» en Warren Brookbanks (ed.) *Therapeutic Jurisprudence: New Zealand Perspectives* (Thomson Reuters, Wellington, 2015) 63, págs. 170-171.

[64] Michael Widener «Land Use Consultations Advancing Therapeutic Jurisprudence: Ripe for Clinical Trials» (2016) 18 Cardozo J Conflict Resol 85.

[65] Michael L. Perlin y Alison J. Lynch «How Teaching about Therapeutic Jurisprudence Can Be a Tool of Social Justice, and Lead Law Students to Personally and Socially Rewarding Careers: Sexuality and Disability as a Case Example» (2015) 16 Nevada LJ 209.

[66] Peter Johnsen y Elia Robertson «Protecting, Restoring, Improving: Incorporating Therapeutic Jurisprudence and Restorative Justice Concepts into Civil Domestic Violence Cases» (2016) 164 U Pa L Rev 1557.

[67] Carol L. Zeiner «Getting Deals Done: Enhancing Negotiation Theory and Practice through a Therapeutic Jurisprudence/Comprehensive Law Mindset» (2016) 21 Harv Negot L Rev 279.

Durante sus primeros años de vida, el proyecto fue fundamentalmente de tipo nacional. Pero, a finales de siglo, todo cambió. En 1998, más de cien participantes se reunieron en Winchester, Inglaterra, para asistir a la Primera Conferencia Internacional sobre Justicia Terapéutica, organizada por David Carson, un miembro de la facultad de derecho y director de la Red de Ciencias del Comportamiento y Derecho en la Universidad de Southampton[68]. Este hecho marcó un importante cambio de rumbo en la dirección de la TJ: desde aquel momento, investigadores de todo el mundo empezaron a investigar y publicar con entusiasmo sobre la TJ y patrocinaron conferencias centradas en ese tema. Poco después y animado por esta situación, yo mismo empecé a trabajar con una psicóloga forense australiana, Astrid Birgden (otra antigua alumna de Wexler), e investigamos sobre la TJ y el derecho penitenciario siguiendo una perspectiva comparativa[69]. Asimismo, expandimos nuestros horizontes para incluir la rama de derecho probatorio y, para ello, decidimos contar con la colaboración del profesor de derecho neozelandés (y antiguo británico) Kris Gledhill[70].

En la actualidad, se han publicado trabajos sobre la temática de la TJ en 14 lenguas y hay una asociación iberoamericana activa en España, Portugal, América Latina y el Caribe[71]. La magistrada australiana Pauline Spencer es editora de un blog titulado «El Blog de la Justicia Terapéutica en la sociedad» (*Therapeutic Jurisprudence in the Mainstream Blog*), en conjunto con un Grupo de Consultivo Internacional constituido por más de 18 países[72]. Junto a Wexler, yo fui uno de los oradores principales en una conferencia sobre TJ que tuvo lugar en Nueva Zelanda en

---

68 David B. Wexler «Introduction to the Therapeutic Jurisprudence Symposium» (1999) 41 Ariz L Rev 263, pág. 263.

69 Astrid Birgden y Michael L. Perlin «"Where the Home in the Valley Meets the Damp Dirty Prison": A Human Rights Perspective on Therapeutic Jurisprudence and the Role Of Forensic Psychologists in Correctional Settings» (2009) 14 Aggression and Violent Behavior 256; Astrid Birgden y Michael L. Perlin «€Tolling for the Luckless, the Abandoned and Forsaked": Community Safety, Therapeutic Jurisprudence and International Human Rights Law As Applied to Prisoners and Detainees» (2008) 13 Legal and Criminological Psychology 231.

70 Michael L. Perlin, Astrid Birgden y Kris Gledhill «"The Witness Who Saw/He Left Little Doubt": A Comparative Consideration of Expert Testimony in Mental Disability Law Cases in Common and Civil Law Systems» (2009) 6 J Investig Psych Offender Profil 59.

71 Correo electrónico de David B. Wexler al autor (7 de marzo de 2017).

72 Véase: Pauline Spencer (ed.) *Therapeutic Jurisprudence in the Mainstream,* https://mainstreamtj.wordpress.com.

2015[73], y en una conferencia sobre derecho no contencioso en Sídney, Australia, en 2017, que se centraba fundamentalmente en la TJ[74]. Durante la última década, se ha producido una oleada de TJ, una conferencia tras otra, como las Conferencias Internacionales de la Academia de Derecho y Salud Mental que tuvieron lugar en Viena, Berlín, Padua, Nueva York y Praga. Por tanto, podemos afirmar que se trata de un movimiento internacional.

7. Otras disciplinas

Las primeras investigaciones sobre TJ las llevaron a cabo únicamente profesores de derecho. Tal y como indiqué antes, invité a otros profesionales de la salud mental y profesionales jurídicos a la conferencia que tuvo lugar en la Escuela de Derecho de Nueva York y, en algún momento después de esta, la TJ pasó de ser un «tema de derecho» a convertirse en un «tema de derecho y de prácticamente todas las ciencias sociales» (probablemente esto se puso en marcha de verdad cuando tuvo lugar la conferencia de Winchester en 1998).

El ejemplo más destacado es el de los psicólogos forenses que han adoptado la TJ, tanto como tema académico y como enfoque de trabajo[75]. Del mismo modo, los criminólogos también lo han acogido[76], así como los trabajadores sociales[77] y los sociólogos[78]. Resulta curiosa la ausencia en esta lista de psiquiatras forenses. Tal y como dije antes, aunque Bob Sadoff, uno de los psiquiatras forenses más

---

[73] Véase la *Conferencia Aotearoa sobre Justicia Terapéutica,* www.auckland.ac.nz/en/about/news-events-and-notices/events/events-2015/09/aotearoa-conference-on-therapeutic-jurisprudence.html (patrocinada por la Universidad de Auckland, Nueva Zelanda).

[74] Véase la S*egunda Conferencia Internacional sobre Justicia No Contenciosa: Integración de Teoría y Práctica*, www.naj2017.com (patrocinada por el Instituto Australasiano de Administración Judicial).

[75] Véase, entre otros, Astrid Birgden «Therapeutic Jurisprudence and «Good Lives»: A Rehabilitation Framework for Corrections» (2002) 37 Australian Psychologist 180; Mark A Small «Legal Psychology and Therapeutic Jurisprudence» (1993) 37 St Louis U LJ 675; Richard L. Wiener «Social Analytic Jurisprudence and Tort Law: Social Cognition Goes to Court» (1993) 37 St. Louis ULJ 503.

[76] Véase, entre otros: Hadar Dancig-Rosenberg y Tali Gal «Criminal Law Multitasking» (2014) 18 Lewis & Clark L Rev 893; Hadar Dancig-Rosenberg y Tali Gal «Restorative Criminal Justice» (2013) 34 Cardozo L Rev 2313 (Dancig-Rosenberg es abogada; Gal es criminalista).

[77] Véase, entre otros: Robert G. Madden y Raymie H. Wayne «Constructing a Normative Framework for Therapeutic Jurisprudence Using Social Work Principles as a Model» (2002) 18 Touro L Rev 487 (ambos son trabajadores sociales).

[78] Véase, entre otros: Ursula Castellano «Courting Compliance: Case Managers as "Double Agents" in the Mental Health Court» (2011) 36 Law Soc Inq 484.

importantes de mi era, participó en la conferencia de la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York[79], son pocos los psiquiatras forenses que contribuido en el tema de la TJ[80].

De todas formas, a pesar de esta ausencia, resulta satisfactorio observar como el «mundo de la TJ» ha traspasado las relativamente estrechas fronteras del estudio académico de las leyes. Esperamos que esta tendencia continúe en el futuro.

8. Litigios

Desafortunadamente, se trata de un ámbito en el que se podría hacer mucho más. Aunque una búsqueda en la base de datos WESTLAW nos muestra un abrumador total de 2435 artículos de revistas en los que se menciona la «Justicia Terapéutica», este tema solo aparece en 28 casos judiciales, en muchos de los cuales tan solo se cita un artículo sobre derecho que menciona la «Justicia Terapéutica» en el título[81]. Una excepción importante es la llevada a cabo por el Tribunal Supremo de Florida, en el que se analizaron con detalle los principios de la TJ en el estudio de las enmiendas de las normas de los tribunales de estado que rigen los procedimientos que se emplean en los juicios de menores, siguiendo las afirmaciones realizadas por el profesor Winick y el juez Ginger Lerner-Wren según las cuales «la percepción que tiene un menor dependiente sobre si se le escucha, se le respeta y se tiene en cuenta su opinión es fundamental para su desarrollo conductual y psicológico»[82]. Un juez estableció, en un dictamen aparte sobre un caso judicial en Ohio en el que se trataba la presunta incapacidad para

---

[79] Véase la sección n.º 4 de este artículo. La importancia de la participación de Sadoff fue mencionada posteriormente en Christopher Slobogin «Therapeutic Jurisprudence: Five Dilemmas to Ponder» (1995) 1 Psychol Pub Pol'y & L 193, 193.

[80] Véase, entre otros: Douglas Mossman «Veterans Affairs Disability Compensation: A Case Study in Countertherapeutic Jurisprudence» (1996) 24 Bull Am Acad J Psychiatry Law 27.

[81] Entre otros: *Re Ronald B* 901 NYS 2d 902 (Fam Ct 2009) en el n.º 7: Un comentarista observó que «una parte considerable de menores [delincuentes] tenían trastornos emocionales graves y diagnosticables» como trastornos psicóticos, esquizofrenia, trastornos depresivos, trastornos bipolares y depresión grave: Patrick Geary «Juvenile Mental Health Courts and Therapeutic Jurisprudence: Facing the Challenges Posed by Youth with Mental Disabilities in the Juvenile Justice System» (2005) 5 Yale J Health Pol'y L & Ethics 671, págs. 677-678. Otros autores también han notado la prevalencia de enfermedades psíquicas en niños implicados en el sistema jurídico de menores: Gene Griffin y Michael J. Jenuwine «Using Therapeutic Jurisprudence to Bridge the Juvenile Justice and Mental Health Systems» (2002) 71 U Cin L Rev. 65, pág. 71.

[82] *Enmienda a las Reglas de Procedimiento de Menores* 804 So 2d 1206 (Fla 2001), págs. 1210-1211 (el tribunal dictaminó que era mejor que las normas de procesamiento incorporasen una audiencia previa al compromiso y que se nombrase un abogado para el niño si este se niega a ser internado).

terminar un programa alternativo de rehabilitación, que «mis años de experiencia han demostrado que los programas alternativos de rehabilitación, conocidos en ocasiones como "Justicia Terapéutica", tienen una función indispensable en el sistema de justicia penal»[83]. En un caso de una condena por agresión sexual, se mencionó un artículo sobre la TJ como parte de la investigación llevada a cabo para extraer las conclusiones jurídicas[84]. Y, en un dictamen aparte sobre los tribunales de drogas, el Tribunal Supremo de Florida señaló que la legislatura estatal ordenó que los programas de tratamiento de drogas siguieran los «principios de la Justicia Terapéutica»[85]. Pero, básicamente, estas fueron las únicas veces en las que un tribunal ha tratado de forma sustancial el tema de la Justicia Terapéutica.

Esta situación resulta sorprendente y preocupante. Para contrastar, la expresión «ley y economía» aparece en conjunto unas 458 veces en dictámenes aparte. En el tema que nos concierne, la expresión «justicia restaurativa» aparece en 157 casos[86], mientras que la expresión «justicia procedimental» aparece en 224 casos[87]. Por tanto, todavía queda mucho trabajo por hacer.

9. Tribunales de resolución de problemas

Uno de los mayores logros de la Justicia Terapéutica radica en el papel que desempeñó en la creación de tribunales de resolución de problemas. Aunque inicialmente estos se emplearon en la creación de tribunales de drogas[88], la TJ ha

---

83 *State v Doapart* 2014 WL 2985574 (Ohio Ct App 2014) en *5 (opinión de Moore J.).

84 *United States v DW* 2015 WL 3892643 (EDNY 2015) en *4, donde se nombra a Heather Ellis Cucolo y Michael L. Perlin «*Preventing Sex-Offender Recidivism Through Therapeutic Jurisprudence Approaches and Specialized Community Integration*» (2012) 22 Temp Pol & Civ Rts L Rev 1.

85 *Lawson v State* 969 So 2d 222 (Fla 2007), pág. 231.

86 Todas las búsquedas fueron realizadas el 9 de marzo de 2017.

87 Para contrastar, la TJ ha sido mencionada en las consideraciones de 16 casos australianos: correo electrónico de Jennifer Hurley al autor (30 de marzo de 2017). Véase, entre otros: Michael S. King «Should Problem-Solving Courts Be Solution-Focused Courts?» (2011) 80 Rev Jur UPR 1005; Michael S. King «Geraldton Alternative Sentencing Regime: Applying Therapeutic and Holistic Jurisprudence in the Bush» (2002) 26 Crim LJ 260; Pauline Spencer (ed.) *Therapeutic Jurisprudence in the Mainstream,* https://mainstreamtj.wordpress.com.

88 Véase, entre otros: Pamela L. Simmons «Solving the Nation's Drug Problem: Drug Courts Signal a Move toward Therapeutic Jurisprudence» (1999-2000) 35 Gonz L Rev 237, pág. 258: El éxito nacional de los tribunales de drogas puede atribuirse al aspecto «terapéutico» de la atmósfera creada a través de este procedimiento jurídico no tradicional. Los tribunales de tratamiento de drogas llevan a cabo un esfuerzo colaborativo entre varios profesionales del sistema judicial penal, incluyendo el juez, abogado defensor, fiscal, agente de la condicional y proveedor del tratamiento.

tenido un papel principal en el éxito de los tribunales de salud mental. Y es en estos últimos en los que me voy a centrar.

Me gustaría comenzar con una anécdota personal: estaba trabajando en mi despacho en 1997 cuando sonó el teléfono. Al otro lado respondieron: «¿Es el profesor Perlin? Hola, soy la jueza Ginger Lerner-Wren, y un amigo me sugirió que le llamase. Soy jueza de tribunales penales en el condado de Broward (Fort Lauderdale) en Florida y me acaban de nombrar la primera jueza en salud mental de la nación. Me gustaría asegurarme de que mi tribunal es un ejemplo tanto del debido proceso como de la Justicia Terapéutica, y me preguntaba si me podría ayudar». Estuve encantado, y sigo encantado, de haber mantenido mi amistad con la jueza Lerner-Wren durante más de 20 años.

Desde mi primera conversación con la jueza Lerner-Wren, he seguido los avances de los tribunales de salud mental y estoy seguro de que, cuando estos funcionan como deberían (y, como a nadie le sorprenderá, no todos lo hacen), son el ejemplo perfecto de cómo podemos utilizar la TJ en la «vida real» en formas que nos permitan asegurar mejores resultados para los acusados penales, la mayoría de los cuales (aunque no todos) acusados de faltas y delitos menores, con el objetivo de reducir las reincidencias y aumentar la seguridad[89].

No hay duda alguna de que uno de los avances más importantes que se han producido en las dos últimas décadas sobre la forma en la que se trata a los *acusados penales* con enfermedades mentales en el proceso criminal radica en la creación y la expansión de los tribunales de salud mental, un tipo de «tribunal de resolución de problemas»[90], cuyo significado va en aumento a medida que empezamos a comprender la forma desproporcionada en la que se arresta a las personas con

---

Véase también: Peggy Fulton Hora y William G. Schma «Therapeutic Jurisprudence» (1998) 82 Judicature 9, pág. 10 («La Justicia Terapéutica proporciona a los tribunales de tratamiento de drogas un fundamento teórico, proporcionando una prueba real y la aplicación de la teoría de la Justicia Terapéutica»).

[89] Véase de forma general Michael L. Perlin «"There Are No Trials Inside the Gates of Eden": Mental Health Courts, the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Dignity, and the Promise of Therapeutic Jurisprudence» en Bernadette McSherry e Ian Freckelton (eds.) *Coercive Care: Rights, Law and Policy* (Routledge, Londres, 2013) 197; Michael L. Perlin «"The Judge, He Cast His Robe Aside": Mental Health Courts, Dignity and Due Process» (2013) 3 Mental Health L & Pol'y J 1.

[90] El material de los subíndices 90-119 que aparecen más abajo está adaptado parcialmente de Michael L. Perlin «"Who Will Judge the Many When the Game is Through?": Considering the Profound Differences between Mental Health Courts and Traditional Involuntary Civil Commitment Courts» (2018) Seattle U L Rev (en prensa).

discapacidades psíquicas por «delitos molestos»[91]. En estos casos, los jueces disponen de una amplia gama de disposiciones alternativas[92], y un abanico incluso más amplio de acciones judiciales[93]. Aun así, el concepto de «tribunales de justicia mental» no está exento de controversia[94].

No obstante, no nos queda ninguna duda de que estos tribunales ofrecen un enfoque nuevo, quizás un enfoque radicalmente nuevo, a los problemas que nos ocupan. Incluso han ganado una mayor importancia gracias a su claro enfoque en la dignidad[95], y su aceptación de la Justicia Terapéutica, su foco en la justicia procedimental y su uso de los principios de la justicia reparadora[96]. Ahora es el momento de reestructurar el diálogo entre los tribunales de salud mental y empezar a tomarse en serio el posible impacto meliorativo de dichos tribunales en la decisión final de todos los casos en los que aparecen implicados acusados penales con discapacidades psíquicas[97].

Es necesario enfatizar que estos tribunales se forman de maneras muy distintas en función de la jurisdicción en la que se encuentran. Según el Centro de Justicia del Concilio de Gobiernos Estatales de los Estados Unidos, existen más de 375 tribunales de este tipo en funcionamiento en los Estados Unidos[98], muchos de los

---

91 Véase, entre otros: Michael L. Perlin y Alison J. Lynch «"Had to Be Held down by Big Police": A Therapeutic Jurisprudence Perspective on Interactions between Police and Persons with Mental Disabilities» (2016) 43 Fordham Urb LJ 685.

92 Véase, entre otros: Henry J. Steadman *et al.* «From Referral to Disposition: Case Processing in Seven Mental Health Courts» (2005) 23 Behav Sci Law 215, pág. 220.

93 Véase, entre otros: Michael S. King «Should Problem-Solving Courts Be Solution-Focused Courts?» (2011) 80 Rev Jur UPR 1005.

94 Véase, entre otros: Tammy Seltzer «A Misguided Attempt to Address the Criminal Justice System's Unfair Treatment of People with Mental Illness» (2005) 11 Psychol Pub Pol'y & L 570, pág. 576.

95 Véase: Ginger Lerner-Wren «Mental Health Courts: Serving Justice and Promoting Recovery» (2010) 19 Annals Health L 577, pág. 593 (trata el tema de la dignidad en el contexto de los tribunales de salud mental).

96 Véase: Henry J. Steadman, Susan Davidson y Collie Brown «Mental Health Courts: Their Promise and Unanswered Questions» (2001) 52 Psychiatric Services 457, págs. 457-458

97 Sobre la utilidad de los tribunales de salud mental en otras jurisdicciones véase, entre otros: Penelope Weller «Taking a Reflexive Turn: Non-Adversarial Justice and Mental Health Review Tribunals» (2011) 37 Monash U L Rev 82 (Australia)

98 National Drug Court Resource Center «Drug Treatment Courts by State» https://ndcrc.org/drug-treatment-courts-by-type

cuales se ocupan únicamente de faltas[99], otros, solo de criminales no violentos[100] y algunos de ellos no poseen ningún tipo de restricciones[101]. Aunque no existe un prototipo único, en prácticamente todos se elabora una lista de casos especiales de la que se encarga un juez particular, con el objetivo de desviar a los acusados del sistema judicial penal y ponerlos en tratamiento[102]. En pocas palabras, los tribunales de salud mental se basan en enfoques grupales[103]: los representantes de las agencias jurídicas y de tratamiento ayudan al juez en la evaluación de los acusados para determinar si existe riesgo de violencia en caso de ser puestos en libertad, en la creación de los planes de tratamiento más apropiados y en la supervisión y monitorización de las acciones del individuo durante el tratamiento[104].

Mediante el incremento de los casos de personas con discapacidad psíquica que son desviadas del sistema de justicia penal (donde lo más probable es que se las trate como ciudadanos de tercera o cuarta clase, en caso de que estos términos tengan algún contenido o contexto que sea significativo)[105], estos tribunales reducen las posibilidades de que una persona con discapacidad psíquica sufra a

---

99 Véase, entre otros: Ursula Castellano «Courting Compliance: Case Managers as "Double Agents" in the Mental Health Court» (2011) 36 Law Soc Inq 484, pág. 490.

100 Véase, entre otros: Julie E. Grachek «The Insanity Defense in the Twenty-First Century: How Recent United States Supreme Court Case Law Can Improve the System» (2006) 81 Ind LJ 1479, pág. 1495.

101 Véase, entre otros: E. Lea Johnston «Theorizing Mental Health Courts» (2012) 89 Wash L Rev 519 at 521. Sobre la expansión de estos tribunales para incluir crímenes mayores véase: Carol Fisler «Building Trust and Managing Risk: A Look at a Felony Mental Health Court» (2005) 11 Psychol Pub Pol'y & L 587.

102 Roger A. Boothroyd *et al.*: «The Broward Mental Health Court: Process, Outcomes, and Service Utilization» (2003) 26 Int'l JL & Psychiatry 55, pág. 55.

103 Véase, entre otros: Arthur J. Lurigio y Jessica Snowden «Putting Therapeutic Jurisprudence into Practice: The Growth, Operations, and Effectiveness of Mental Health Court» (2009) 30 Just Sys J 196, pág. 210.

104 Bruce J. Winick «Outpatient Commitment: A Therapeutic Jurisprudence Analysis» (2003) 9 Psychol Pub Pol'y & L 107, págs. 125-126.

105 Para un análisis sobre un tribunal alternativo desde la perspectiva de los estudios críticos sobre la discapacidad, véase: Linda Steele, Leanne Dowse y Julian Trofimovs «Who Is Diverted?: Moving beyond Diagnosed Impairment towards a Social and Political Analysis of Diversion» (2016) 38 Sydney L Rev 179, pág. 206.

manos de otros por ese estatus[106]. Por ejemplo, Sana Loue concluye que la preferencia por el «cuerdismo» puede reducirse mediante el establecimiento de tribunales de salud mental formados por una judicatura «sensible»[107]. Un estudio llevado a cabo por el tribunal de salud mental de la jueza Lerner-Wren en el condado de Broward, Florida, concluyó que los participantes de dicho tribunal detectaron niveles de coacción menores en comparación con casi todas las puntuaciones obtenidas en trabajos anteriores[108]. Por tanto, las experiencias reales de los litigantes en casos presentados ante la jueza Lerner-Wren muestran que un tribunal de este tipo *puede* ser una experiencia digna, no coercitiva, capaz de proporcionar justicia procedimental y Justicia Terapéutica a aquellos que la necesitan[109]. En estos tribunales, los acusados participan de forma más directa y activa que ante un tribunal penal típico, a menudo hablando directamente con el juez en lugar de estar sentados en silencio mientras su abogado defensor habla por ellos[110]. Se ha demostrado que los tribunales de tratamiento en los que el juez presidente dedica una gran cantidad de tiempo y atención son los que más éxito tienen[111]. La profesora Vicki Lens señala la importancia de un juez que está convencido de los principios de la TJ: «Un tribunal de resolución de problemas que dispone de abundantes recursos puede no funcionar si el juez no es capaz de adoptar de forma eficaz las estrategias de la TJ y otras estrategias de solución de problemas»[112].

La profesora Úrsula Castellano ha argumentado concienzudamente que, para lograr el éxito de los tribunales de salud mental, los jueces deben adoptar lo que

---

106 Terry Carney *et al.* «Mental Health Tribunals: «TJ» Implications of Weighing Fairness, Freedom, Protection and Treatment» (2007) 17 JJA 46, pág. 54.

107 Sana Loue «The Involuntary Civil Commitment of Mentally Ill Persons in the United States and Romania: A Comparative Analysis» (2002) 23 J Legal Med 211, pág. 211.

108 Norman G. Poythress *et al.* «Perceived Coercion and Procedural Justice in the Broward Mental Health Court» (2002) 25 Int'l JL & Psychiatry 517, pág. 529.

109 Véase: Judith S. Kaye «Inaugural Hon. Joseph W. Bellacosa Distinguished Jurist-In-Residence Lecture» (2007) 81 St John's L Rev 743, pág. 748

110 Ginger Lerner-Wren «Broward's Mental Health Court: An Innovative Approach to the Mentally Disabled in the Criminal Justice System» (Future Trends in State Courts 1999-2000, National Center for State Courts Library eCollection, 2000).

111 Emily Buss «Developmental Jurisprudence» (2016) 88 Temp L Rev 741, pág. 750.

112 Vicki Lens «Against the Grain: Therapeutic Judging in a Traditional Family Court» (2016) 41 Law Soc Inq 701, pág. 704.

ella llama las «políticas del banquillo»[113] para hacer frente «a los mayores retos que se presentan en el tribunal alternativo»[114]. Dichos jueces «aplican, mezclan y transforman de forma selectiva elementos de las esferas legales y de tratamiento para juzgar los casos de manera terapéutica» y para «generar soluciones más eficaces»[115].

En este contexto, se debería tener en cuenta que los tribunales de salud mental funcionan tal y como deberían. Los participantes presentan un porcentaje menor de arrestos después de su participación en comparación con antes así como al compararlos con grupos comparativos, y, de hecho, muchos de estos programas tuvieron más éxito que los tribunales de drogas a la hora de reducir las reincidencias (tasas de reincidencia de un 25% frente a un 10-15%)[116]. Estas estadísticas se mantienen cuando se analizan los resultados de los tribunales de salud mental de menores[117]. Las investigaciones también sugieren que la participación en tribunales de salud mental incrementa el acceso y el uso de la atención psicológica[118], reduce el uso de los servicios de crisis o de alta intensidad y reduce el consumo de drogas[119]. Uno de los estudios recientes más relevantes, llevado a cabo por un magistrado titular, ha concluido que «[la implementación

---

113 Ursula Castellano «The Politics of Benchcraft: The Role of Judges in Mental Health Courts» (2017) 42 Law Soc Inq 398, pág. 400. Define esto en parte como «el aprendizaje de los elementos más sutiles del tratamiento y el derecho en las nuevas prácticas profesionales» (en la página 403).

114 Ursula Castellano «The Politics of Benchcraft: The Role of Judges in Mental Health Courts» (2017) 42 Law Soc Inq 398, pág. 417.

115 Ursula Castellano «The Politics of Benchcraft: The Role of Judges in Mental Health Courts» (2017) 42 Law Soc Inq 398. La profesora Castellano, en su análisis de cuatro tribunales de salud mental, observó que los jueves estaban «muy involucrados en la investigación de problemas, en recopilar la información personal de los clientes y en consultar con especialistas en tratamientos y con los agentes de la ley» (en la página 405).

116 Greg Goodale, Lisa Callahan y Henry J. Steadman «What Can We Say About Mental Health Courts Today?» (2013) 64 Psychiatric Services 298.

117 Donna M.L. Heretick y Joseph A. Russell «The Impact of Juvenile Mental Halth Court on Recidivism among Youth» (2013) 3 J Juvenile Justice 1.

118 Véase, entre otros: Roger A. Boothroyd *et al.*: «The Broward Mental Health Court: Process, Outcomes, and Service Utilization» (2003) 26 Int'l JL & Psychiatry 55; Christine M. Sarteschi «Mentally Ill Offenders Involved with the US Criminal Justice System: A Synthesis» (Julio-septiembre de 2013) Sage Open 1.

119 Kellie E. Canada, John Halloran y Clark M Peters «The Emergence of Mental Health Courts in the United States: Intersecting Innovation Between Psychiatric Care and the Law» (2016) 5 Mental Health L & Pol'y J 31, pág. 57.

de] tribunales de tratamiento de resolución de problemas es la mejor forma de supervisar a los acusados penales en libertad que presentan grandes demandas y que se encuentran en riesgo de reincidir en caso de no recibir intervención»[120].

Existen otro tipo de tribunales de resolución de problemas como los tribunales de drogas[121], los tribunales de violencia doméstica[122], los tribunales de veteranos, etc.[123], pero todos deben su creación a la TJ.

10. ¿Y qué pasa conmigo?

Por tanto, ¿cómo ha afectado todo lo que he hecho en mi carrera académica? En años recientes, la mayor parte de mi investigación ha seguido una estructura específica: analizo un problema social, considero lo que las investigaciones legales y empíricas han puesto de manifiesto y, entonces, aplico los principios de la TJ para observar si se está enfocando la situación de la mejor forma posible, o no (spoiler: nunca se hace).

En este contexto, suelo tener en cuenta hasta qué punto el ámbito de las leyes y políticas proporciona el nivel de dignidad que es requerido por la TJ[124]. De manera específica, sigo los preceptos de los profesores Jonathan Simon y Stephen Rosenbaum que adoptan la TJ como modalidad de análisis: «Cuando los procedimientos proporcionan a los individuos una manera de hacerse oír, se respetan sus palabras, se les explican las decisiones tomadas [,] se tienen en cuenta sus opiniones y se sienten menos coaccionados»[125]. Además, sitúo mi trabajo con

---

120 Kerry Meyer «Hennepin County Criminal Mental Health Court: Experiences in a Large Metropolitan Mental Health Court» (2016) 42 Mitchell Hamline L Rev 485, pág. 521.

121 Véase: Pamela L. Simmons «Solving the Nation's Drug Problem: Drug Courts Signal a Move toward Therapeutic Jurisprudence» (1999-2000) 35 Gonz L Rev 237.

122 Véase, entre otros: Valmaine Toki «Domestic Violence and Women: Can a Therapeutic Jurisprudence Approach Assist?» (2009) 78 Rev Jur UPR 61; Bruce J Winick «Applying the Law Therapeutically in Domestic Violence Cases» (2000) 69 UMKC L Rev 33.

123 Véase, entre otros: Michael L. Perlin «"John Brown Went Off to War": Considering Veterans Courts as Problem-Solving Courts» (2013) 37 Nova L Rev 445; Julie M Baldwin «Investigating the Programmatic Attack: A National Survey of Veterans Treatment Courts» (2015) 105 J Crim L and Criminology 705.

124 Véase, entre otros: Michael L. Perlin «"There Are No Trials Inside the Gates of Eden": Mental Health Courts, the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Dignity, and the Promise of Therapeutic Jurisprudence» en Bernadette McSherry e Ian Freckelton (eds.) *Coercive Care: Rights, Law and Policy* (Routledge, London, 2013) 197.

125 Jonathan Simon y Stephen A. Rosenbaum «Dignifying Madness: Rethinking Commitment Law in an Age of Mass Incarceration» (2015) 70 U Miami L Rev 1, pág. 51.

el de la profesora Amy Ronner, quien ha establecido «las tres Vs»: voz, validación y voluntariedad, como los requisitos indispensables de la TJ[126].

Entre la diversidad de ejemplos que muestran cómo intento implementar todo esto en mis investigaciones se incluyen: las leyes sobre agresores sexuales[127], la regulación jurídica de la autonomía sexual en cuestiones que implican a personas con discapacidad psíquica[128], la administración de la pena de muerte (con un foco reciente en conductas indebidas)[129], los arrestos indebidos de personas discapacitadas por los llamados «crímenes molestos»[130], la relación entre las leyes internacionales de derechos humanos y la retención de la defensa en demencia e incompetencia[131], la criminología y los descubrimientos científicos[132], la representación de personas con discapacidad psíquica[133], la enseñanza de la ley de discapacidad mental[134], las penas a personas con discapacidad psíquica,

---

126 Amy D. Ronner «The Learned-Helpless Lawyer: Clinical Legal Education and Therapeutic Jurisprudence as Antidotes to Bartleby Syndrome» (2008) 24 Touro L Rev 601, pág. 627.

127 Entre otros: Michael L. Perlin y Heather Ellis Cucolo *Shaming the Constitution: The Detrimental Results of Sexual Violent Predator Legislation* (Temple University Press, Filadelfia, 2017).

128 Entre otros: Michael L. Perlin y Alison J. Lynch *Sexuality, Disability and the Law: Beyond the Last Frontier* (Palgrave Macmillan, Nueva York, 2016); Michael L Perlin y Alison J Lynch «"Love is Just a Four-Letter Word": Sexuality, International Human Rights, and Therapeutic Jurisprudence» (2015) 1 CJCCL 9.

129 Entre otros: Michael L. Perlin *Mental Disability and the Death Penalty: The Shame of the States* (Rowman & Littlefield Publishers, Lanham, EEUU, 2013).

130 Michael L. Perlin y Alison J. Lynch «"Had to Be Held down by Big Police": A Therapeutic Jurisprudence Perspective on Interactions between Police and Persons with Mental Disabilities» (2016) 43 Fordham Urb LJ 685.

131 Michael L. Perlin «"God Said to Abraham/Kill Me a Son": Why the Insanity Defense and the Incompetency Status Are Compatible with and Required by the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Basic Principles of Therapeutic Jurisprudence» (2017) 54 Am Crim L Rev 477.

132 Michael L. Perlin y Alison J. Lynch «"In the Wasteland of Your Mind": Criminology, Scientific Discoveries and the Criminal Process» (2016) 4 Va J Crim L 304.

133 Michael L. Perlin y Alison J. Lynch «"Mr. Bad Example": Why Lawyers Need to Embrace Therapeutic Jurisprudence to Root out Sanism in the Representation of Persons with Mental Disabilities» (2016) 16 Wyo L Rev 299.

134 Michael L. Perlin y Alison J. Lynch «How Teaching about Therapeutic Jurisprudence Can Be a Tool of Social Justice, and Lead Law Students to Personally and Socially Rewarding Careers: Sexuality and Disability as a Case Example» (2015) 16 Nevada LJ 209.

especialmente aquellos con TEPT[135], los centros penitenciarios de menores[136], las leyes sobre la tutela de menores[137], las leyes internacionales de derechos humanos[138]. En esencia: cualquier ámbito de la ley que afecte a personas marginalizadas, que involucre el poder del estado, así como posibles casos de coacción, está pidiendo a gritos un análisis basado en la TJ.

11. ¿Y qué pasa con Wexler?

Durante los últimos años, Wexler se ha centrado en popularizar el concepto de la TJ[139], es decir, en la necesidad de emplear la TJ en otros contextos que van más allá de los tribunales de resolución de problemas[140]. Para ejemplificar este punto, él utiliza la siguiente analogía: piensen en el marco legal actual (normas y procedimientos legales) como «botellas» y los practicantes de la TJ y las técnicas de los agentes legales (como los jueces) como el «líquido». «Para lograr su popularización, es importante explorar algunas de las disposiciones legales, la estructura legal o las "botellas", y observar hasta qué punto las diversas prácticas y técnicas de la TJ, es decir "el líquido", se pueden verter dentro de dichas botellas»[141].

Lo que hace Wexler es proponer la adopción de «procesos legales compatibles con la TJ» y analizar cómo una práctica jurídica centrada en la TJ, apoyada por una especie de «modelo de código de los procesos y las prácticas de la TJ»,

---

135 Michael L. Perlin «"*I Expected It to Happen/I Knew He'd Lost Control*": *The Impact of PTSD on Criminal Sentencing after the Promulgation of DSM-5*» *(2015) Utah L Rev 881.*

136 Michael L. Perlin «"Yonder Stands Your Orphan with His Gun": The International Human Rights and Therapeutic Jurisprudence Implications of Juvenile Punishment Schemes» (2013) 46 Texas Tech L Rev 301.

137 Michael L. Perlin «"Striking for the Guardians and Protectors of the Mind": The Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Future of Guardianship Law» (2013) 117 Penn St L Rev 1159.

138 Michael L. Perlin *International Human Rights and Mental Disability Law: When the Silenced Are Heard* (Oxford University Press, Nueva York, 2011).

139 Véase, entre otros: David B. Wexler «Getting Started with the Mainstreaming of Therapeutic Jurisprudence in Criminal Cases: Tips on How and Where to Begin» (2016) 14(8) Revista Española de Investigación Criminológica 1.

140 Véase, entre otros: Sharon Bessell y Tali Gal «Forming Partnerships: The Human Rights of Children in Need of Care and Protection» (2009) 17 Int'l J Children's Rts 283.

141 David B. Wexler y Michael D. Jones «Employing the «Last Best Offer» Approach in Criminal Settlement Conferences: The Therapeutic Application of an Arbitration Technique in Judicial Mediation» (2013) 6 Phoenix L Rev 843, págs. 843-844.

«pueden facilitar la aparición de nuevos procedimientos jurídicos»[142]. Se basó en este concepto para sugerir que hay una «relación compleja y profunda entre el vino y las botellas, entre lo que podríamos llamar el Diseño Terapéutico de la Ley (TDL por sus siglas en inglés) y la Aplicación Terapéutica de la Ley (TAL por sus siglas en inglés)»[143], y esta relación debe de ser un «proceso fluido»[144]. En este proceso, observó que, al adoptar una visión psicológica, la TJ ha sobrepasado las fronteras típicas de la justicia procedimental[145].

Este investigador también amplió su punto de mira para evaluar el impacto que tiene la ley en el bienestar de los individuos[146], sobre todo dentro del contexto del Marco Internacional de Excelencia en los Tribunales[147]. Si el objetivo de un sistema judicial es «mejorar el bienestar o la calidad de vida de la comunidad»[148], entonces, según Wexler, la TJ es la herramienta perfecta para llevar este objetivo a buen puerto.

12. Mi uso de los diálogos

142 David B. Wexler «New Wine in New Bottles: The Need to Sketch a Therapeutic Jurisprudence «Code» of Proposed Criminal Processes and Practices» (2014) 7 Ariz Summit L Rev 463, págs. 467 y 478.

143 David B. Wexler «Moving Forward on Mainstreaming Therapeutic Jurisprudence: An Ongoing Process to Facilitate the Therapeutic Design and Application of the Law» en Warren Brookbanks (ed.) *Therapeutic Jurisprudence: New Zealand Perspectives* (Thomson Reuters, Wellington, 2015), v-xii.

144 David B. Wexler «Moving Forward on Mainstreaming Therapeutic Jurisprudence: An Ongoing Process to Facilitate the Therapeutic Design and Application of the Law» en Warren Brookbanks (ed.) *Therapeutic Jurisprudence: New Zealand Perspectives* (Thomson Reuters, Wellington, 2015), v-xii.

145 David B. Wexler «Guiding Court Conversation along Pathways Conducive to Rehabilitation: Integrating Procedural Justice and Therapeutic Jurisprudence» (2016) 1 Int'l J Ther Juris, 367, pág. 370 (se examina la aplicación de TJ en la prevención de recaídas y cumplimiento de los cuidados médicos).

146 Aunque Bruce Winick ya había explorado este tema hace algunos años, véase: Bruce J. Winick «Foreword: Therapeutic Jurisprudence Perspectives on Dealing with Victims of Crime» (2009) 33 Nova L Rev 535, pág. 535, Wexler profundiza en este tema de manera significativa junto a Elizabeth Richardson, Pauline Spencer y David B. Wexler en «The International Framework for Court Excellence and Therapeutic Jurisprudence: Creating Excellent Courts and Enhancing Wellbeing» (2016) 25 JJA 148.

147 Véase Consorcio Internacional de Excelencia de los Tribunales (2014).

148 Elizabeth Richardson, Pauline Spencer y David B. Wexler «The International Framework for Court Excellence and Therapeutic Jurisprudence: Creating Excellent Courts and Enhancing Wellbeing» (2016) 25 JJA 148, pág. 149.

En una serie de artículos recientes, hice sugerencias sobre los posibles diálogos que un profesional de la TJ podría tener con su cliente en aquellos casos de incompetencia y demencia, leyes sobre agresores sexuales y condenas penales[149]. Acerca de la planificación en la prevención de recaídas, Wexler propuso una serie de preguntas adicionales relacionadas con la TJ que podría hacer cualquier representante legal[150].

Por supuesto, hay otros ámbitos del derecho en los que un abogado centrado en la TJ puede crear sus propios diálogos, tanto en el contexto del sistema judicial penal como en otras partes. Mi buen amigo y compañero en TJ, David Yamada, es uno de los principales investigadores sobre acoso laboral[151]: creo que podría ser una de las principales áreas temáticas para la creación de estos diálogos. Otra amiga mía que trabaja sobre temas de la TJ, Carole Zeiner, es la persona a la que acudir sobre cuestiones de expropiación[152]. De nuevo, considero que es otro tema ideal en el que llevar a cabo dichos diálogos. Lo que quiero decir es que esto es algo que todas las personas que trabajan en la TJ deberían tener presente.

13. El futuro

Entonces, ¿qué será lo siguiente? Puedo pensar en algunas «cosas» que nos quedan por hacer:

> 1) Necesitamos que los profesionales del derecho estén más implicados en nuestra causa. Me inquieta señalar que los únicos abogados que más han trabajado sobre la TJ son todos coautores míos y antiguos ayudantes de investigación. Esto es estupendo para mí (y también muy satisfactorio) pero me preocupa desde un punto de vista más amplio. Debemos solucionar esto evitando los terroríficos comentarios que a veces hacen los abogados defensores al afirmar que, si adoptamos la TJ, estaremos poniendo en riesgo el papel de la defensa. Rechazo esa opinión por

149 Véase: Michael L. Perlin «"Too Stubborn To Ever Be Governed By Enforced Insanity": Some Therapeutic Jurisprudence Dilemmas in the Representation of Criminal Defendants in Incompetency and Insanity Cases» (2010) 33 Int'l JL & Psychiatry 475, págs. 480-481.

150 David B. Wexler «Guiding Court Conversation along Pathways Conducive to Rehabilitation: Integrating Procedural Justice and Therapeutic Jurisprudence» (2016) 1 Int'l J Ther Juris 367, págs. 370-371.

151 Véase, entre otros: David C. Yamada «The Phenomenon of «Workplace Bullying» and the Need for Status-Blind Hostile Work Environment Protection» (2000) 88 Geo LJ 475.

152 Véase, entre otros: Carol L. Zeiner «A Therapeutic Jurisprudence Analysis of the Use of Eminent Domain to Create a Leasehold» (2013) 33 Utah Envt'l L Rev 197.

completo y considero que se trata de una gran cortina de humo, Wexler ha participado en un debate con Mae Quinn que responde a esta cuestión y no veo razón alguna para mencionar esto aquí. Creo que esta opinión es completamente equivocada y sin fundamento y es una caricatura de lo que realmente hacen *algunos* de los que dicen trabajar sobre TJ[153]. Voy a ser franco;: tal y como dije recientemente en una publicación australiana[154]:

La TJ exige la presencia de abogados que tengan un papel activo y que estén bien entrenados en todas estas audiencias. Sin la presencia de dichos abogados, resulta inevitable que los pacientes *no* participen de forma activa, *no* sean tratados con dignidad y *no* opinen que esas audiencias están siendo «justas». La TJ exige que todos los abogados que estén presentes en esas audiencias tengan un papel activo y se centren en el cumplimiento de los derechos legales de sus clientes.

2) En la actualidad, me han nombrado profesor emérito. David Wexler también lo podría ser si quisiera. Desafortunadamente, algunas de las personas que participaron en esta empresa a principios de los 90 ya han fallecido. Por otra parte, los profesionales que mencioné antes tienen 40 años o menos. Pero, mientras nosotros, los pilares de este movimiento, nos podemos beneficiar de descuentos en cines locales y pastelerías, necesitamos conocer cómo reclutar a los más jóvenes, incluyendo profesores titulares con una larga trayectoria, profesores titulares novatos y más profesionales.

3) Tal y como mencioné antes, Wexler ha centrado su atención en la necesidad de popularizar la TJ. Resulta significativo que coescribiera una de sus conferencias más recientes sobre este tema, que presentó en un simposio sobre «TJ para profesionales», con Mike Jones, un juez retirado que sigue la perspectiva de la TJ[155]. De nuevo, la magistrada australiana

---

153 Entre otros: Mae C. Quinn «An RSVP to Professor Wexler's Warm Therapeutic Jurisprudence Invitation to the Criminal Defense Bar: Unable To Join You, Already (Somewhat Similarly) Engaged» (2007) 48 BC L Rev. 539.

154 Eleanore Fritze *Shining a Light Behind Closed Doors: Report of the Jack Brockhoff Foundation Churchill Fellowship to Better Protect the Human Rights and Dignity of People with Disabilities, Detained in Closed Environments for Compulsory Treatment, through the Use of Innovative Legal Services* (Victoria Legal Aid, diciembre de 2015), pág. 53.

155 Véase: David B. Wexler y Michael D. Jones «Employing the «Last Best Offer» Approach in Criminal Settlement Conferences: The Therapeutic Application of an Arbitration Technique in Judicial Mediation» (2013) 6 Phoenix L Rev. 843.

Pauline Spencer publicó un blog dedicado al púbico general en el que tuve el honor de participar[156]. Es fundamental que los magistrados también se enfrasquen en esta batalla[157]. Wexler ha sido fundamental en la creación de la Sociedad Internacional para la Justicia Terapéutica (ISTJ por sus siglas en inglés) (presentada por primera vez este verano en Praga en la conferencia Internacional bianual de la Academia de Derecho y Salud Mental)[158], y en la promoción del «Blog de la Justicia Terapéutica en la sociedad», creado por la jueza Spencer. Esta sociedad es «una nueva asociación especializada sin ánimo de lucro establecida para fomentar la Justicia Terapéutica (TJ)»[159]. Wexler, la jubilada jueza Peggy Hora y yo somos presidentes honorarios vitalicios de esta asociación que también dispone de una junta directiva[160]. Desde la asociación esperamos continuar

---

156 Véase: Michael L. Perlin «Therapeutic Jurisprudence in Action» (5 de septiembre de 2015) *Therapeutic Jurisprudence in the Mainstream,* https://mainstrearntj.wordpress.com/tag/michael-perlin/.

157 El tiempo que pasé en Australia me dejó muy claro que los jueces y los magistrados están haciendo esta labor con muchas ganas. Véase Michael L. Perlin «Problem Solving Courts in Australia: The Application of Therapeutic Jurisprudence-Mostly» (May 9 2017) *Therapeutic Jurisprudence in the Mainstream,* https://mainstreamtj.wordpress.com/2017/05/09/problem-solving-courts-in-australia-the-application-of-therapeutic-jurisprudence-mostly.

158 Véase David C. Yamada «Launched in Prague: The International Society for Therapeutic Jurisprudence» (14 de julio de 2017) *Minding the Workplace*, https://newworkplace.wordpress.com/2017/07/14/launched-in-prague-the-international-society-for-therapeutic-jurisprudence/. Desde el 1 de enero de 2018, la página de dicha sociedad estará disponible en www.intitj.com.

159 Véase «Forming the International Society for Therapeutic Jurisprudence!» (26 de junio de 2017) *Therapeutic Jurisprudence in the Mainstream,* https://mainstreamtj.wordpress.com/2017/06/26/forming-the-international-society-for-therapeutic-jurisprudence.

160 Forman parte de la Junta Directiva (además de David B. Wexler y yo mismo):

— Astrid Birgden, psicóloga forense, Australia;

— Amy Campbell, profesora de derecho, EEUU;

— Kathy Cerminara, profesora de derecho, EEUU;

— Heather Ellis Cucolo, abogada y profesora de derecho, EEUU (directora de la junta);

— Martine Herzog-Evans, profesora de derecho y criminología, Francia;

— Michael Jones, profesor de derecho y juez retirado, EEUU;

— Shelley Kierstead, profesora de derecho, Canadá (vicepresidenta de la junta);

nuestras conexiones con centros de TJ operativos de todo el mundo, incluyendo aquellos localizados en Japón, Israel, Australia y Nueva Zelanda[161]. En definitiva, este movimiento internacional está siendo verdaderamente internacional. Espero que la importancia de este trabajo siga creciendo de manera exponencial en el futuro.

La creación y expansión de la TJ ha sido la mejor parte de mi carrera como docente. Estoy orgulloso de las contribuciones que he llevado a cabo. Le debo a Wexler, en realidad todos se lo debemos, un incalculable «gracias» por lo que ha hecho y por lo que sigue haciendo. Todos los que hemos adoptado la TJ hemos, en palabras de Bob Dylan, visto la dignidad. Espero que todos los implicados en el proceso legal, litigantes, jueces, abogados y testigos, puedan incorporar la TJ en sus vidas para que también la puedan ver.

— Pauline Spencer, magistrada, Australia;

—Nigel Stobbs, catedrático de derecho, Australia;

— Michel Vols, profesor de derecho, Países Bajos; y

— David C. Yamada, profesor de derecho, EEUU (presidente de la junta).

[161] El profesor Warren Brookbanks de la Escuela de Derecho AUT y la doctora Katey Thorn, Investigadora Titular de la Facultad de Medicina y Ciencias de la Salud en la Universidad de Auckland, son miembros del Comité Asesor Internacional de la Sociedad.

Capítulo III La entrevista cognitiva como una herramienta de Justicia Terapéutica

Francisca FARIÑA
Universidad de Vigo
Mercedes NOVO y Ramón ARCE
Universidad de Santiago de Compostela

1. Introducción

En todos los sistemas legales, la entrevista es una herramienta que pueden emplear los profesionales que intervienen, tales como los psicólogos/as jurídicos y forenses, pero también jueces, fiscales, abogados/as y cuerpos policiales. Tradicionalmente ha adoptado dos formatos: entrevista narrativa, en la que se pregunta al entrevistado qué ha sucedido y éste se limita a contar los hechos conforme los recuerda y la entrevista interrogativa denominada también policial o estándar.

La entrevista interrogativa es la que tradicionalmente han utilizado los profesionales del sistema legal (jueces, abogados, policía, etc.), para recabar información que les permita fortalecer el planteamiento que defienden o verificar su hipótesis de los hechos que se investigan, lo que suele conducir a efectuar preguntas sesgadas. Así, distintos estudios sobre la entrevista interrogativa practicada por agentes policiales en el marco de sus investigaciones, pusieron de manifiesto el empleo de técnicas persuasivas y manipulativas, tales como: indicar la inutilidad de la negación o desmentido, generar la creencia de que la policía contaba con más pruebas de las que realmente tenía, minimizar la gravedad de la agresión u ofensa, manipular la autoestima del sospechoso e indicar a los entrevistados que la confesión le resultaría positiva (Bull, 1999). Todo ello puede dar lugar a obtener respuestas incompletas o no coincidentes con la realidad de los hechos. Por su parte, Fisher, Geiselman y Raymond (1987) identificaron tres problemas generales en este tipo de entrevista: las frecuentes interrupciones en las descripciones de los testigos, la formulación de demasiadas preguntas de respuesta cortas y una secuencia inapropiada de las preguntas. Las interrupciones dificultan la concentración de la persona entrevistada para recuperar de su memoria la información, provocando que los recuerdos no puedan ser profundos; igualmente, las preguntas cortas generan menos concentración y elicitan sólo la información que se precisa para responder, lo que puede conducir a que la persona no recupere toda la información que posee, o que no informe de ella; y,

por último, frecuentemente las secuencias de preguntas activan, en la persona entrevistada, imágenes mentales incompatibles con la generada por ella sobre lo sucedido y objeto del interrogatorio (preguntas de vuelta atrás o arbitrarias que interrumpen el flujo de la comunicación y también contribuyen a disminuir su concentración). En definitiva, la entrevista interrogativa conduce a una declaración plagada de errores de emisión y por tanto también con menos detalles; si bien, da lugar a menos errores de comisión.

Distintas investigaciones desde del ámbito de la psicología jurídica han comparado la utilidad de la entrevista narrativa y la entrevista interrogativa, apreciándose que la entrevista de formato narrativo proporciona mayor información, fundamentalmente correcta (36%) pero también incorrecta (17,5%) (Köhnken, Milne, Memon y Bull, 1999). No obstante, en términos de exactitud de la información, la comparación de ambos formatos constata la superioridad del formato narrativo (Lamb, Orbach, Hershkowitz, Horowitz y Abbott, 2007). A este respecto, Alonso-Quecuty (1993) sugirió el empleo combinado de ambos, debiendo realizarse en primer lugar la forma narrativa y, a continuación, la forma interrogativa. Pero también desde la ciencia del derecho, se promueve la misma estrategia, en este sentido, Abel (2020) precisa «se ha afirmado acertadamente que lo mejor es dejar que el deponente narre espontáneamente los hechos (técnica del relato) y sólo después formule las preguntas concretas que sirvan de complemento» (p. 48). Igualmente, la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, señala «el juez dejará al testigo narrar sin interrupción los hechos sobre los que declare, y solamente le exigirá las explicaciones complementarias que sean conducentes a desvanecer los conceptos oscuros o contradictorios. Después le dirigirá las preguntas que estime oportunas para el esclarecimiento de los hechos» (p. 83).

En este capítulo nos centraremos en la entrevista cognitiva, como modelo prototipo de entrevista narrativa, reconocida por su eficacia para mejorar el recuerdo, y, además, aunque bastante menos destacado en la literatura, con capacidad terapéutica para las personas entrevistadas.

2. Entrevista cognitiva

La Entrevista Cognitiva (EC), desarrollada por Geiselman, Fisher, MacKinnon y Holland (1985), se puede definir como un conjunto de técnicas de comunicación y de apoyo para que la persona entrevistada recupere de su memoria un evento, en formato narrativo de recuerdo libre, aportando la mayor cantidad de información posible, sin que quien la entreviste contamine la misma (Arce y Fariña, 2012). Representa un modelo ético y efectivo de entrevista, que se basa en

la ciencia de la memoria y la comunicación (Memon, 2019); siendo probablemente una de las técnicas más conocidas para utilizar con adultos (Fisher y Geiselman, 1992; Odinot, Memon, La Rooy, Millen, 2013); una de las mejores técnicas de entrevista policial para aumentar el recuerdo de víctimas y testigos de crímenes (González-Álvarez e Ibáñez-Peinado, 1998).

La EC surge en respuesta a una demanda de mejora de la entrevista interrogativa por parte de los profesionales de la justicia, basándose en los conocimientos que se tenían sobre el funcionamiento de la memoria. En concreto, en el modo en que el ser humano codifica, almacena y recupera la información; primero procesando la información a nivel visual, acústico y semántico, para luego dar paso a un registro más permanente, denominado memoria a largo plazo, desde el que se recuperarán los recuerdos, ya sea de manera controlada o automática. A la vez, como señalan Crossland, Kneller y Wilcock (2020), teniendo en cuenta que, frecuentemente, la información que se puede recuperar es tan solo un porcentaje de los detalles que fueron originalmente codificados; por lo que cabe buscar técnicas para extraer esa información previamente codificada y a la que no se accede. Dos son los principios memorísticos que subyacen a la entrevista cognitiva: existen varios canales de recuperación de memoria para un mismo hecho, por lo que la información no accesible mediante un canal puede serlo mediante otro (Tulving, 1983); y una huella de memoria comporta varias características, de modo que una ayuda de recuerdo es efectiva en la medida en que hay una superposición entre la huella de memoria y la ayuda de recuerdo (Tulving y Thomson, 1973).

La EC se compone de cuatro instrucciones generales de ayuda a la recuperación de memoria:

> 1) *Reinstauración mental de contextos*. Consiste en reconstruir mentalmente los contextos ambiental y psicológico que existieron en el hecho a recordar. Esta primera técnica de la entrevista cognitiva facilita una reconstrucción mental de los hechos, recabando de la persona entrevistada elementos emocionales y secuenciales, así como características perceptuales. Quien realiza la entrevista puede motivar la reinstauración del contexto de la persona entrevistada dándole instrucciones tales como; qué veías en ese momento, qué oías, qué sentías quiénes estaban también allí, Múltiples investigaciones (v.gr., Dando, Wilcock y Milne, 2009; Davis, McMahon y Greenwood, 2005; Emmett, Clifford y Gwyer, 2003; Milne y Bull, 2002) han evidenciado que la activación de la información contextual que se procesa conjuntamente con el evento objeto de recuerdo incrementa la

cantidad de información correcta que se recupera sobre el mismo, sin que se produzca un aumento en el número de errores.

2) *Recuerdo libre*. La persona entrevistadora debe solicitar de quien está entrevistando que narre todo aquello que recuerde sobre lo sucedido sin necesidad de un orden narrativo o cronológico. Se le precisa que es importante que relate incluso aquello sobre lo su recuerdo no es completo, puesto que podrá señalar su certeza sobre lo recordado; así como todo detalle que considere banal para el objetivo de la entrevista, porque pueden llevar a otros, asociados entre sí en la memoria, que sí sean relevantes. Todas estas aclaraciones son relevantes al ser frecuente que la persona entrevistada considere que quien le entrevista dispone ya de dicha información o que esta carece de importancia.

3) *Cambio de perspectiva*. Se pide a la persona entrevistada que se sitúe en la perspectiva de otra persona y que refiera lo que hubiese visto si ocupase esa posición. De esta manera se puede obtener una segunda versión de la entrevista, desde una perspectiva diferente (p.e., de otro testigo, del agresor). Esta técnica se basa en estudios en los que se concluye que los sujetos recordaban mucha más información y mayor cantidad de detalles si, además de recordar el hecho desde su perspectiva, lo relataban adoptando la perspectiva de otro testigo (Anderson y Picher, 1978; Bower, 1967; Millne y Bull, 1999). Algunos investigadores manifiestan que esta técnica de tomar otro enfoque distinto debe emplearse con cautela, frente a otros que se muestran partidarios de la misma como técnica facilitadora de valor adicional para el estudio de la credibilidad del testimonio. (Vrij *et al.*, 2008).

4) *Recuerdo de los sucesos en una variedad de órdenes temporales distintos*. El último componente es la instrucción de intentar recordar desde diferentes puntos de partida, con el fin de reducir el efecto que los conocimientos previos, las expectativas y los esquemas producen en el recuerdo ya que, como señalan Bower y Morrow (1990), tendemos a recordar el esquema o modelo mental que nos formamos de un evento más que el evento mismo. Esta instrucción permite a la persona entrevistada recuperar la información en un orden diferente a como se desarrollaron los hechos, ayudando a elicitar detalles adicionales, que podrían perderse al hacer una narración de los hechos siguiendo la secuencia temporal de como acontecieron (Memon, Cronin, Eaves y Bull, 1993).

Además de estas cuatro técnicas generales, la EC incluye los denominados memory jogs (impulsos de memoria), para ayudar a la persona entrevistada a recordar detalles. *Los memory jogs* se realizan, por quien entrevista, a través de preguntas sobre personas (nombres, caras, voces, olores, apariencia, etc.) y objetos (casas, mobiliario, vehículos, armas, adornos, etc.). Las formulaciones podrían ser en la línea: ¿Te recuerda a alguien que conoces?, ¿Su modo de vestir te recuerda a alguien?, ¿Su olor te recordaba algo? Para Milne y Bull (1999), este tipo de preguntas deberían acompañarse siempre con la solicitud de aclaración ¿por qué?, la cual obliga a realizar una búsqueda en la memoria a un nivel más profundo, promoviendo nuevamente el recuerdo. Sin embargo, en la actualidad no se considera una práctica adecuada, puesto que el efecto en la persona entrevistada, especialmente en las víctimas, puede resultar no sólo iatrogénica, sino también sugestiva o coercitiva (Arce, Fariña, 2012).

La EC fue adaptada para aplicarse en el ámbito forense, por Fisher y Geiselman (1992), en once pasos (ver tabla 1), y se denominó Enhanced Cognitive Interview (Entrevista Cognitiva Mejorada). Uno de sus propósitos era reducir la ansiedad de la persona evaluada, si bien en términos de efectividad resultó bastante similar a la entrevista cognitiva (Arce y Fariña, 2006). Finalmente se descartó su aplicación para el campo forense, al suponer la fase de interrogatorio un potencial riesgo para producir daño a la persona entrevistada, contaminar la prueba, a la vez que promover manifestaciones de criterios de contenidos de memorias de hechos vividos, y por el contrario no aporta un relato más preciso (Arce, Fariña, Novo y Seijo, 2019; Davis *et al.*, 2005; Köhnken *et al.*, 1999; Memon, Meissner y Fraser, 2010). Sin embargo, en otros contextos puede resultar efectiva. En este sentido, Crossland, Kneller y Wilcock (2020) encontraron, con testigos que habían consumido alcohol, que la Entrevista Cognitiva Mejorada era más productiva que la Entrevista Cognitiva Estructurada. Esta última presenta un formato similar a la EC, con la diferencia de que introduce una técnica de interrogatorio gradual, que va desde preguntas abiertas a más cerradas (Yuille *et al.*, 1993), que sustituye a las técnicas dirigidas a facilitar el recuerdo (Arce y Fariña, 2012).

Tabla 1. Estructura general de la entrevista cognitiva mejorada

Fase 1. Presentaciones y personalización de la entrevista (presentación, usar nombre del entrevistado).
Fase 2. Establecimiento de la comunicación (creación de atmósfera agradable, de confianza a través de la formulación de preguntas neutras).
Fase 3. Explicación del propósito de la entrevista.

Fase 4. Reinstauración de contexto.
Fase 5. Recuerdo libre.
Fase 6. Preparación para el interrogatorio (pedirle que se concentre intensamente; que diga lo que se le viene a la mente tal como llega sin «fabricarlo»; que puede decir «no comprendo», «no sé», «no recuerdo», etc.; que active y contraste imágenes).
Fase 7. Interrogatorio compatible con el testigo (cada testigo tiene una secuencia de memoria distinta del evento debiendo el interrogatorio ajustarse a esa secuencia).
Fase 8. Recuerdo desde diferentes perspectivas.
Fase 9. Recuerdo en orden inverso.
Fase 10. Resumen (realizado por el entrevistador en función de lo que el entrevistado ha informado).
Fase 11. Cierre (desactivación emocional y de tensiones en el entrevistado).

(Tomado de Arce y Fariña, 2012)

La eficacia de la EC está fuera de toda duda; muchos años de investigación han demostrado que es un método fiable y altamente efectivo para recabar el testimonio (Memon, Meissner, y Fraser, 2010; Odinot, *et al.*, 2013; Satin y Fisher, 2019). Así, en más de 100 experimentos de laboratorio y de campo y utilizando diferentes muestras y condiciones de prueba, se encontró que la EC generalmente es más productiva obteniendo mucha más información (Molinaro, Fisher, Mosser y Satin, 2019). Presenta capacidad para elicitar entre un 25 y un 35% más de información que la entrevista interrogativa (p. e., Geiselman, Fisher, MacKinnon y Holland, 1985, 1986), y con niveles comparables de precisión (Satin y Fisher, 2019) o incluso superiores (Molinaro *et al.*, 2019), lo que la convierte en una herramienta muy válida para obtener información de una víctima o testigo. Asimismo, la aplicación de la entrevista cognitiva no se encuentra limitada a la reproducción de un suceso de episodio único, ya que permite extender su utilización para recordar hechos que ocurren frecuentemente de una manera similar (Memon, Wark, Bull y Köhnken, 1997; Mantwill y Ascherman, 1992), favoreciendo la manifestación de los criterios de contenido en el análisis del testimonio (Vrij, 2005). Además, la potencialidad de la EC se puede incrementar consigo misma, efectuando dos en lugar de una (Odinot, *et al.* 2013). Sin embargo, cabe precisar que la eficacia de la EC, como ocurre con cualquier técnica, depende de cómo se lleve a cabo; incidiendo directamente el nivel de formación que tiene

la persona entrevistadora. La EC requiere de una capacitación sustancial para ser implementada adecuadamente, todavía más cuando quien la aplica tiene otros hábitos o automatismos en su actuación profesional previa, como es el caso de los policías (Molinaro, *et al.*, 2019), al igual que de otros operadores jurídicos, como los psicólogos forenses.

3. Entrevista cognitiva con orientación de Justicia Terapéutica en el contexto forense

La Justicia Terapéutica (TJ) adjetiva y da valor al papel que desempeña la Ley y la aplicación de la misma en el proceso legal como agente terapéutico (Wexler y Winick, 1996; Winick y Wexler, 2003), introduciendo así la acepción de terapéutico para cualquier forma en que el sistema pueda afectar al bienestar psicológico de los usuarios de la Justicia (Fariña, Seijo, Arce y Vázquez, 2017; Hartley, 2003; Wexler, 1992; Winick, 1997).

En el contexto legal, como ya hemos señalado, la entrevista es un procedimiento básico de obtención de información, que si se utiliza de manera inapropiada puede contaminar el recuerdo de la persona entrevistada y lo que entendemos que resulta todavía peor, convertirse en una situación traumática para ella. Lo que resulta totalmente inaceptable, y de manera especial cuando se trata de una víctima. Este efecto colateral no puede ser asumido por ningún operador jurídico, la victimización secundaria debe impedirse en cualquiera intervención. La EC no sólo posibilita controlar ese efecto indeseable, sino que, además, si se lleva con orientación de TJ, podrá contribuir a mejorar el bienestar emocional, la salud mental y la calidad de vida de la víctima (Bennett y Goodman, 2010; Fisher y Geiselman, 2010; Madsen y Holmberg, 2015) y, más aún, a su proceso de empoderamiento psicológico (Bennett y Goodman, 2010; Belknap y Sullivan, 2003; Zweig y Burt, 2003).

La EC en la dicotomía establecida por Langballe y Schultz (2017), entrevista dominante versus entrevista humanista, se ubicaría en esta última; caracterizándose por la atención y la preocupación, la escucha activa, la empatía, la simpatía, la ayuda y el respeto hacia la persona evaluada, lo que conduce a que la persona entrevistada se sienta bien tratada, y a la vez, aporte más información (Arce *et al.*, 2019). En esta línea, cuando se emplea la EC, como se ha comentado, se realizan preguntas abiertas, no se interrumpe durante las respuestas, el entorno no es coercitivo, todo esto potencia la sensación de control y seguridad de quien es entrevistado. Como señalan Dodier y Otgaar (2019), las respuestas narrativas largas fomentan una sensación de control, ya que permiten a las víctimas contar su propia historia, en lugar de que sean los recuerdos las que controlen sus vidas.

En la EC a la persona entrevistada se le otorga un papel central en el desarrollo de la entrevista, y se le informa que puede interrumpir o terminar la entrevista si lo necesita (Cote y Simpson, 2000). Además, a través de las instrucciones, inclusive el restablecimiento del contexto emocional, permite recuperar más recuerdos y con más detalle de las experiencias traumáticas pasadas (Shepherd, Mortimer, Turner y Watson, 1999), lo que minimiza la posible percepción de ineficacia de la víctima; favorece la expresión de sus emociones, que cuando se trata de eventos traumáticos, se ha demostrado que produce efecto positivo sobre la salud mental (Murray y Segal, 1994).

Por otra parte, en la EC, para facilitar la comunicación, se emplean distintas técnicas por parte de quien entrevista, tales como: la escucha activa, ser empático y ser capaz de crear un *rapport* adecuado con la persona entrevistada. El *rapport* sin duda se convierte en crucial para fomentar el bienestar de la persona entrevistada, requiriendo de escucha activa y de empatía. El *rapport* se define como la relación o conexión, con otra persona, armoniosa, empática o comprensiva (Newberry y Stubbs, 1990); considerándose el elemento más importante en el proceso de comunicación interpersonal (Collins, Lincon y Frank, 2002; Newberry y Stubbs, 1990). El *rappor*t puede establecerse a través del uso de técnicas verbales y no verbales (St-Yves, 2006; Vallano y Schreiber, 2011); quien entrevista habla en un tono amigable, se refiere a los participantes por su nombre (Collins *et al.*, 2002). El *rapport* no sólo ha de establecerse al inicio de la entrevista sino en cualquier momento a lo largo de su desarrollo cuando la persona entrevistada muestre angustia al hablar (Memon *et al.*, 2010). Las víctimas pueden experimentar sentimientos de indignación por haber sido victimizados y necesitan compartir esos sentimientos con otra persona que pueda entender su situación (Fisher y Geiselman, 2010). Es obligado, cuando se interactúa con ella no tratarla únicamente como una fuente de prueba, que puede ayudar a resolver el delito cometido; sino que se ha de expresar la preocupación que se siente por la situación que ha sufrido. Igualmente, se han de evitar las preguntas negativas que puedan reforzar un sentimiento de incompetencia (Fisher y Geilseman, 2010).

Por último, a nivel social, además de requerirse habilidades sociales para construir adecuadamente el *rapport* (Walsh y Milne, 2008), se trata de minimizar, en la medida de lo posible, la influencia sobre las respuestas de la persona entrevistada, de manera que debe informársele explícitamente que no ha de ser aquiescente con el evaluador, que puede decirle «no sé» «no recuerdo» o «cometiste un error/te equivocas» (Brunel y Py, 2013).

Entrevista Cognitiva	*Prácticas de Justicia Terapéutica*
Procesos cognitivos	No interrumpe a la persona evaluada Permite narrar en un entorno no coercitivo Potencia la sensación del testigo o víctima de control de la narración Se ajusta a las necesidades de la persona evaluada
Procesos comunicativos	Implementa la escucha activa y emocional Ofrece un rol activo a la persona entrevistada Establece Rapport entrevistador-entrevistado Fomenta la comunicación empática Tono de voz amigable con la víctima/testigo
Procesos sociales	Minimiza los procesos de influencia sobre las respuestas de la víctima Promueve la comprensión de la situación de la víctima Refuerza el sentido de competencia Minimiza la ansiedad

En suma, la EC no ha sido diseñada con una finalidad terapéutica; sin embargo, en línea con la Justicia Terapéutica, la potencialidad terapéutica de la entrevista cognitiva podría estar vinculada a que produce menor ansiedad en la persona entrevistada (Fisher y Geiselman, 2010), minimizando la posibilidad de experimentar estrés agudo durante la recuperación de la información, y, por lo tanto, reduciendo la inhibición del recuerdo (Arce *et al.*, 2019). Algunos autores sugieren que se debería realizar un seguimiento post-entrevista para combatir los sentimientos de aislamiento y la falta de apoyo de víctimas y testigos (Fisher y Geilselman, 2010). Esto que sin duda resultaría muy conveniente para víctimas y testigos, también lo puede ser para quien entrevista; puesto que las víctimas continúan pensando en el delito, incluso después de la entrevista, favoreciendo la recuperación de recuerdos, y pueden desear completar la información que aportaron en la primera entrevista. De esta forma, una segunda entrevista, además

de ofrecer apoyo social, podría suponer una oportunidad de obtener más información (Odinot *et al.*, 2013).

Para una aplicación concreta de la EC como es la pericial psicológica, que por sí misma puede conllevar beneficios terapéuticos (Allan y Allan, 2000; Pennebaker, 1993), no dudamos que cuando se practica con orientación de Justicia Terapéutica magnifica sus efectos positivos en todos los sentidos, para el bienestar de la persona y para mejorar la obtención del recuerdo.

4. Consideraciones finales

Recientemente algunos autores plantean la necesidad de impulsar las denominadas *trauma-informed practices*, relativamente nuevas en el contexto legal y que se asientan en principios como el empoderamiento y la voz de la víctima, la consideración con las cuestiones de género o de contexto cultural, la seguridad de las personas, la transparencia y la confianza (McKenna y Holfreter, 2020; Substance Abuse and Mental Health Services Administration [SAMHSA], 2014), valores que promueven y conectan con la Justicia Terapéutica (Wexler, 1992; 2000), como un marco más amplio en el que integrar a su vez la Justicia Procedimental (Kaiser and Holtfreter, 2016), orientada esta última al estudio de la percepción de justicia y legitimidad en el proceso judicial (Tyler, 2006). Además, las *trauma-informed practices* cuando son implementadas en tribunales especializados, también crean un contexto favorable para el desarrollo de prácticas restaurativas (Mckenna y Holfreter, 2020; Randall y Haskell, 2013). Como se ha puesto de manifiesto anteriormente, la aplicación de la EC promueve valores de Justicia Terapéutica y, en este sentido, podría ser considerada una herramienta basada en las *trauma-informed practices*.

Por otro lado, cabe señalar que el objetivo de este capítulo era revisar la entrevista cognitiva, si bien hemos de tener en cuenta que en la actualidad se han desarrollado técnicas robustas, que, si bien emplean la entrevista cognitiva para la obtención de la declaración, introducen otros mecanismos de control, entre ellas, el Sistema de Evaluación Global (SEG) (Arce, 2005; Arce y Fariña, 2012; Vilariño, Arce y Fariña, 2013), con orientación de Justicia Terapéutica. El SEG al igual que la entrevista cognitiva, requiere de una gran capacitación profesional necesaria, puesto que la fiabilidad de todo el procedimiento recae, en última instancia, en quien la práctica. Es por ello que se hace preciso que la intervención se realice por profesionales con alta formación y experiencia (Eisenberg, 2019). En este sentido la mala *praxis* en la aplicación de la EC o del SEG puede restar o anular la capacidad terapéutica y de empoderamiento psicológico que esta posee para la víctima (Bennett y Goodman, 2010), o el testigo.

Por último, señalar que desde una orientación de Justicia Terapéutica hemos de seguir avanzando para que la víctima no sea considerada como un mero informante o testigo (Erez y Roeger, 1995) en lo relativo a su participación en el proceso judicial. Algunos autores han destacado que en los últimos años los jueces, abogados o fiscales se muestran más sensibles a las necesidades de las víctimas durante el interrogatorio y hacen mayor uso de preguntas abiertas y menos preguntas directivas (Abel, 2020; Westera, Zydervelt, Kaladelfos, y Zajac, 2017), si bien es ineludible particularmente con víctimas vulnerables como las personas menores de edad que sufren violencia sexual (Zajac, Wetera y Kaladelfos, 2018), a tal efecto también la entrevista cognitiva o técnicas como el SEG pueden sentar las bases de buenas prácticas en la sala de justicia.

5. Referencias

ALLAN, A. y ALLAN, M.M., «The South African Truth and Reconciliation Commission as a therapeutic tool», *Behavioral Sciences & the Law*, 18(4), 2000, págs. 459 a 477.

ABEL, X., La valoración de la credibilidad del testimonio, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

ALONSO-QUECUTY, M.L., «Interrogando a testigos, víctimas y sospechosos: La obtención de información exacta». En M. Diges y M. L. Alonso-Quecuty (Eds.), *Psicología forense experimental*, Valencia: Promolibro, 1993, págs. 85 a 98.

ANDERSON, R. C. y PICHERT, J. S., «Recall of previously unrecallable information following a shift in perspective», *Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior,* 17, 1978, págs. 1 a 12.

ARCE, R., «La construcción de la Psicología jurídica en Europa y su estatus actual», En R. ABRUNHOSA y C. MACHADO (Eds.), *Manual de psicología jurídica*, Coimbra: Quarteto, 2005, págs. 103 a 114.

ARCE, R. y FARIÑA, F., «Psicología del testimonio y evaluación cognitiva de la veracidad de testimonios y declaraciones», En J. C. Sierra, E. M. Jiménez y G. Buela-Casal (Coords.), *Psicología forense: Manual de técnicas y aplicaciones*, Madrid: Biblioteca Nueva, 2006, págs. 563 a 601.

ARCE, R. y FARIÑA, F., «La entrevista psicológico forense a niños, adultos y discapacitados», En S. Delgado, F. Bandrés, y A. Tejerina (Coords.), *Tratado de medicina legal y ciencias forenses*: Vol. V. Pediatría legal y forense, Violencia, Barcelona: Bosch, 2012, págs. 795 a 817.

BELKNAP, J. y SULLIVAN, C. M., Longitudinal study of battered women in the system: The victims «and decision-makers» perceptions: Final report (Documento N.º 202946). Washington, DC: National Institute of Justice. 2003.

BENNETT, L. y GOODMAN, L.A., «Through the lens of therapeutic jurisprudence: The relationship between empowerment in the court system and well-being for intimate partner violence victims», *Journal of Interpersonal Violence,* 25(3), 2010, págs. 481 a 502.

BOWER, G., «A multicomponent theory of memory trace», En K. W. Spence y J. T. Spence (Eds.), *The psychology of learning and motivation*, Vol. 1, Nueva York: Academic Press, 1967, págs. 229 a 325.

BOWER, G.H. y MORROW, D.G., «Mental models in narrative comprehension», *Science*, 247, 1990, págs. 44 a 48.

BRUNEL, M. y PY, J., «Questioning the acceptability of the Cognitive Interview to improve its use», *L'Annee Psychologique,* 113(3), 2013, págs. 427 a 458.

BULL, R., «Police investigative interviewing», en A. Memon y R. Bull (Eds.). *Handbook of the psychology of interviewing*, Chichester: John Wiley & Sons, 1999.

COLLINS, R., LINCOLN, R. y FRANK, M.G., «The effect of rapport in forensic interviewing», *Psychiatry, Psychology and Law,* 9(1), 2002, págs. 69 a 78.

COLLINS, N.L. y MILLER, L.C., «Self-disclosure and liking: A meta-analytic review», *Psychological Bulletin*, 116(3), 1994, págs. 457 a 475.

CROSSLAND, D., KNELLER, W. y WILCOCK, R., «Improving intoxicated witness recall with the Enhanced Cognitive Interview», *Psychopharmacology*, 2020.

COTE, W. y SIMPSON, R., Covering violence: A guide to ethical reporting about victims and trauma. New York: Columbia University Press, 2000.

DODIER, O. y OTGAAR, H., «The forensic and clinical relevance of evidence-based investigative interview methods in historical sexual abuse cases», *Clinical Psychological Science*, 7(6), 2019, págs. 1244 a 1248.

DANDO, C., WILCOCK, R. y MILNE, R., «The cognitive interview: The efficacy of a modified mental reinstatement of context procedure for frontline police investigators», *Applied Cognitive Psychology,* 23, 2009, págs. 138 a 147.

DAVIS, M.R., MCMAHON, M. y GREENWOOD, K.M., «The efficacy of mnemonic components of the cognitive interview: Towards a shortened variant for time-critical investigations», Applied Cognitive Psychology, 19, 2005, págs. 75 a 93.

EREZ, E. y ROEGER, L., «The effect of victim impact statements on sentencing patterns and outcomes: The Australian experience», *Journal of Criminal Justice*, 23(4), 1995, págs. 363 a 375.

EISENBERG, P., «The Cognitive Interview and Enhanced Cognitive Interview in Financial Forensics and Investigations», *Journal of Contemporary Research in Social Sciences*, 1(1), 2019, págs. 55 a 64.

EMMETT, D., CLIFFORD, B.R. y GWYER, P., «An investigation of the interaction between cognitive style and context reinstatement on the memory performance of eyewitnesses», *Personality and Individual Differences,* 34, 2003, págs. 1495 a 1508.

FARIÑA, F., SEIJO, D., ARCE, R. y VÁZQUEZ, M.J., «Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma», *Anuario de Psicología Jurídica*, 27(1), 2017, págs. 107 a 113.

FISHER, R.P. y GEISELMAN, R.E., *Memory-enhancing techniques for investigative interview,* Springfield: Charles C. Thomas, 1992.

FISHER, R.P., y GEISELMAN, R.E., «The cognitive interview method of conducting police interviews: Eliciting extensive information and promoting therapeutic jurisprudence», *International Journal of Law and Psychiatry*, 33(5-6), 2010, págs. 321 a 328.

FISHER, R.P., GEISELMAN, R.E. y RAYMOND, D.S., «Critical analysis of police interview techniques», *Journal of Police Science and Administration*, 15(3), 1987, págs. 77 a 185.

GEISELMAN, R.E., FISHER, R.P., MACKINNON, D.P. y HOLLAND, H.L., «Eyewitness memory enhancement in the police interview: Cognitive retrieval mnemonics versus hypnosis», *Journal of Applied Psychology*, 70, 1985, págs. 401 a 412.

GEISELMAN, R.E., FISHER, R.P., MACKINNON, D.P. y HOLLAND, H.L., «Enhancement of eyewitness memory with the Cognitive Interview», *American Journal of Psychology*, 99, 1986, págs. 385 a 401.

GONZÁLEZ-ÁLVAREZ, J.L. e IBÁÑEZ-PEINADO, J., «Aplicación policial de la Entrevista Cognitiva», *Anuario de Psicología Jurídica*, 8(1), 1998, págs. 61 a 77.

GUDJONSSON, G. H., The psychology of interrogations and confessions: A handbook, John Wiley & Sons, 2003.

HARTLEY, C.C., «A therapeutic jurisprudence approach to the trial process in domestic violence felony trials», *Violence against Women*, 9(4), 2003, págs. 410 a 437.

KAISER, K.A. y HOLTFRETER, K., «An integrated theory of specialized court programs: Using procedural justice and therapeutic jurisprudence to promote offender compliance and rehabilitation», *Criminal Justice and Behavior*, 43(1), 2016, págs. 45 a 62.

KÖHNKEN, G., MILNE, R., MEMON, A. y BULL, R., «The cognitive interview: A meta-analysis», *Psychology, Crime & Law*, 5, 1999, págs. 3 a 27.

KURY, H., «Legal psychology in Europe: Results from a survey», En J. Boros, I. Münnich y M. Szegedi (Eds.), *Psychology and Criminal Justice. International Review of Theory and Practice,* Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1998, págs. 428 a 435.

LAMB, M.E., ORBACH, Y., HERSHKOWITZ, I., HOROWITZ, D. y ABBOTT, C.B., «Does the type of prompt affect the accuracy of information provided by alleged victims of abuse in forensic interviews?», *Applied Cognitive Psychology: The Official Journal of the Society for Applied Research in Memory and Cognition*, 21(9), 2007, págs. 1117 a 1130.

LANGBALLE, A. y SCHULTZ, J. H., «"I couldn't tell such things to others": trauma-exposed youth and the investigative interview», Police Practice and Research, 18(1), 2017, págs. 62 a 74.

MADSEN, K. y HOLMBERG, U., «Interviewees» psychological well-being in investigative interviews: A Therapeutic Jurisprudential approach psychiatry», Psychology and Law, 22(1), 2015, págs. 60-74.

MCKENNA, N. C. y HOLTFRETER, K., «Trauma-informed courts: A review and integration of justice perspectives and gender responsiveness», Journal of Aggression, Maltreatment & Trauma, 2020.

MEMON, A. A. y BULL, R., Handbook of the psychology of interviewing, Chichester: John Wiley & Sons, 1999.

MEMON, A., «Cognitive Interview: State of the science and future directions», En J. Sanmarco y E. Arias (Eds.), Annual Conference of the European Association of Psychology and Law. Abstract Book, Santiago de Compostela: European Association of Psychology and Law, 2019, pág. 165.

MEMON, A., MEISSNER, C. A. y FRASER, J., «Cognitive interview. A meta-analytic review and study space analysis of the past 25 years», Psychology, Public Policy, and Law, 16, 2010, págs. 340 a 372.

MEMON, A., CRONIN, O., EAVES, R. y BULL, R., «The cognitive interview and the child witness», En N. K. Clark y G. M. Stephenson (Eds.), Issues in criminology and legal psychology: Vol. 20. Children, evidence and procedure, Leicester: British Psychological Society, 1993.

MEMON, A., WARK, L., BULL, R. y KOEHNKEN, G., «Isolating the effects of the cognitive interview techniques», British Journal of Psychology, 88(2), 1997, págs. 179 a 197.

MILNE, R. y BULL, R., Investigative interviewing. Psychology and practice, Chichester: John Wiley and Sons, 1999.

MILNE, R. y BULL, R., «Back to basics: A componential analysis of the original cognitive interview mnemonics with three age groups», Applied Cognitive Psychology, 16, 2002, págs. 743 a 753.

MOLINARO, P. F., FISHER, R. P., MOSSER, A. E. y SATIN, G. E., «Train-the-trainer: Methodology to learn the cognitive interview», Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling, 16(1), 2019, págs. 32 a 43.

MURRAY, E. J. y SEGAL, D. L., «Emotional processing in vocal and written expression of feelings about traumatic experiences», Journal of Traumatic Stress, 7(3), 1994, págs. 391 a 405.

NEWBERRY, J. J. y STUBBS, C. A., Advanced interviewing techniques. Glynco, Georgia: Bureau of Alcohol Tobacco and Fire Arms National Academy, 1997.

NOVO, M. y SEIJO, D., «Judicial judgement-making and legal criteria of testimonial credibility», European Journal of Psychology Applied to Legal Context, 2, 2010, págs. 91 a 115.

ODINOT G., MEMON, A. LA ROOY, D., MILLEN, A, «Are two interviews better than one? Eyewitness memory across repeated cognitive interviews», PLoS ONE, 8(10), 2013, e76305.

PEARSE, J. y GUDJONSSON, G. H., «Police interviewing techniques at two south London police stations», Psychology, Crime and Law, 3, 1996, págs. 63 a 74.

PENNEBAKER, J. W., «Putting estrés into words: Health, linguistic, and therapeutic implications», Behaviour Research and Therapy, 31(6), 1993, págs. 539 a 548.

RANDALL, M. y HASKELL, L., «Trauma-informed approaches to law: Why restorative justice must understand trauma and psychological coping», Dalhousie Law Journal, 36(2), 2013, págs. 501 a 533.

SATIN, G. E., & FISHER, R. P., «Investigative utility of the Cognitive Interview: Describing and finding perpetrators», Law and Human Behavior, 43(5), 2019, págs. 491 a 506.

SHEPHERD, E., MORTIMER, A., TURNER, V. y WATSON, J., «Spaced cognitive interviewing: Facilitating therapeutic and forensic narration of traumatic memories», Psychology, Crime and Law, 5(1-2), 1999, págs. 117 a 143.

SPORER, S. L., «The less travelled road to truth: Verbal cues in deception detection in accounts of fabricated and self-experienced events», Applied Cognitive Psychology, 11(5), 1997, págs. 373 a 397.

ST-YVES, M. (). «The psychology of rapport: Five basic rules», En T. Williamson (Ed.), Investigative interviewing: Rights, research, regulation, Devon, UK: Willan Publishing, 2006, págs. 107 a 122.

SUBSTANCE ABUSE AND MENTAL HEALTH SERVICES ADMINISTRATION, Trauma-informed carein behavioral health services. Treatment Improvement Protocol (TIP) Series 57, HHSPublication N.º (SMA), 2014, págs. 13 a 4801.

TULVING, E., Elements of episodic memory, Oxford: Clarendon Press, 1983.

TULVING, E., y THOMSON, D. M., «Encoding specificity and retrieval processes in episodic memory», Psychological Review, 80, 1973, págs. 353 a 370.

TYLER, T. R., Why people obey the law, Princeton, NJ: Princeton University Press, 2006.

VALLANO, J. P. y SCHREIBER, N., «A comfortable witness is a good witness: rapport-building and susceptibility to misinformation in an investigative mock-crime interview», Applied Cognitive Psychology, 25(6), 2011, págs. 960 a 970.

VILARIÑO, M., ARCE, F. y FARIÑA, F., «Forensic-clinical interview: Reliability and validity for the evaluation of psychological injury», European Journal of Psychology Applied to legal Context, 5, 2013, págs. 1 a 21.

VRIJ, A., «Criteria-based content analysis: A qualitative review of the first 37 studies», Psychology, Public Policy and Law, 11, 2005, págs. 3 a 41.

VRIJ, A., MANN, S. A., FISHER, R. P., LEAL, S., MILNE, R. y BULL, R., «Increasing cognitive load to facilitate lie detection: The benefit of recalling an event in reverse order», Law and Human Behavior, 32, 2008, págs. 253 a 265.

WALSH, D. W. y MILNE, R., «Keeping the PEACE? A study of investigative interviewing practices in the public sector», Legal and Criminological Psychology, 13(1), 2008, págs. 39 a 57.

WEXLER, D. B., «Putting mental health into mental health law», Law and Human Behavior, 16(1), 1992, págs. 27 a 38.

WEXLER, D. B., «Two decades of therapeutic jurisprudence», Touro Law, 24, 2008, págs. 17 a 29.

WEXLER, D. B. y WINICK, B., Law in a therapeutic key: Developments in Therapeutic Jurisprudence, Durham, NC: Carolina Academic Press, 1996.

WINICK, B. J., «Applying the law therapeutically in domestic violence cases», Psychology, Public Policy, and Law, 3, 1997, págs. 184 a 206.

WINICK, B. y WEXLER, D., Judging in a therapeutic key: therapeutic Jurisprudence and the courts, Durham, NC: Carolina Academic Press, 2003.

ZWEIG, J. M. y BURT, M. R., «Effects of interactions among community agencies on legal system responses to domestic violence and sexual assault in STOP-funded communities», Criminal Justice Policy Review, 14(2), 2003, págs. 249 a 272.

Capítulo IV Una mirada al programa de oportunidad del cumplimiento de la libertad condicional en Hawái conocido como «HOPE» (esperanza)[1]

Lorana BARTELS

Universidad Nacional Australiana

Traducción realizada por Carla Míguez y Miguel Cuevas (Universidad de Vigo)

1. Introducción

El programa de Oportunidad del Cumplimiento de la Libertad Condicional en Hawái («HOPE») es un programa de supervisión intensiva que fue concebido por el juez Steven S. Alm en 2004, y que luego desarrolló junto a la administradora de la Sección de Libertad Condicional, Cheryl Inouye[2]. Desde entonces, ha recibido críticas favorables así como una gran atención en los medios de comunicación (tal y como se menciona más adelante), llegando a aparecer en artículos del *New York Times*[3] y del *Wall Street Journal*[4] y recibir numerosos premios. Por ejemplo, la Escuela de Gobierno John F. Kennedy de la Universidad de Harvard incluyó el programa HOPE entre los 25 programas de su concurso «Innovaciones en el Gobierno Americano» de 2013[5]. Se trata de un programa que ha sido reproducido

[1] Original: Bartels, L. (2016). Looking at Hawaii's Opportunity with Probation Enforcement (HOPE) Program Through a Therapeutic Jurisprudence Lens. QUT L. Rev., 16, 30.

[2] Véase: Steven Alm, «HOPE Probation and the New Drug Court: A Powerful Combination» (2015) 99 *Minnesota Law Review* 1665; Institute for Behavior and Health (IBH), *State of the Art of HOPE Probation* (2015).

[3] Jeffrey Rosen, «Prisoners of Parole», *New York Times Magazine* (en línea), 8 de enero del 2010 «http://www.nytimes.com/2010/01/10/magazine/10prisons-t.html»

[4] Mark Schoofs, «Scared Straight...by Probation», *Wall Street Journal* (en línea), 24 de julio del 2008 «http://www.wsj.com/articles/SB121685255149978873».

[5] Este programa también recibió en 2007 el «Premio al Mérito Especial» de la Sociedad Estadounidense de la Judicatura y, en 2014 el premio al «Mejor Programa de Justicia Penal» de la Asociación de Justicia Penal Nacional, Por otra parte, el juez Alm obtuvo el Premio *McGovern* del Instituto de Salud Mental en 2009. Por sus prometedoras ideas sobre la política antidrogas y fue nombrado Jurista del Año de Hawái por el Jefe de Justifica Mark Recktenwald en 2010: véase

a lo largo de Estados Unidos (EE.UU.) y que actualmente opera en 160 jurisdicciones. Cabe señalar que Alm se retiró recientemente de su función judicial para asumir un nuevo papel, con sede en Washington D.C., como asesor jurídico de los Estados, del Departamento de Justicia de los Estados Unidos y del Congreso para la implementación del programa HOPE[6].

Se prevé que el programa continuará en Hawái tal y como lo lleva haciendo hasta ahora, ya que el nuevo funcionario judicial encargado del tribunal ha recibido una amplia capacitación de manos del propio Alm antes de que este dejara el estrado.

El modelo también ha suscitado interés en Australia debido, en parte, a la visita del juez Alm en agosto de 2015. Esto motivó que el entonces Fiscal General del Territorio del Norte se comprometiera a ejecutar un programa piloto basado en el modelo HOPE[7]. El informe final del *National Ice Taskforce* (Comité Nacional contra una forma de anfetamina conocida como Cristal), publicado en diciembre de 2015, recomienda que:

> El Gobierno de la Commonwealth debería colaborar con el gobierno de, al menos, un estado o gobierno territorial para poner en marcha el programa piloto denominado *Swift and Certain Sanction*s (Sanciones Rápidas y Certeras) para los infractores por consumo de cristal que se encuentren en libertad condicional, inspirándose en las lecciones aprendidas a partir de la implementación de dichos modelos en los Estados Unidos, incluyendo el proyecto de Oportunidad de Libertad Condicional con Cumplimiento de la Ley de Hawái (HOPE) que se está llevando a cabo ese país[8].

Como respuesta, el Consejo de los Gobiernos Australianos estableció que el Territorio de Norte «pondrá a prueba el modelo de Sanciones Rápidas, Certeras

---

Lorana Bartels, «Swift and Certain Sanctions: Is It time For Australia To Bring Some HOPE into the Criminal Justice System?» (2015) 39 *Criminal Law Journal,* 53.

[6] Chad Blair, «Judge Steve Alm Is Taking His Message Of "HOPE" To DC», Honolulu Civil Beat, 2 de septiembre de 2016 «http://www.civilbeat.org/2016/09/hawaiis-steve-alm-is-taking-his-message-of-hope-to-dc».

[7] Katherine Gregory, «NT Attorney-General Calls For US HOPE Program of Swift and Certain Sanctions to Deter "Knuckleheads" From Reoffending», *ABC News* (en línea), 17 de agosto de 2015 «http://www.abc.net.au/news/2015-08-17/john-elferink-calls-for-us-hope-program-to-deter-offenders/6703492».

[8] National Ice Taskforce, *Final Report of the National Ice Taskforce* (Commonwealth of Australia, 2015), pág. xiii (Recomendación 30).

y Justas y compartirá los resultados con las demás jurisdicciones»[9]. Además, el Gobierno del Territorio de la Capital de Australia ha constituido un grupo de trabajo para estudiar, entre otros asuntos, la viabilidad de la adopción de un «programa rápido, certero, pero justo, con referencia específica al programa HOPE»[10].

En marzo de 2016, la Real Comisión de Victoria para la Violencia en la Familia presentó su informe en el que se incluía la recomendación de que «el Consejo Asesor de Sentencias informara sobre la conveniencia y los métodos adecuados para dar cabida a enfoques "de justicia rápida y certera" para los infractores de violencia en la familia en el régimen de sentencias de Victoria [en un período de 12 meses]»[11]. El gobierno victoriano aceptó las recomendaciones de la Real Comisión y, en septiembre de 2016, su Fiscal General pidió al Consejo Consultivo de Sentencias que «le asesorara tanto sobre la conveniencia como los métodos para dar acomodo a enfoques "rápidos y precisos" a los acusados por violencia familiar en el régimen de condenas de Victoria»[12].

El programa HOPE está llevando a cabo en la actualidad un programa piloto con acusados por violencia familiar, pero su foco principal está puesto en aquellos infractores con problemas de consumo de drogas. De hecho, recientemente, Webster[13] describió el programa HOPE como un «modelo alternativo a los tribunales de drogas». Fisher[14] también ha debatido sobre el programa HOPE en

---

[9] Council of Australian Governments, *National Ice Action Strategy* (Commonwealth de Australia, 2015), pág. 25.

[10] La autora forma parte de este grupo de trabajo.

[11] Royal Commission into Family Violence, *Report and Recommendations* (Estado de Victoria, 2016). Recomendación, pág. 83.

[12] Victorian Sentencing Advisory Council, «Latest News: Council Receives Terms of Reference for Swift and Certain Approaches to Family Violence Sentencing» (Comunicado de prensa, 12 de septiembre de 2016) «https://www.sentencingcouncil.vic.gov.au/news-media/news/council-receives-terms-reference-swift-and-certain-approaches-family-violence». Aunque la recomendación de la Comisión Real y la referencia al Consejo Asesor de Condenas no menciona específicamente al programa HOPE, queda claro a partir del informe de dicha comisión y el debate informal con el Director del Consejo, que el programa HOPE será tenido en cuenta como parte de esta investigación.

[13] Molly Webster, «Alternative Courts and Drug Treatment: Finding A Rehabilitative Solution for Addicts in a Retributive System» (2015) 84 *Fordham Law Review* 855, pág. 858.

[14] Caitlinrose Fisher, «Note: Treating the Disease or Punishing the Criminal?: Effectively Using Drug Court Sanctions To Treat Substance Use Disorder and Decrease Criminal Conduct» (2014) 99 *Minnesota Law Review* 747, pág. 760.

el contexto de los tribunales de drogas, entrándose en los aspectos del programa HOPE que ella misma sugirió que deberían ser incorporados en los procesos judiciales en materia de drogas. No obstante, no se debatieron las vías mediante las que el propio programa HOPE adopta rasgos de los tribunales de drogas o, de manera más general, de los tribunales de resolución de problemas.

Hasta la fecha, la mayor parte del debate sobre el programa HOPE se ha centrado en sus sanciones rápidas, certeras y justas y en la efectividad de la disuasión como instrumento de prevención del delito[15]. Sin embargo, se le ha prestado poca atención desde el punto de vista de la Justicia Terapéutica (TJ) y a su funcionamiento como tribunal de resolución de problemas. Esto resulta especialmente sorprendente ya que el juez Alm también estuvo a cargo del tribunal de drogas para adultos del Primer Circuito de Hawái de marzo de 2011 a septiembre de 2014 (es decir, después de la creación del programa HOPE, aunque siempre demostrando su comprensión y su compromiso con la TJ y otros tribunales de resolución de problemas). Curiosamente, el juez Alm ha declarado su «convencimiento de que los tribunales de drogas constituyen el mejor programa que el poder judicial puede ofrecer en términos de supervisión: mejor que la libertad condicional tradicional y mejor que el de libertad condicional del programa HOPE»[16]. Sin embargo, como ya se verá, el programa HOPE tiene el potencial de llegar a un número mayor de participantes que los tribunales de drogas.

Este artículo pretende llenar este vacío en la bibliografía. En primer lugar, se realizará una breve introducción a la TJ y a los tribunales de resolución de problemas. Seguidamente, se expondrá una visión general del funcionamiento del programa HOPE, seguida de a algunas conclusiones claves del análisis. A continuación, el artículo se apoya en las observaciones y discusiones más recientes de los tribunales[17] para presentar una visión detallada respecto del funcionamiento del programa HOPE, prestando especial atención al papel del juez Alm apoyando

---

15 Véase, entre otros: Angela Hawken y Mark Kleiman, Managing Drug-Involved Probationers with Swift and Certain Sanctions: Evaluating Hawaii's HOPE (Instituto Nacional de Justicia, 2009); Daniel Nagin, «Deterrence in the Twenty-first Century» (2013) 42 *Crime and Justice* 199; Cecelia Klingele, «What Are We Hoping For? Defining Purpose in Deterrence-Based Correctional Programs» (2015) 99 *Minnesota Law Review* 101. Véase también: Bartels (nota a pie n.º 4).

16 Alm (nota a pie n.º 1), pág. 1688.

17 Esta investigación ha recibido la aprobación del Comité de Ética en la Investigación en Seres Humanos de la Universidad de Canberra (HREC15-264).

el éxito de los participantes en este programa. El artículo concluirá con algunos comentarios sobre el programa a través del prisma de la TJ.

2. La TJ y los tribunales de resolución de problemas

El concepto de la TJ «centra su atención en el… considerable impacto de la ley en la vida emocional y el bienestar psicológico» y percibe la ley como «una fuerza social que puede producir consecuencias terapéuticas o anti-terapéuticas»[18]. Este enfoque «dirige la atención del juez más allá, por encima de la controversia específica ante el tribunal y hacia las necesidades y las circunstancias de las partes implicadas en la controversia»[19]. Además, «intenta... analizar con detenimiento la bibliografía de autores prometedores de los ámbitos de la psicología, la psiquiatría, las ciencias del comportamiento clínico, la criminología y el trabajo social para determinar si esos conocimientos pueden ser incorporados o incluidos en el sistema jurídico»[20]. Tal y como Stobbs[21] ha observado, cada vez hay más tribunales penales especializados, muchos de ellos conocidos como tribunales de resolución de problemas, orientados a problemas o centrados en la solución[22], que recurren a las técnicas de la TJ. En general, tratan de facilitar y apoyar a los participantes como agentes autónomos de cambio en sus vidas, ayudándoles a abordar las cuestiones que los lleva a delinquir, para reducir las posibilidades de reincidencia.

Según Blagg[23], estos tribunales actúan como un «eje» que conecta varios «radios», tales como organismos de terapia de drogas y de alcohol, instituciones penitenciarias comunitarias, servicios de libertad condicional y organismos de violencia doméstica, constituyendo un enfoque holístico e integrador. Aunque hay

---

18 Bruce Winick y David Wexler, *Judging in a Therapeutic Key: Therapeutic Jurisprudence and the Courts* (Carolina Academic Press, 2003), pág. 7.

19 David Rottman y Pamela Casey, «Therapeutic Jurisprudence and the Emergence of Problem-solving Courts» (1999) 240 *National Institute of Justice Journal* 12, pág. 14.

20 David Wexler, «Therapeutic Jurisprudence: An Overview» (2000) 17 *Thomas M Cooley Law Review* 125, pág. 127.

21 Nigel Stobbs, *Mainstreaming Therapeutic Jurisprudences and the Adversarial Paradigm-Incommensurability and the Possibility of a Shared Disciplinary Matrix* (Tesis doctoral inédita, Universidad de Bond, 2013), pág. 2.

22 Como análisis de las implicaciones de los distintos términos, véase: Michael King, *Solution-Focused Judging Bench-book* (Instituto Australasiano de Administración Judicial, 2009), págs. 3-5.

23 Harry Blagg, *Problem-oriented Courts* (Comisión de Reforma Legislativa de Australia Occidental, 2008).

diferencias en el funcionamiento de dichos tribunales, generalmente poseen las siguientes características:

a) *Fallos de casos*: trabajan en los fallos tangibles para los acusados, las víctimas y la sociedad;

b) *Cambio de sistema*: se busca reestructurar la forma en que los sistemas gubernamentales responden ante problemas como la drogadicción y el alcoholismo o las enfermedades mentales;

c) *Monitorización judicial*: uso activo de la autoridad judicial para resolver los problemas y modificar la conducta de los acusados;

d) *Colaboración*: involucran en el proyecto tanto a socios gubernamentales como no-gubernamentales (por ejemplo, los proveedores de servicios sociales y los grupos comunitarios) para reducir los riesgos de reincidencia; y

e) *Roles no tradicionales*: por ejemplo, modificar algunos aspectos del proceso judicial acusatorio, así como asegurarse de que los acusados tienen un papel activo en el proceso[24].

Un aspecto clave de estos tribunales radica en la buena armonía que el juez establece con los participantes del programa. De hecho, Winick y Wexler sugirieron que la formación de una estrecha relación personal y significativa entre los participantes del tribunal de drogas y el juez es «más importante que la esencia de las terapias y sanciones» porque crea una «ética de incumbencia»[25]. Esto se ve confirmado por la reciente constatación de que los participantes en el Tribunal de Drogas de Nueva Gales del Sur que entablaron un vínculo más estrecho con el funcionario judicial registraban índices más bajos de consumo de drogas. Esto permitió a los autores concluir que el juez «parece ser una figura clave para el... proceso de rehabilitación. La creación de sólidos lazos interpersonales que parece

[24] Véase: Lorana Bartels, «Challenges in Mainstreaming Specialty Courts» (Trends and Issues in Crime and Criminal Justice N.º 383, Australian Institute of Criminology, 2009), citando a Greg Berman y John Feinblatt, «Problem- solving Courts: A Brief Primer» (2001) *Law and Policy* 23, pág. 125; Arie Freiberg, «Problem-oriented Courts: Innovative Solutions to Intractable Problems?» (2001) 11 *Journal of Judicial Administration* 8; Jelena Popovic, «Court Processes and Therapeutic Jurisprudence: Have We Thrown the Baby Out with the Bathwater?» (2006) 1 *eLaw Journal* (Serie especial) 60; Michael King *et al.*, *Non-Adversarial Justice* (Federation Press, 1ª ed., 2009). Véase también King (nota pie n.º 21), Capítulo 1.

[25] Winick y Wexler, (nota a pie n.º 17), pág. 17. Véase también: Brian MacKenzie, «The Judge Is the Key Component: The Importance of Procedural Fairness in Drug Treatment Courts» (2016) 52 *Court Review* 8.

respaldar este efecto es consistente con los principios de la Justicia Terapéutica en los que se basan los tribunales de drogas»[26].

Una serie de aspectos del programa HOPE apuntan a su naturaleza orientada en la consecución de soluciones. Por ejemplo, este programa lleva a cabo un enfoque no-acusatorio y de colaboración, con reuniones mensuales entre el funcionario judicial, los agentes de la libertad condicional y los investigadores de la Oficina del Fiscal General de Hawái. Los funcionarios de los tribunales y los abogados defensores también mantienen una estrecha comunicación con los servicios locales de tratamiento de drogadicción. Además, la mayor parte del presupuesto del gobierno asignada al programa se dedica a los tratamientos contra las drogas. El programa también recurre a la autoridad judicial para ayudar a modificar la conducta de los acusados al tiempo que se les anima a que dialoguen directamente con el tribunal. Sin embargo, hasta la fecha, no se ha puesto suficiente atención en estos rasgos del programa HOPE, sino que el énfasis, tanto de sus defensores como de sus detractores, se ha centrado en los aspectos de disuasión, es decir, en las sanciones rápidas, certeras y justas que se imponen por las infracciones. Este y otros aspectos del programa HOPE se detallarán más abajo.

3. ¿Qué es HOPE?

Una de las principales evaluadoras del programa HOPE, Angela Hawken, ha descrito este programa de la siguiente forma:

> Se basa en sanciones rápidas y certeras, pero modestas, para mejorar el acatamiento de la ley. Se avisa en un juicio público a quienes se encuentran en libertad condicional que, si violan las reglas de libertad condicional, irán inmediatamente a la cárcel. Durante esa audiencia de advertencia, se les asigna a los presos un color. Los convictos deberán llamar todos los días de la semana a una línea telefónica directa para saber si ese día su color ha sido llamado para realizar una prueba de drogas al azar ese mismo día. Estas pruebas aleatorias tienen lugar al menos seis veces al mes durante sus dos primeros meses en el programa (la frecuencia de las pruebas disminuye en función de su buena conducta). Si las pruebas dan positivo, se les arresta de forma inmediata. Si no compadecen para realizar las pruebas o violan otro de los requisitos de la libertad condicional, se emite una orden de arresto inmediato. Los infractores son sentenciados a una

[26] Craig Jones y Richard Kemp, «The Strength of the Participant-Judge Relationship Predicts Better Drug Court Outcomes» (2014) 21 *Psychiatry, Psychology and Law* 165, pág. 165.

> breve pena de prisión, normalmente un par de días. Además, los infractores reincidentes son sometidos a una terapia antidrogas[27].

Debe tenerse en cuenta que, si bien los participantes en el programa HOPE pueden ser obligados a someterse a un tratamiento de drogas, también pueden solicitarlo ellos mismos[28]. Otro aspecto crucial radica en que, a diferencia de lo que ocurre en los tribunales de drogas, a los participantes sólo se les lleva de vuelta a los tribunales en caso de incumplimiento. Por tanto, este modelo es adecuado para supervisar un gran número de participantes: un único juez puede supervisar a unas 2000 personassimultáneamente.

3.1. La audiencia de advertencia

El primer día del programa, el juez convoca una «audiencia de advertencia» en sesión pública que funciona como ceremonia introductoria, en la que el juez se dirige a cada participante de manera individual y hace hincapié en que tanto él (o ella), como todos los presentes en la sala, desean verles tener éxito en el programa[29]. Se explica en detalle el funcionamiento del programa y los participantes tienen la oportunidad de aclarar cualquier cuestión. El juez les explica que (él o ella) no puede controlar las acciones del participante, pero sí las suyas propias y que, en consecuencia, los participantes pueden recibir una sanción por *cada* infracción. Se aclaran las expectativas del programa y el juez explica los cuatro tipos de sanciones que se están aplicado en la actualidad.

El juez Alm[30] ha recalcado la importancia que tiene este tipo de audiencia en el éxito de los acusados, y añade:

> Muchos acusados me dijeron después que era la primera vez que alguien les decía que quería que tuviesen éxito. También ayuda el tono positivo de la audiencia de advertencia, ya que es, después de todo, su primer día en

---

[27] Angela Hawken, «Lessons from a Field Experiment Involving Involuntary Subjects 3,000 Miles Away» (2012) 8 *Journal of Experimental Criminology* 227, pág. 228. Véase también: Hawken y Kleiman, (nota a pie n.º 14); Bartels (nota a pie n.º4); Lorana Bartels, «Swift and Certain Sanctions: Does Australia Have Room for HOPE?», The Conversation (en línea), 17 de junio de 2015 «https://theconversation.com/swift-and-certain-sanctions-does-australia-have-room-for-hope-40158».

[28] Véase Bartels (nota a pie n.º 4), como discusión.

[29] IBH (notas a pie n.º 1, 4 y 13). Un ejemplo de vista de advertencia (tal y como se llevó a cabo) está disponible en Hawken y Kleiman (nota a pie n.º 14), págs. 56-58

[30] Correo electrónico de Steven Alm a Lorana Bartels, 6 de enero de 2015, citado en Bartels (nota a pie n.º 4), pág. 54.

libertad condicional bajo el programa HOPE y el comienzo de mi relación con cada acusado.

Las audiencias de advertencia se celebran en grupos de hasta 10-12 participantes. Según las observaciones de Hawken y Kleiman[31], un 83 por ciento de las audiencias de advertencia duraron menos de 15 minutos. El juez Alm ha recomendado que la advertencia en grupos «aprovecha de forma eficaz el tiempo de la audiencia. En segundo lugar, deja claro a todos los infractores que se les está tratando de la misma forma que a sus compañeros de libertad condicional, es decir, que no se les está discriminado y que podrán acceder en un futuro a un tratamiento coherente»[32].

3.2. Consecuencias del incumplimiento

Una característica clave de este modelo, que ha sido muy debatida, es que se exponen por adelantado las consecuencias del incumplimiento. Se consideran infracciones las siguientes formas de conducta:

a) Admitir el consumo de drogas o, en su caso, alcohol;

b) Dar positivo en las pruebas de consumo de drogas; y

c) Faltar a una prueba de drogas o a una cita con el oficial de libertad condicional.

Si los participantes deben someterse a un tratamiento contra la drogodependencia, no participar de manera satisfactoria en él se considerará una infracción. También se exige a los agresores sexuales y de violencia en el hogar que participen de forma satisfactoria en este tratamiento y a los agresores sexuales que no tengan contacto con sus víctimas.

Cuando se alegue una infracción (por ejemplo, en el caso de participantes que han dado positivo en un análisis de orina), el juez les pregunta si renuncian a su derecho a analizar las pruebas. Por otra parte, los participantes tienen el derecho legal a refutar la moción que alega una infracción. En estas circunstancias, se llama a los testigos (por ejemplo, a un oficial de pruebas de drogas o a un oficial de libertad condicional) y se les interroga a fin de que el juez determine si fiscalía ha formulado sus alegaciones. No obstante, en casi todos los casos, los participantes reconocen haber violado las reglas de su libertad condicional y rechazan su

[31] Hawken y Kleiman (nota a pie n.º 14).

[32] Correo electrónico de Steven Alm a Lorana Bartels, 6 de enero de 2015, citado en Bartels (nota a pie n.º 4), pág. 54. Véase también Hawken y Kleiman, (nota a pie n.º 14), págs. 36-37.

derecho a examinar las pruebas. Probablemente esto no nos sorprenda debido a que existen pruebas claras de su mala conducta (por ejemplo: una prueba de drogas positiva). Según el juez Alm, se produjeron alrededor de 30 audiencias impugnadas desde el inicio del programa HOPE y el año 2015. Es más:

> En las miles de audiencias que tuvieron lugar, los condenados a la libertad condicional se han responsabilizado de su comportamiento, llegando a admitir la violación de los términos de la libertad condicional, procediendo a la sentencia. Esto ha ocurrido incluso en aquellos casos en los que iban a ser enviados a prisión. Ellos saben que en ese punto han tenido varias oportunidades y que fue su propio comportamiento y sus decisiones las que provocaron ese resultado[33].

El modelo de sanciones adoptado indica que existe una menor preocupación por el consumo de drogas que por la voluntad de los participantes de responsabilizarse de sus actos. El fundamento de esto es el siguiente:

> Aunque toda violación de la libertad condicional del programa HOPE tiene una consecuencia, las sanciones son menos severas cuando el infractor se responsabiliza de sus actos. De esta forma, se anima a los participantes de este programa a ser honestos sobre su comportamiento, incluyendo, particularmente, el consumo de drogas[34].

Tal y como aparece en el *Estado del Arte del Manual de Libertad Condicional del programa HOPE*, compilado en el año 2015 por el juez Alm, Cheryl Inouye y otros[35], en la actualidad están en vigoro las siguientes sanciones:

a) *Sanciones de castigo en el módulo de celdas* (es decir, pasar unas horas en una de las celdas del juzgado): esta sanción se aplica si el participante no acude a una cita o a un análisis de drogas, pero inmediatamente se entrega y el análisis da negativo. Puede aplazarse un poco para que los participantes puedan hacer los trámites necesarios relacionados con el trabajo y/o el cuidado de los niños;

b) *Sanciones de prisión de dos días*: se aplica si un participante obtiene: (I) un resultado positivo en una prueba de detección de drogas, pero admite su

[33] IBH, (notas a pie .n.º 1 y 14).

[34] Ibid., pág. 48.

[35] Ibid., págs. 48-50.

consumo o (II) no acude a una prueba de drogas o a una cita, pero se entrega inmediatamente, da positivo y admite su consumo[36];

c) *Sanciones de 15 días de cárcel:* se aplican en aquellas circunstancias en las que el participante no acude a una cita de libertad condicional o a un análisis de drogas y retrasa su comparecencia (en este caso se da por sentado que han estado consumiendo drogas y están esperando a que estas se eliminen de su organismo). Esta sanción también se aplica cuando el participante da positivo en un análisis de drogas (que es confirmada posteriormente mediante nuevos análisis), pero niega su consumo o bien no entrega una muestra de orina en los 30 minutos siguientes a su llegada a una clínica de análisis (lo cual es asumido como prueba de la negación del uso de drogas). La primera vez que esto ocurre, puede permitirse a los participantes que tienen un empleo estable que cumplan este período durante cinco fines de semanas consecutivos;

d) Se aplican *sanciones de 30 días de cárcel* cuando el participante se fuga o manipula el procedimiento de análisis de drogas.

Este brusco incremento en la severidad de la condena está diseñado para incentivar a los participantes a «ser sinceros sobre su comportamiento, incluyendo, en particular, las conductas de consumo de drogas»[37]. Una vez más, el juez lo deja bien claro en la audiencia de advertencia. Hay que señalar que el programa inicialmente solo incrementaba la duración de la sentencia para posteriores análisis de drogas con resultados positivos[38], pero esto ha sido modificado. Por consiguiente, los participantes recibirán la misma respuesta para su primera prueba positiva (admitida) que para todas las pruebas posteriores de ese tipo[39]. Sin embargo, en aquellos casos en los que se produzcan múltiples casos

---

[36] Debería tenerse en cuenta que, ya que el tribunal del programa HOPE solo está activo de martes a viernes, los participantes que han dado positivo un jueves o un viernes serán detenidos hasta el martes siguiente (por ejemplo, cuatro o cinco días respectivamente en lugar de dos días naturales para aquellos que dieron positivo un lunes, martes o miércoles). Esto se dejó claro en la vista de advertencia.

[37] IBH (nota a pie n.º 1), pág. 48.

[38] Véase Hawken y Kleiman, (nota a pie n.º 14); Angela Hawken *et al.*, HOPE II: *A Follow-up to Hawaii's HOPE Evaluation* (Instituto Nacional de Justicia, 2016).

[39] IBH, (nota a pie n.º 1). Un antiguo juez especialista en tribunales de drogas ha criticado este aspecto por su incapacidad para distinguir entre «alguien que ha estado en tratamiento durante una semana y recibe el mismo castigo que alguien que lleva 6 meses limpio». De todas formas, sugirió que el programa «se merece un lugar en el espectro, pero no puede remplazar un tribunal

de abuso de drogas, el oficial de la libertad condicional y el juez aprovecharán esta circunstancia para evaluar la necesidad que tiene un participante de recibir tratamiento antidrogas y/o el nivel de dicho tratamiento. Resulta importante considerar que el hecho de dar positivo repetidamente en un análisis de drogas y/o no completar un tratamiento no significa que el participante sea excluido del programa o que sea condenado a prisión por la totalidad de la sentencia (que puede ser de 10 o incluso 20 años), aunque, por otra parte, fugarse de manera repetida sí que resultará en una condena de prisión.

Por ello, se pone especial énfasis en la disuasión y en las consecuencias de la violación. No obstante, en la práctica, emerge una imagen más orientada hacia la TJ en la que se hace especial hincapié en apoyar a los participantes durante el proceso de lleva una vida libre de drogas y delitos.

3.3. Terminación anticipada

La posibilidad de una terminación anticipada del programa no era una de las características iniciales de este, pero ahora es un fuerte incentivo para que «todos aquellos que se encuentran en libertad condicional puedan verse a sí mismos cumpliendo plenamente con sus obligaciones durante los años, lo que les permitirá cumplir las condiciones de la libertad condicional y, posteriormente, ser puestos en libertad anticipada»[40]. Tal y como el juez explica en la audiencia de advertencia, el período de libertad condicional en Hawái suele durar cuatro años. Sin embargo, si los participantes pueden pasarse dos años sin infringir ninguna norma (excepto las sanciones de los módulos de celdas, que se ignoran por este mismo motivo), tienen la posibilidad de solicitar la terminación de su libertad condicional. Eso no solo beneficia al propio individuo, sino que crea beneficios para el sistema, al reducir el volumen de casos, y les da a los oficiales de libertad condicional «más tiempo para trabajar con aquellos que están teniendo problemas y necesitan una mayor supervisión»[41]. En la actualidad, este enfoque no está disponible para los agresores sexuales, dado lo prolongado de los requisitos de tratamiento, aunque pueden pedirla una vez finalizado su tratamiento. Para el año 2015, se han concedido más de 100 terminaciones anticipadas «y ni uno solo ha sido arrestado desde entonces»[42]. Si bien la terminación anticipada de la libertad

---

de drogas». Alm sin ninguna duda, está de acuerdo, véase el texto que aparece en la nota a pie n.º 15.

[40] IBH (nota a pie n.º 1), pág. 57. Véase también: Hawken et al, (nota a pie n.º 37), págs. 41-43.

[41] IBH, (nota a pie n.º 1).

[42] Ibid; Alm (nota a pie n.º 1), pág. 1682.

condicional está disponible en la forma habitual de la libertad condicional, esta se usa rara vez. Aunque se desconocen las razones, una de las causas puede radicar en el hecho de que se monitoriza más de cerca a los individuos que se encuentran en el programa HOPE y, por tanto, es más fácil que la defensa y los funcionarios de libertad condicional identifiquen a los que tienen buen rendimiento.

4. Evaluaciones del programa HOPE

Se han publicado un total de cuatro evaluaciones del programa HOPE y en esta sección se presentan los resultados clave de las mismas[43].

4.1. Evaluación de las Unidades Integradas de Sanciones Comunitarias (ICSU por sus siglas en inglés)

La evaluación ICSU examinó una fase piloto del programa HOPE en la que participaron adultos supervisados por la ICSU, una unidad especializada que trabaja sobre todo con delincuentes de alto riesgo que se encuentran en libertad condicional. Este estudio examinó los resultados de 940 participantes del programa HOPE y 77 participantes de control que seguían el proceso de libertad condicional convencional. Aunque se pretendía que ambos grupos fueran equiparables en cuanto a los factores de riesgo, en la práctica, los delincuentes de mayor nivel de riesgo (medido por un mayor nivel de referencia de consumo de drogas y faltas a las citas) fueron asignados al programa HOPE. La Tabla 1 muestra los resultados principales de los análisis de drogas que dieron positivo y el número de faltas a citas de libertad condicional durante los tres meses anteriores al inicio del programa y después de tres meses en este. Los resultados indican disminuciones significativas en los participantes de HOPE, en contraposición con los aumentos en los grupos de control. Después de seis meses, una cantidad mucho menor de participantes del programa HOPE dieron positivo en las pruebas de drogas (4% frente a 19%) o faltaron a una cita (1% frente a 8%).

Tabla 1. Resultados de la evaluación ICSU
(tres meses antes y después de comenzar el programa)

	HOPE (*n*=940)	Control (*n*=77)
Análisis de drogas positivos	53% » 9%	22% » 33%
	82% *disminución*	50% *aumento*

[43] Para más detalles, véase Hawken y Kleiman (nota a pie n.º 14); Bartels, (nota a pie n.º 4); Hawken *et al.*, (nota a pie n.º 37).

Faltas a las citas de libertad condicional	14% » 4%	9% » 11%
	71% *disminución*	22% *aumento*

Durante los 12 meses en el programa HOPE, el 61% de los participantes no obtuvo ningún positivo en las pruebas de drogas mientras que el 20% solo presentó un positivo en una muestra de orina. Además, el 70 por ciento de los participantes no faltó a una sola prueba de detección de drogas y el 16 por ciento faltó a una cita. La combinación de ambas mostró que el 52% de los participantes no habían incurrido en ninguna infracción, mientras que el 26 por ciento tuvo una o dos. Por otro lado, la proporción de participantes que violaron las condiciones se fue reduciendo progresivamente, lo que sugiere que la aplicación de penas de prisión breves puede ser un factor disuasivo eficaz en determinadas circunstancias[44].

La evaluación del ICSU también examinó las revocaciones y el internamiento. Estas indicaron que los participantes en el programa HOPE tenían una tasa de revocación de la libertad condicional mucho más baja que el grupo de control (9% frente al 31%) y fueron condenados a sólo el 37% del tiempo de prisión del grupo de control.

4.2. Evaluación del ensayo controlado aleatorio RCT

El Instituto Nacional de Justicia y la Fundación Smith Richardson financiaron una nueva evaluación del programa HOPE, que también fue llevada a cabo por Hawken y Kleiman[45]. En el momento en el que tuvo lugar esa evaluación, alrededor de una sexta parte de la población en libertad condicional de Honolulú participaba en el programa HOPE.

Dos tercios (n=330) fueron asignados al programa HOPE de manera aleatoria y el resto (el grupo de control, n=163) siguió el programa habitual de libertad condicional. Después de doce meses, los participantes del programa HOPE, al compararlos con el grupo de control, pasaron un 48% menos de días en prisión (138 frente a 267). También se pudo observar:

a) Un 55 por ciento menos de probabilidades a ser arrestados por un nuevo delito;

[44] Véase Bartels, (nota a pie n.º 4).

[45] Hawken y Kleiman (nota a pie n.º 14).

b) Un 53 por ciento menos de probabilidades de que se les revocara su libertad condicional;

c) Un 72 por ciento menos de probabilidades de dar positivo en los análisis de drogas; y

d) Un 61 por ciento menos de probabilidades de faltar a las citas con sus agentes de libertad condicional.

4.3. Evaluación del proceso

Hawken y Kleiman[46] también llevaron a cabo una evaluación del proceso después de que el programa HOPE llevara cuatro años en funcionamiento. Los resultados muestran que el programa se realizaba, en gran medida, según lo previsto y que las sanciones se ejecutaban con rapidez y certeza. Además, el personal de libertad provisional, los oficiales de libertad condicional y los abogados defensores estaban entusiasmados con el programa. Los fiscales y los empleados de los tribunales, por el contrario, se sentían menos satisfechos con el programa, siendo estos últimos los que notificaron un aumento de la carga de trabajo. Hawken y Kleiman elogiaron lo económico del tratamiento, estableciendo que el programa puede, por lo tanto, trabajar con un gran número de clientes con recursos de tratamiento limitado a la vez que proporciona un tratamiento intensivo a aquellos que lo necesitan.

Más del 60% de los agentes de libertad vigilada encuestados del programa HOPE consideró que el programa era positivo: puesto que la proporción de los que habían sido encarcelados por infracciones era del 62% y la de los participantes en el ICSU, del 76% (donde los agentes de libertad vigilada tenían un volumen de casos menor). Las encuestas también mostraron que los participantes «consideraban sistemáticamente que el proceso [del programa HOPE] era un proceso justo»[47]. Por último, unas encuestas anónimas realizadas a 167 participantes de este programa mostraron que un 96% respondió de manera afirmativa a la pregunta: «¿Los análisis aleatorios regulares de drogas le ayudan a evitar el consumo de drogas?», mientras que casi un 90% de los participantes encuestados en prisión (es decir, aquellos que habían sido sancionados por violar los términos de su libertad condicional y, por tanto, de quienes se podría suponer que se sentirán menos entusiasmados por ello) estuvieron de acuerdo en que el

[46] Ibid.

[47] Ibid., pág. 38.

programa les ayudaba a reducir el consumo de drogas y a mejorar sus vidas de otras formas (por ejemplo en las relaciones familiares).

4.4. Evaluación a largo plazo

En abril de 2016, Hawken y otros publicaron las muy esperadas conclusiones de una posterior evaluación de los participantes del programa HOPE[48]. Este estudio realizó un seguimiento de los participantes originales de la evaluación ICSU durante 10 años y a los participantes de la evaluación RCT durante más de seis años (76 meses). El estudio incluyó tanto datos sobre el comportamiento de los infractores como las percepciones de los agentes de libertad condicional.

Aunque se han reconocido las limitaciones metodológicas del seguimiento de la evaluación ICSU (incluyendo el pequeño tamaño de la muestra), en este estudio se constató que los participantes del programa HOPE tenían una media de 0,2 nuevas demandas después de 10 años, en comparación con la media de 0,8 nuevas demandas para el grupo de control. En el caso de los grupos RCT, el grupo de control tuvo una media de 1,1 demandas tras el seguimiento en comparación frente a 1,9 demandas nuevas para los participantes del programa HOPE. El grupo de control también tenía más probabilidades de tener demandas múltiples (29% frente al 21%). Además, los participantes del programa HOPE tenían menos de la mitad de probabilidades de tener una nueva demanda por consumo de drogas (0,12 frente a 0,27) o de volver a la cárcel (13% frente al 27%).

Los resultados de esta evaluación han llevado a Hawkien y a otros a establecer que:

> (1) los mejores resultados del programa HOPE frente a la libertad condicional habitual se mantienen en un alto grado en algunas medidas (2) las sanciones moderadas pueden ser efectivas en un programa HOPE de libertad condicional, y (3) la fiabilidad de la implementación puede disminuir una vez que se hace de manera rutinaria[49].

5. Observaciones del programa HOPE en práctica

Esta sección se fundamenta en mis observaciones del programa HOPE que llevé a cabo en enero de 2016, junto con las deliberaciones llevadas a cabo con el juez Alm, el personal del tribunal, los agentes de libertad condicional, el personal de

[48] Hawken *et al.* (nota a pie n.º 37).

[49] Ibid., pág. 67.

pruebas de drogas, los centros de tratamiento de drogas, el abogado defensor[50] y un antiguo graduado del programa. Estas observaciones demuestran hasta qué punto el programa HOPE implementa los conceptos clave de los tribunales de drogas y de los tribunales de resolución de problemas de manera más general, especialmente el papel esencial que desempeña el funcionario judicial. Como han señalado Burke y Hueston, «es notable el impacto positivo que un juez empático puede tener sobre los acusados bajo su supervisión»[51].

King ha explicado que «en un juicio de resolución de problemas, el funcionario judicial busca deliberadamente promover el diálogo bidireccional, un diálogo que resulta útil tanto al funcionario judicial como al participante»[52]. Durante los dos días que participé en el tribunal, pude observar más de 80 casos y pude ver cómo el juez Alm demostraba constantemente el tipo de comunicación judicial que se considera el sello distintivo de los tribunales de resolución de problemas[53]. En particular, King señaló que los funcionarios judiciales dedicados a la resolución de problemas suelen elogiar a los participantes por su buen comportamiento relacionado con algún aspecto de su programa[54]. Se hicieron muchos comentarios del tipo: «¡Buen trabajo!», «¡Estoy impresionado!»; «¡Guau, estás haciendo un trabajo muy bueno!», ¡Qué trabajo tan impresionante!», «¡Tú puedes hacerlo!», «Creo que te irá genial».

King también señaló que «la atención individualizada es un sello distintivo del juicio terapéutico en los tribunales de resolución de problemas. El funcionario judicial muestra un gran interés en cada uno de los participantes»[55]. Se pudo observar de manera clara todo el esfuerzo que hizo el juez Alm para desarrollar una relación personal con cada participante[56]. Por ejemplo, les preguntó dónde vivían y conversaron sobre aspectos de sus vidas (como sus equipos deportivos favoritos o comentarios sobre lo que llevaban puesto). Había un interés y una

---

[50] El fiscal que generalmente se centra en los casos del programa HOPE estuvo de baja por enfermedad durante mi visita.

[51] Jamey Hueston y Kevin Burke, «Exporting Drug Court Concepts to Traditional Courts: A Roadmap to an Effective Therapeutic Court» (2016) 52 *Court Review* 44, pág. 47.

[52] King (nota a pie n.º 21), pág. 121.

[53] Véase, entre otros, ibid., capítulos 5 y 6.

[54] Ibid., pág. 179.

[55] Ibid., pág. 37.

[56] Este enfoque refleja las estrategias propuestas por King para mantener una buena relación con los participantes: ibid., págs. 157-158.

preocupación sinceros por el bienestar de los participantes, incluyendo preguntas sobre sus condiciones de vivienda, medicación y salud mental. En una de las audiencias de advertencia, resultó que un participante, que había sido llevado allí bajo custodia con otros dos hombres, era transgénero. Por tanto, antes de comenzar el procedimiento, el juez Alm le preguntó a la participante cómo le gustaría que se dirigiera a ella y, a partir de ese momento, la empezó a llamar «señorita», en consonancia con su preferencia declarada, aunque en el acta oficial constaba su condición de hombre.

Además, el juez Alm mostró conocimiento de los asuntos prácticos que afectan la vida de los participantes. Por ejemplo, si los participantes no habían acudido a algunas citas con su oficial de libertad condicional, él les preguntaba cómo se mantenían al tanto de los eventos (por ejemplo, «entonces, ¿cómo hace para recordar eso?» «¿Lo apunta en el teléfono o en el calendario o cómo hace?»). Si se daba cuenta de que no tenían una buena rutina, les entregaba un diario de bolsillo y les enseñaba a adquirir mejores hábitos en cuanto al mantenimiento de registros. Uno de los pacientes explicó que no había acudido a la cita por su traumatismo cerebral. Cuando se le proporcionó esta información, el juez Alm le explicó en detalle cómo podría mejorar la gestión de los eventos en su agenda. Otro participante había llegado al tribunal para comprobar que el amigo que lo llevaría a una clínica de tratamiento de drogas no estaba allí. El juez le explicó qué ruta de autobús tendría que tomar, y le dijo: «es decepcionante cuando dependemos de la gente y nos dejan tirados, pero ya estás aquí, así que le daremos un mapa y dos billetes de autobús, para que pueda ir y volver. De acuerdo, entonces, le deseo lo mejor».

Como prueba más de la relación cercana que el juez Alm tiene con los participantes del programa, pude observar, cuando fui con él a almorzar a un sitio cerca de la audiencia que una o varias personas que estaban de pie en el recinto del tribunal y cerca de él le saludaron con mucho entusiasmo. Les saludó a todos y cada uno de ellos de forma amistosa y me confirmó que participaban en el programa HOPE. Me pasó lo mismo cuando visitamos las instalaciones del centro de tratamiento de drogadicciones del Ejército de Salvación: los residentes le dieron la bienvenida en los pasillos y le saludaron mientras pasábamos. Me sorprendió la genuina calidez con la que le dijeron: «¡Hola Juez!, ¿qué tal está?», así como la calidez que él tenía con ellos. El Director General de otro centro de tratamiento de drogas de Hawái también percibió recientemente que sus usuarios «cuando ven al juez Alm entrar por la puerta, se les iluminan los ojos y todos

tienen la misma mirada de orgullo y realización y le dicen "Míreme juez. Lo he conseguido. No voy a volver a la cárcel"»[57].

El juez Alm también diseñó estrategias para ayudar a los participantes a mantenerse en el buen camino. Algunos ejemplos de esto incluyen la realización de preguntas a los participantes del tipo: «¿qué haríais si os encontráis con vuestros antiguos compañeros? Os recomiendo encarecidamente que digáis: «¡hola chicos, adiós chicos! y prosigáis vuestro camino porque os aseguro que no podréis manteneros limpios si estáis cerca de personas que se están drogando». Otro tema habitual consistía en recordar a los participantes: «recuerden, son las personas, los lugares, las cosas y las situaciones las que pueden provocar una recaída, entonces, ¿cuál es el plan para lidiar con ellas?»[58] o «entonces, tiene pensado en coger la tabla de surf y subirse a las olas la próxima vez que sienta la necesidad de drogarse, ¿eh?».

El juez Alm me enseñó una muestra de las notas del expediente[59] que guardaba con cada participante y las usó para remitirse a experiencias previas (por ejemplo: «la última vez que le vi acordamos que iba a informarse sobre clínica de pacientes externos. Entonces, ¿qué es lo que pasó?»). Este enfoque resulta especialmente importante, teniendo en cuenta el gran número de participantes que tiene el programa. También contribuyó a desarrollar el sentimiento de comunicación entre Alm y los participantes, incluso cuando no cumplían con las reglas del programa (por ejemplo: «es un buen tipo, pero esta es la cuarta vez que pasamos por esto. Me estoy empezando a cansar de verle por aquí y apuesto a que usted también está harto de verme»).

Durante mi visita a Hawái me reuní con un antiguo participante del programa HOPE que reconoció que el programa le salvó la vida. Dijo: «antes de HOPE, tenía baja autoestima, pero el juez Alm me enseñó a creer en mí mismo. Él creyó en mí, así que yo también podía hacerlo[60]». Es significativo que hubiera sido un toxicómano durante varias décadas antes de participar en el programa HOPE y que hubiera cumplido muchas condenas de prisión. Para cuando hablé con él, ya

---

[57] Véase Abby Paredes, citada en Blair (nota a pie n.º 5).

[58] Véase King, (nota a pie n.º 21), págs. 167-169, para obtener una discusión sobre el establecimiento de objetivos.

[59] Véase King, ibid., pág. 140, sobre los oficiales de justicia que hacen referencia a la información obtenida en anteriores comparecencias judiciales y el uso de notas como ayuda, pág. 159.

[60] Véase King, ibid., págs. 164-166, como discusión acerca de cómo los tribunales pueden promover la autoeficacia de los participantes.

llevaba cuatro años sin haber consumido ninguna droga, estaba finalizando un grado universitario y estaba mirando opciones para realizar estudios de posgrado. Me dijo:

> [El juez] es como un padre[61]. Así intenté educar a mi hijo. Me enseñó sobre las consecuencias y las recompensas... Sin el programa HOPE, creo que seguiría consumiendo drogas. La monitorización, las llamadas. La libertad condicional tenía que ser lo primero, antes que la familia, el trabajo, los estudios... Acabo de poner mi vida en orden... y no tengo ninguna queja. Creo que es un gran programa. Él nos anima mucha. Nunca me habían elogiado tanto en mi vida. Él hace que sea muy fácil para nosotros entrar en el camino del éxito... HOPE es lo mejor... Él hace que quieras cambiar tu comportamiento.

Otros antiguos participantes del programa han expresado sentimientos similares[62]:

> Al principio es duro. Cada drogadicto, cada alcohólico viene con la intención de derribar el sistema. Es la manera en la que estamos programados, ¿verdad? En el momento en el que superas esto, descubren que este programa está aquí para salvarte la vida. Y lo hace. Te salva la vida. Puedo ver a la persona que debería haber sido todo este tiempo. Sí. Veo a un hombre completamente nuevo. Así que voy a seguir haciendo lo que hago y, eh, confió al 110% en el programa HOPE.
>
> Ellos tienen fe en ti. No es sólo el teléfono de línea directa lo que hace más difícil que consumas droga, sino que la libertad condicional de HOPE también te da la oportunidad de querer tener una vida. Es el mejor programa del mundo. Este programa está diseñado para ayudar a cualquiera que quiera ayudarse a sí misma [...] A mí me salvó la vida.
>
> Si no te puedes querer a ti mismo, entonces el programa o tu oficial de libertad condicional o el juez, te querrá hasta que tú te puedas querer. Yo empecé a experimentar esto. Sentí que eso..., HOPE me ayudó. Me ayudó a cambiar. A ser más honesto. Me mantuvo a raya.

Debe tenerse en cuenta que, aunque había leído estas declaraciones antes de presenciar el programa HOPE en acción, me resultó difícil conciliarlas con la

---

[61] Véase también Paredes, citado en Blair (nota a pie n.º 5), quien describió el impacto positivo del juez Alm en sus clientes como el «efecto de papá».

[62] Alm (nota a pie n.º 1), pág. 1674.

bibliografía existente sobre la rapidez y certeza de las sanciones. Por el contrario, las observaciones que saqué del programa HOPE sirvieron para poner de relieve su carácter bondadoso y, por tanto, desde este punto de vista, los comentarios de los participantes cobran un mayor sentido.

A continuación, trataré con más detalle las tres características del programa HOPE que se examinaron más arriba.

5.1. La audiencia de advertencia

Al principio de esta audiencia, el juez se dirigió a cada participante de manera individual y se aseguró de pronunciar bien sus nombres (por ejemplo: «Buenos días Sr. X., ¿es así como se pronuncia?»). También les preguntó a los participan cómo se movían por Hawái, y demostró un conocimiento impresionante de la zona, comentando los factores locales, así como las rutas de autobús, el precio de la vivienda, los lugares de importancia, etc. Si los participantes no estaban familiarizados con la zona, les entregaba un mapa y les explicaba la mejor manera de desplazarse (por ejemplo: «eso está muy cerca de aquí, puede ir caminando. ¿Conoce el concesionario de coches que se encuentra en la esquina de la calle X? Simplemente, debe girar a la derecha allí y seguir unas cuantas manzanas»).

Además, le preguntó a cada participante por turnos cuándo consumieron drogas o alcohol por última vez y su(s) droga(s) favorita(s). A continuación, les dijo que inmediatamente después de la audiencia se les haría una prueba de drogas. Las declaraciones sobre el consumo reciente de drogas se hicieron sin ningún tipo de crítica (por ejemplo: «solo dígale a su agente de libertad condicional que hace dos días que consumó y qué es lo que consumió») mientras que la declaración de una participante que se mantuvo sobria durante 18 días fue recibida con una «¡Buen trabajo!». Si los participantes son sinceros sobre su consumo reciente de drogas, no se les arresta ese día (es decir, en su primer día en el programa) aunque den positivo. Como el juez Alm me explicó, esto es justo, ya que no sabían que se les haría una prueba al llegar a la audiencia. Además, en los programas de libertad condicional habituales (que muchos participantes de HOPE habían experimentado anteriormente) no hay sanciones de cárcel en caso de dar positivo. No obstante, los participantes del programa HOPE que dieron positivo no se les permite volver a casa conduciendo desde el juzgado si han traído su coche.

Uno de los participantes que observé admitió que fumó marihuana la noche anterior y que tenía documentación médica que le permite continuar haciéndolo. Para mi sorpresa, el juez no se inmutó y simplemente le dijo: «quizás tenga una antigua lesión deportiva o algo así. Bueno si tu doctor me envía una carta diciendo que es lo mejor para ti, si te ayuda, entonces te diremos que está bien». Mientras,

le explicó que los análisis de drogas darían un nivel de referencia de sus niveles de consumo y que los analistas medirían las futuras pruebas en función de esos datos.

Se les dice a los participantes de manera explícita en la audiencia de advertencia que todos los presentes quieren que tengan éxito en su libertad condicional (por ejemplo: «intentamos ayudarle a triunfar», «simplemente queremos que tenga éxito con esto»)[63]. También se les anima a responsabilizarse de sus actos mediante frases como: «si quiere lograrlo, puede hacerlo». Debe tenerse en cuenta que las investigaciones realizadas indican que las expectativas positivas de alguien con autoridad (por ejemplo: profesores o jefes) pueden promover un mejor desempeño en aquellos sobre los que se tienen esas actitudes (por ejemplo: estudiantes o empleados)[64]. Otras declaraciones en este contexto incluyen: «todos metemos la pata algunas veces, pero cuanto más sinceros seáis al respecto, mejor» y «ustedes son adultos, pensad en vuestras elecciones». Tal y como Schoofs ha observado: «en el tribunal, el juez Alm no parece ser tan duro de pelar como el entrenador de baloncesto que fue una vez, dando charlas de ánimo a sus convictos»[65]. Por ejemplo, pude ver cómo les decía a los nuevos participantes:

> Miren, comprendo que esto es duro. Podrían encontrarse con viejos amigos y empezar a consumir. Pueden pensar: «anda, la he fastidiado, mejor me mantengo alejado», pero eso es lo peor que pueden hacer porque entonces tendré que enviar a la policía a buscarlos. Preferiría que estuviesen patrullado mi vecindario (o el suyo) en vez de cumplir órdenes de arresto. Si la fastidian, pero lo admiten, tan solo serán dos días [tras las rejas]. Y luego los mandaremos de nuevo directamente al programa y podrán volver a trabajar sus problemas con su oficial de la condicional. Pero si se escapan y nos hacéis perder el tiempo y no asumís la responsabilidad, entonces le tocarán 30 días. Y si lo hacen más de una vez, puede que la condena sea más larga, o el término completo de la sentencia, que podría ser de cinco años, 10 o incluso más.

El juez a veces también añade comentarios del tipo «algunos de ustedes puede que ya hayan pasado antes por la libertad condicional y crean que saben cómo funciona esto, pero este programa es diferente». Además, hizo referencia a las

---

63 King (nota a pie n.º 21), pág. 132, sugirió que usando el pronombre «nosotros» está promoviendo un sentido de colaboración y de apoyo por parte del equipo que forma el tribunal.

64 Ibid., pág. 163.

65 Schoofs (nota a pie n.º 3). King, ibid., pág. 30, describió el papel de los jueces de los tribunales de resolución de problemas como el de «entrenador» mientras que en los tribunales habituales parecen más un «árbitro».

investigaciones llevadas a cabo sobre el programa HOPE, por ejemplo, «hemos tenido gente examinando este programa, y lo que sabemos es que la gente que hace HOPE, reincide menos a menudo y pasa menos tiempo en la cárcel. Creemos que eso es bueno para todos».

El ambiente del tribunal era cálido y amistoso, con alguna broma ocasional[66]. El juez Alm hacía pausas cuando los participantes tenían una pregunta y los alentaba con comentarios del tipo: «buena pregunta, señor Smith», «me alegro de que me haya preguntado eso, María» o «¿alguien más quiere confirmar algo?"». También se molestaba en dar las gracias a los demás, por ejemplo, si un miembro de una familia había llevado al participante a los juzgados. Un participante también levantó la mano para hablar, y dijo: «solo quería darle las gracias, gracias por darme la oportunidad de hacer esto».

5.2. Consecuencias del incumplimiento

Durante el tiempo que formé parte del proceso, fui testigo de varios ejemplos de cada una de las cuatro sanciones actualmente en vigor. El juez Alm al resolver una orden de encierro en las celdas del juzgado, normalmente pronunciaba palabras de este tipo:

> Veo que llegó tarde, pero llamó a su oficial de libertad condicional, vino tan pronto como le fue posible y las pruebas dieron negativo. Ha tomado una buena decisión porque nos mostró que no consumía, simplemente su jefe quería que trabajase hasta tarde [o él coche no funcionaba, el autobús no llegó a tiempo, etc.]. ¡Buen trabajo!

En aquellos casos en los que el participante había dado positivo en la prueba de drogas, el juez lo presentaba como un evento (relativamente) positivo si admitía haber consumido, con comentarios de este tipo: «De acuerdo, puedo ver que ha consumido, pero hizo lo correcto. Asumió la responsabilidad de inmediato. Entiendo que es difícil y todos metemos la pata de vez en cuando, pero lo principal es que lo gestionó de forma responsable», o «no estoy contento con el hecho de que haya consumido, pero supo manejarlo bien. ¡Bien hecho!». Si fuese necesario, el juez Alm añadía comentarios como:

> Caramba, sí que has sabido gestionar esto de forma diferente a la última vez. Recuerde que la última vez dijo que no había consumido y quizás pensó que el resultado iba a salir negativo [o que tendríamos que ir y

[66] Véase King (nota a pie n.º 21), pág. 132, para obtener más datos sobre cómo el uso del humor puede calmar los ánimos y poner una situación en una perspectiva más humana.

> entregarle la citación] pero esta esta vez lo admitió directamente. ¡Bien hecho!

Este modelo sirve para animar no solo a las personas que están ante el tribunal, sino que, también, reafirma a todos los presentes de la sala en que la manera en la que abordan las recaídas se considera mucho más importante que el hecho en sí mismo de haber recaído. En particular, afirmaciones como «es muy difícil dejarlo, lo entendemos» reconocen que las recaídas son «una parte natural del proceso»[67].

Algunos de los comentarios que escuché cuando se impusieron las sanciones de 15 días (es decir, en casos en los que el participante dio un resultado positivo en una prueba de análisis de drogas que, más adelante, fue corroborado por el análisis de laboratorio pero el participante había negado su consumo) fueron: «Mira ya no tiene 18 años, puede ser honesto consigo mismo», y «es una ilusión pensar que de camino al laboratorio la prueba va a volverse negativa de alguna manera. Si usted sabe que ha consumido, lo mejor es reconocerlo».

He observado un caso en el que un participante pidió un tiempo libre en la comunidad para ayudar a su pareja a hacer algunas renovaciones en casa y dijo: «sé que les debo [algún tiempo en custodia]. Estaría muy agradecido si me pudieran dar 48 horas para poner en orden algunas cosas. Quiero que vean que puedo tomar decisiones adultas». Esperaba que el juez le concediese eso, pero, por el contrario, ordenó que cumpliese la pena de inmediato, explicando:

> Mire, entiendo que quiera ayudar en casa, pero me preocupa que vuelva a consumir droga una última vez, así es la naturaleza humana. No voy a deshacer todo lo que ha sucedido. Sé que ahora no está contento conmigo por esto, pero a veces no tenemos aquello que queremos. Tenemos aquello que necesitamos.

También presencié varios casos en los que los participantes se fugaron. En estas circunstancias, el juez Alm reiteró: «puede hacerlo, pero no debe huir cuando mete la pata». Otros comentarios en estos casos incluyeron: «está intentando dirigir su propia orquesta. Eso es inaceptable». «Creo fielmente en las segundas oportunidades, pero también creo en la rendición de cuentas», «no soy perfecto, usted tampoco, pero cuando trata de huir, me está diciendo que no es un buen candidato para la tutela comunitaria», y «mi nivel de confianza está aquí bajo». En una ocasión, el juez Alm le dijo a un participante: «¡y tuvimos que ver su linda cara en los Más Buscados de Hawái!» (un programa dirigido por Crimestoppers, que muestra imágenes en los medios de comunicación de personas que se han fugado

[67] 66 King, ibid., págs. 154 y 160.

de la justicia, incluyendo los participantes del programa de libertad condicional de HOPE). El participante agachó la cabeza y respondió con un «lo siento. Le prometo que no volveré a huir». En otro caso, el juez Alm preguntó: «¿Por qué huyó?», y el participante respondió «simplemente se me fue la pinza». Explicó que tenía mujer y tres hijos, incluyendo un nuevo bebé. La mujer habló desde el fondo de la sala, lo que provocó risas. El juez consideró esto y dijo: «mira, vamos a seguir trabajando contigo si admites lo que has hecho. ¿Tengo su palabra de que no volverá a escapar?».

El juez Alm siguió tratando a los participantes con respeto incluso en aquellos casos de fuga reiterada. Tal y como me aconsejó, él no suele «tirar la toalla» con los participantes del programa HOPE (es decir, no los expulsa del programa) y los envía a prisión a cumplir una sentencia de varios años solo porque siguen consumiendo drogas sino su inhabilidad para responsabilizarse de sus actos, especialmente por continuar fugándose. Un participante se había fugado reiteradamente y, como consecuencia, había cumplido varias condenas de 30 días. El asunto fue clasificado como una moción para revocar la libertad condicional. El participante presentó al juez un alegato sincero («Si me pudiera darme otra oportunidad, me convertiría en una persona mejor»). No obstante, el juez le explicó de manera clara que ya habían pasado por esto, le había advertido en la ocasión anterior que cualquier otra fuga (en contraposición a las pruebas de drogas positivas) provocaría que el participante tuviese que cumplir el «plazo abierto» (es decir, el período completo de la sentencia), por lo que no tuvo otra elección que proceder. Por consiguiente, ordenó que se cumpliera la condena de 10 años. Una vez más, esto se hizo sin mayores aspavientos: «no significa que sea mala persona, pero sigue huyendo. Ya sabe que la última vez dije que, si se volvía a escapar de nuevo, iría a la cárcel. Cuando le digo algo a alguien, lo cumplo. Le deseo lo mejor para el futuro». Durante el descanso de la mañana, el abogado de oficio me dijo que le extrañaba el fallo, pero reconoció que el participante había sido advertido en bastantes ocasiones anteriores.

En otro caso que observé, un participante rogó que se le «diera una nueva oportunidad», y agregó: «Haré lo correcto por usted». Ella había salido de la cárcel para asistir a una clínica de tratamiento, pero en cambio se había fugado y había consumido drogas. Se puso a llorar delante del tribunal y le dijo al juez que sus hijos estaban siendo atendidos a nivel interestatal. A pesar de esto, el juez se mantuvo firme. Repitió que ella había tomado una «mala decisión» al no asistir a la clínica de tratamiento y que sus hijos no se beneficiarían de sus acciones. En consecuencia, le ordenó que cumpliera seis meses de prisión, que

presumiblemente era la misma duración de la condena de prisión que había recibido originalmente.

El juez Alm también fue implacable en otro caso que involucraba a una mujer que se echó a llorar, si bien con el resultado opuesto. En este caso, la participante le rogó al juez Alm que «le diera el plazo abierto» (es decir, quería cumplir la pena de prisión completa por sus delitos). Él observo: «eres una buena oradora, pero ya hemos pasado por esto antes», reconociendo que se habían emitido cinco órdenes de arresto y que «su oficial de libertad condicional quiere darla por perdida». Sin embargo, decidió no condenarla a cumplir la totalidad de la condena, y, en su lugar, dejó de lado el asunto durante tres semanas. Por lo tanto, solo se le exigió que cumpliera el período intermedio de prisión preventiva, y él la exhortó a emplear ese tiempo para reflexionar sobre sus problemas actuales de abuso de sustancias. Se podría deducir que el juez Alm consideró que exigir a esta participante que cumpliera la condena completa sería un medio menos efectivo de lograr que se ocupara de sus problemas actuales de abuso de sustancias que continuar comprometiéndola en el programa, a pesar de sus aparentes dificultades. Este y otros ejemplos que observé también demuestran que el juez Alm conoce las investigaciones que prueban que el tratamiento es más efectivo si se realiza dentro de la comunidad que en el entorno artificial de custodia.

5.3. Terminación Anticipada

La posibilidad de que la libertad condicional de los participantes termine antes de tiempo no es una característica común del sistema judicial ordinario, pero es una característica muy tangible de uno de los aspectos de los tribunales de resolución de problemas: las recompensas. Las investigaciones sobre conducta sugieren que el cambio es más consistente cuando se recompensa el comportamiento positivo[68]. Cuando visité al juez Alm, este me dijo que solía conceder tres o cuatro terminaciones anticipadas por semana, y pude observar dos de esos casos. Al igual que sucede con las graduaciones del tribunal de drogas[69], hay una especie de nota de celebración de tales eventos, aunque el juez Alm reconoció la posibilidad que hay para formalizar el proceso y hacerlo más especial. Sin embargo, todos los presentes en la sala notaron el claro tono de felicitación. En uno de estos primeros despidos que pude observar, el juez empezó a leer algunos de los comentarios realizados por el oficial de libertad condicional de la siguiente manera:

[68] Véase Hueston y Burke (nota a pie n.º 50).

[69] King (nota a pie n.º 21), pág. 159, págs. 181-182.

> Solo quiero decirle lo que su oficial de libertad condicional dijo sobre usted. Dijo que era un cliente modelo, obediente, cooperativo y que asumía la responsabilidad de sus errores pasados. ¡Esto es genial! ¡Debería sentirse muy orgulloso! Tengo que felicitarle. ¡Lo ha hecho muy bien!

Curiosamente, el otro caso involucró a un participante cuyo comportamiento en las fases iniciales del programa había sido bastante pobre, incluyendo varios casos de fuga. Como señaló el juez Alm: «cambió de verdad las cosas. Huyó un par de veces, pero luego intentó hacer algo. Está superando los desafíos que le pone la vida». Elogió al participante por su excelente desempeño en la universidad («Entonces, ¿aún mantiene ese promedio de 4 puntos GPA (sobresaliente)? ¡Eso es genial!»), y después hablaron de sus planes de futuro. El participante explicó que, aparte de estudiar, principalmente era, sobre todo, un padre de familia. Tal y como bromeó, su vida ahora consistía en lavar los platos, estudiar y preparar a sus hijos para el colegio (a lo que el juez Alm respondió «no sé si sabe que está siendo un gran modelo a seguir para su hijo»). A lo que él respondió:

> Me gustaría darle las gracias por esta oportunidad. Cambió de verdad mi vida y mi enfoque sobre ella. Toda mi forma de ser. Vivía con la filosofía de esconder siempre lo que sentía de verdad. Han sido dos años maravillosos. Me ha ayudado a construir mi autoestima y mi confianza. Y ahora quiero ayudar a otras personas.

5.4. TJ, justicia procedimental y el programa HOPE

El trabajo de Tyler sobre justicia procedimental y legitimidad judicial indica que el acatamiento de la ley aumenta cuando la gente confía en la legitimidad de las instituciones que hacen cumplir la ley[70]. Aunque ha habido poca consideración explícita del programa HOPE a través de la perspectiva de la TJ, sí que se ha examinado su nexo con la justicia procedimental en relación tanto con la TJ como con HOPE. Por ejemplo, Kaiser y Holtfreter recientemente señalaron que la TJ «hace hincapié en la forma en la que los agentes jurídicos pueden influir directamente en la rehabilitación de infractores, algo que parece estar muy relacionado con la justicia procedimental y la legitimidad judicial»[71]. Por otra parte,

---

[70] Véase, entre otros: Tom Tyler, *Why People Obey The Law* (Princeton University Press, 2006).

[71] Kimberly Kaiser y Kristy Holtfreter, «An Integrated Theory of Specialized Court Programs: Using Procedural Justice and Therapeutic Jurisprudence to Promote Offender Compliance and Rehabilitation» (2016) 43 *Criminal Justice and Behavior* 45, pág. 48. Véase también: Gill McIvor, «Therapeutic Jurisprudence and Procedural Justice in Scottish Drug Courts» (2009) 9 *Criminology and Criminal Justice* 29; King (nota a pie n.º 21), págs. 28-30; Hueston y Burke (nota a pie n.º 50); David Wexler, «Guiding Conversation Along Pathways Conducive to Rehabilitation: Integrating

Alm ha declarado: «creo que el programa HOPE es la justicia procedimental en acción. En este programa queremos ser claros, transparentes y predecibles. Se trata a los infractores como adultos»[72]. También ha afirmado que:

> También estamos seguros de que una de las principales razones por las que el programa HOPE funciona tan bien como lo hace radica en el hecho de que los participantes en libertad condicional sienten que se les trata de forma justa... las medidas se aplican de manera coherente y proporcionada y, por tanto, es más factible que los que están en libertad condicional se acojan al programa[73].

Kilngele, en su último comentario sobre el programa HOPE, analizó con más detalle la situación de la justicia procedimental[74] De forma particular, cuestionó este aspecto del programa HOPE estableciendo que:

> A pesar de que los administradores de HOPE hablan con respeto e imponen el mismo castigo a todo el mundo, si no proporcionan a los infractores una oportunidad razonable para explicar los motivos de sus delitos (de escucharlos hablar sobre las formas en las que sus problemas diarios pueden estar afectando a su capacidad para cumplir con la montaña de condiciones a las que están sometidos), es poco probable que puedan mantener la legalidad a ojos de aquellos que están sujetos a sanción[75].

Más adelante afirmó que «cuando las únicas cuestiones que incumben al tribunal son si se ha producido un quebrantamiento y cuánto tiempo en custodia debería imponerse como consecuencia, los infractores pierden la capacidad de contar su

---

Procedural Justice and Therapeutic Jurisprudence» (2016) 1 *International Journal of Therapeutic Jurisprudence* 367.

[72] Alm (nota a pie n.º 1), pág. 1681.

[73] Correo electrónico de Steven Alm a Lorana Bartels 6 de enero de 2015, citado en Bartels, (nota a pie n.º 4), pág. 59.

[74] Klingele (nota a pie n.º 14), págs. 126-130.

[75] Ibid, pág. 128. Va más allá del alcance de este artículo tratar en detalle las observaciones de Klingele sobre el programa HOPE y su desistimiento (páginas 118-121, 126 y 133), aunque estas deben evaluarse en el contexto de las observaciones y los comentarios sobre el programa HOPE que fueron presentados antes. Relacionado con los comentarios de Klingele sobre entrevistas motivacionales (pág. 132), debe tenerse en cuenta que esta es una característica de todos los programas de libertad condicional de Hawái (tanto los ordinarios como HOPE): véase Bartels (nota a pie n.º 4) para una mayor discusión.

historia y que el juez la tenga en cuenta de manera significativa»[76]. Este argumento es válido, pero da la sensación de que Klingele probablemente nunca haya observado el programa HOPE en la práctica, porque los participantes SÍ que tienen una oportunidad significativa para hablar en el tribunal y explicar lo que pasó. De hecho, Alm ha explicado que, para que HOPE funcione, «los jueces deben primero estar dispuestos a comprometerse con los participantes en el tribunal. Hablarles. Escucharlos. Hacerles saber que el juez se preocupa por ellos»[77]. Y añadió: «si un juez no está dispuesto a comprometerse continuamente con ellos ni a animarlos a que hablen sobre sus reflexiones, y las consecuencias resultantes, entonces este no es el programa adecuado para ese juez»[78].

En un caso que observé, el participante explicó su reciente consumo de drogas de la siguiente manera: «Me siento avergonzado de mí mismo. Voy todos los días a trabajar y luego un día, de golpe, me dan vacaciones... Supongo que se trata de que yo construya apoyo sobrio. Lo estoy intentando, Su Señoría». El juez respondió: «Es difícil, lo sé». El juez saludó a la mujer del participante y a su hijo que se encontraban en la sala, y le recordó que «le quieren en su vida, pero le quieren sobrio»[79]. La fiscalía se opuso al fallo del juez de se le reconociera al participante el tiempo cumplido en prisión, y pidió que se aplicara la sentencia de seis meses de prisión. Sin embargo, el juez no lo concedió y le dijo al participante: «He escuchado la forma en la que estás manejando la situación»[80].

En otra ocasión, un participante explicó que anteriormente ya había participado en un programa particular de rehabilitación pero que no le había gustado su enfoque. Entonces, el juez entabló un debate sobre sus patrones de consumo de sustancias, qué programas había probado antes, cuáles le habían gustado y cuáles no y por qué, y emitió su veredicto en función de esa información.

Un participante que observé en el tribunal y que había dado positivo en una prueba de análisis de drogas pero que había reservado una plaza en una clínica para pacientes externos, reconoció libremente sus problemas: «Estoy dispuesto a

---

[76] Klingele (nota a pie n.º 14), 130.

[77] Alm (nota a pie n.º 1), pág. 1676. Véase, en general: Hueston y Burke (nota a pie n.º 50), pág. 45.

[78] Alm (nota a pie n.º 1), pág. 1677. Véase también King (nota a pie n.º 21), Capítulo 6.

[79] King (nota a pie n.º 21), pág. 132, sugirió que usando el pronombre «nosotros» está promoviendo un sentido de colaboración y de apoyo por parte del equipo que forma el tribunal.

[80] Para más información sobre las capacidades de escuchar de los jueces en este contexto, véase King, (nota a pie n.º 21).

entregarme. Le digo la verdad. Tengo un problema con las drogas y todos los días lucho contra mi adicción. Acepto mi mala conducta». Otro participante dijo voluntariamente: «Soy alcohólico» y reconoció que necesitaba tratamiento. A continuación, se produjo un debate entre el participante, el abogado de oficio y el juez sobre qué servicios de terapia estaban disponibles y cuál sería el mejor, dadas las circunstancias. E incluso otro participante admitió su infracción y le dijo al juez: «Es lo que hay. No tengo ninguna excusa».

Klingele ha sugerido que «en su mejor forma, [el cumplimiento] indica que un sujeto en libertad condicional está asumiendo la responsabilidad de sus antiguos errores y de su conducta actual»[81]. Mis observaciones podrían servir de ejemplo para esto. Sin embargo, también sugirió que el acatamiento puede deberse a que el participante «se ha acobardado en la sumisión, [o] está temporal y superficialmente de acuerdo»[82]. Mis observaciones en los tribunales (incluida la audiencia de advertencia, que «identifica al sujeto en libertad condicional como un agente moralmente responsable»[83] y el diálogo llevado a cabo entre los participantes y el juez) no parecen indicar esto. El Instituto para el Comportamiento y la Salud (IHB) también ha sugerido que:

> Si bien el programa HOPE a menudo sirve como motivador externo al principio («No quiero ir a la cárcel») muchos infractores experimentan después las ventajas de un estilo de vida limpio y sobrio, lo que repercute en sus valores y en su motivación intrínseca. Por ejemplo, ahora encuentran recompensas al ser buenos modelos de conducta para sus hijos, tener un empleo estable y dinero en el bolsillo, así como tener relaciones duraderas y significativas[84].

En este contexto, es necesario llevar a cabo más investigaciones sobre las perspectivas de los participantes y sus razones para cumplir (o no) las normas del programa HOPE, y las consecuencias que esto tiene para el abandono a largo plazo.

Klingele también declaró que «el programa HOPE no daba cabida a los enfermos mentales»[85]. En contraste, el manual que incluye el Estado del Arte del Programa

---

81 Klingele (nota a pie n.º 14), pág. 126.

82 Ibid.

83 Hawken y Kleiman (nota a pie n.º 14), pág. 36.

84 IBH (nota a pie n.º 1), pág. 10.

85 Klingele (nota a pie n.º 14), pág. 125.

de Libertad Condicional de HOPE afirma que el programa facilita la remisión del participante a un tratamiento de salud mental y mejora su cumplimiento, ya que son capaces de comprender «las reglas claras y justas» del programa HOPE[86]. Además, sugirió que este modelo «funciona bien para los infractores con problemas mentales serios porque no se basa en que estos acepten que tienen una enfermedad y necesitan tratamiento, sino que insiste en llevar a cabo este tratamiento como condición para su puesta en libertad»[87]. Según el juez Alm, los abogados defensores involucrados en el programa HOPE creen que es muy eficaz para sus clientes en este contexto. Resultaría beneficioso llevar a cabo más investigaciones sobre este aspecto del programa HOPE.

6. Conclusiones

El programa HOPE ha sido muy aclamado en los Estados Unidos y ahora se empieza a adoptar este modelo en Australia. Los resultados de la evaluación han sido calificados como «espectaculares»[88] y «dramáticos»[89], mientras que Hawken *et al.* recientemente observaron que:

> Ha pasado más de una década desde el lanzamiento de este programa y el «Efecto Alm» que se puede observar no se debe tanto a la adopción generalizada de un diseño particular del programa que se implantó en Hawái sino más bien de la creciente voluntad de considerar innovaciones atrevidas que hagan frente a los persistentes fallos en las medidas correctivas[90].

Sus defensores han alabado su modelo de sanciones rápidas, certeras y justas y lo han citado como prueba de la eficacia de la disuasión[91]. Por otra parte, críticos como Cullen, Manchak y Duriez han ridiculizado su aparente adhesión a un

---

[86] IBH (nota a pie n.º 1), pág. 64.

[87] Ibid.

[88] Mark Kleiman, «Substituting Effective Community Supervision for Incarceration» (2015) 99 *Minnesota Law Review* 1621, pág. 1627.

[89] Klingele (nota a pie n.º 14), pág. 113.

[90] Hawken *et al.* (nota a pie n.º 37), pág. 71.

[91] Véase, entre otros: Hawken y Kleiman (nota a pie n.º 14); Mark Kleiman, Beau Kilmer y Daniel Fisher, «Response to Stephanie Duriez, Francis Cullen and Sarah Manchak», «Theory and Evidence on the Swift-Certain-Fair Approach to Enforcing Conditions of Community Supervision» (2014) 78 *Federal Probation*, pág. 71.

modelo que consideran inefectivo y por no considerar los factores pertinentes a los delitos[92].

Este artículo pretendió aumentar nuestro conocimiento del programa HOPE, y cómo y por qué funciona, examinándolo a través del prisma de la TJ. Sin embargo, a partir de mi trabajo, podemos concluir que hay una serie de conceptos erróneos sobre lo que es el programa HOPE y lo que no es. De hecho, Alm ha indicado que el énfasis de los partidarios en la eficacia del modelo de disuasión que sustenta el programa ha servido para ocultar, quizás de forma involuntaria, su enfoque en la rehabilitación.

Mis observaciones indican que hay razones significativas para tener esperanza en este programa. Específicamente, presenta muchas de las características de los tribunales de resolución de problemas y adopta la mayoría de los componentes claves de los tribunales de drogas[93]. Además, Alm expuso las cualidades que el Instituto Nacional de Tribunales de Drogas[94] describió como las habilidades necesarias que debe tener un juez del tribunal de drogas: ser un líder, comunicador, educador, colaborador con la comunidad y fundador de instituciones. Cullen, Manchak y Duriez han expresado su preocupación por la popularidad del programa HOPE y han instado a los responsables de la elaboración de políticas y a los funcionarios judiciales a «leer la etiqueta de advertencia»[95]. No obstante, este artículo sostiene que etiquetas de este tipo también deberían dejar claro que «este producto se centra en la resolución de problemas y contiene Justicia Terapéutica».

7. *Addendum*

Un número especial de la revista *Criminology & Public Policy* titulada «la colección HOPE» se publicó cuando este artículo se iba a imprimir. Esta edición incluía los resultados de una evaluación de un ensayo controlado y aleatorio de un programa

---

92 Véase: Michael Tonry, L*egal and Ethical Issues in the Prediction of Recidivism* (Minnesota Legal Studies Research Paper, págs. 13-51 (2013); Stephanie Duriez, Francis Cullen y Sarah Manchak, «Is Project HOPE Creating a False Sense of Hope? A Case Study in Correctional Popularity» (2014) 78 *Federal Probation* 57; Francis Cullen, Sarah Manchak y Stephanie Duriez, «Before Adopting Project HOPE, Read the Warning Label: A Rejoinder to Kleiman, Kilmer and Fisher's Comment» 78 *Federal Probation* 75.

93 Véase: Douglas Marlowe y William Meyer (eds.), *The Drug Court Judicial Benchbook* (Instituto Nacional de Tribunales de Drogas, 2011), pág. 217.

94 Ibid., pág. 48.

95 Kleiman, Kilmer y Fisher (nota a pie n.º 90).

basado estrechamente en HOPE en cuatro puntos de los EEUU. Este estudio tan esperado indicó que el enfoque del programa HOPE no era más efectivo que la libertad condicional estándar en términos de reducción de reincidencias[96]. Por otra parte, en el número especial se incluían comentarios de Alm[97], Kleiman[98], Hawken[99] y Cullen *et al.*[100] Todavía nos queda por conocer cuáles serán las implicaciones de estos hallazgos y análisis, estas no restan valor a las observaciones de este artículo. En particular, solo en uno de los artículos [101] se hizo algún tipo de referencia a la Justicia Terapéutica.

[96] Pamela Lattimore *et al.*, «Outcome Findings from the HOPE Demonstration Field Experiment: Is Swift, Certain, and Fair an Effective Supervision Strategy?» (2016) 15 *Criminology and Public Policy* 1103

[97] Steven Alm, «HOPE Probation: Fair Sanctions, Evidence-Based Principles, and Therapeutic Alliances» (2016) 15 *Criminology and Public Policy* 1195.

[98] Mark Kleiman, «Swift–Certain–Fair: What Do We Know Now, and What Do We Need to Know?» (2016) 15 *Criminology and Public Policy* 1185.

[99] Angela Hawken, «All Implementation Is Local» (2016) 15 *Criminology and Public Policy* 1229.

[100] Francis Cullen, Travis Pratt y Jillian Turanovic, «It's Hopeless: Beyond Zero-Tolerance Supervision» (2016) 15 *Criminology and Public Policy* 1215.

[101] James Oleson, «HOPE Springs Eternal: New Evaluations of Correctional Deterrence» (2016) 15 *Criminology and Public Policy* 1163.

Capítulo V Justicia terapéutica y el paradigma del desistimiento: más allá de un maridaje

Catalina DROPPELMANN ROEPKE y Amalia VALDÉS RIESCO

Centro de Estudios Justicia y Sociedad, Pontificia Universidad Católica de Chile

1. Introducción

David Wexler, en un artículo publicado en 2014, acuñó la metáfora *vino* y *botellas*, donde los principios de la Justicia Terapéutica (en adelante TJ) son denominados *líquido o vino* y las estructuras y procedimientos legales son entendidos como *botellas*, las cuales pueden contener una mayor o menor cantidad de *vino TJ*. A partir de lo anterior, Wexler (2014) sugiere que las botellas puedan ser re-diseñadas y llenadas de *vino*, para así favorecer que el paso por el sistema de justicia no implique resultados anti-terapéuticos y favorezca respuestas terapéuticas; poniendo énfasis en modos de trato más dignos, procesos más justos y en el bienestar de las personas que entran en contacto con la ley (Wexler, 2014).

En la misma línea, Wexler y Pérez (2016) en otro artículo más reciente, se refirieron al «viñedo», haciendo alusión a aquellos hallazgos provenientes principalmente de la Criminología, Psicología y Trabajo social, que dan pie al desarrollo de prácticas y técnicas (el *vino*) que la TJ ha relevado para favorecer una justicia más terapéutica[1]. De esta manera, analizan puntos en común entre la Justicia Procedimental (en términos de la relevancia del trato, respeto, y voz de los usuarios del proceso judicial) y la TJ. Los autores concluyen que, aunque la Justicia Procedimental es una herramienta clave en favorecer la TJ, ésta se limita principalmente a relevar estándares de trato y respeto que deben ser considerados como un piso mínimo en todo proceso judicial. Por el contrario, la TJ invita a un panorama mucho más amplio: a explorar «viñedos» que den pie al *nuevo vino* que el sistema de justicia necesita.

Es justamente esta invitación de la que se toma el presente artículo, la de explorar cómo el Paradigma del Desistimiento (en adelante PD) ofrece un «viñedo» tremendamente poderoso y prácticamente inexplorado en el ámbito de la TJ, especialmente en lo que dice relación a la reinserción social de quienes infringen

[1] Entenderemos Justicia Terapéutica como el mecanismo que busca reformar el sistema de justicia para que la ley y sus procesos puedan tener un impacto positivo y terapéutico en el bienestar psicológico de las personas que la experimentan, particularmente en la persona acusada.

la ley. Para ello, se presenta el PD, sus principales hallazgos y alcances teóricos. Luego, se analiza cómo ambos enfoques comparten un horizonte común y se discuten una serie de encuentros, que no sólo se limitan a lo referente a las prácticas y técnicas de la TJ (el «vino»), sino además a las estructuras y procedimientos legales (las «botellas»). Finalmente, se concluye con algunos desafíos derivados de lo anterior.

2. El paradigma del desistimiento

Uno de los paradigmas preponderantes sobre el cual se orienta la intervención penitenciaria y la reinserción social en la experiencia anglosajona, es el Modelo de Riesgo, Necesidad y Responsividad (en adelante RNR)[2]. Este enfoque, fue desarrollado por los canadienses Andrews y Bonta en la década de los ochenta y se orienta hacia la reducción de aquellos factores de riesgo que aumentan las probabilidades de reincidencia. Sin embargo, a pesar de estar sólidamente centrado en la evidencia, este enfoque ha recibido críticas importantes. Primero, se ha argumentado que, debido al problema de la equifinalidad y multifinalidad, no existe certeza de cuáles factores son causas reales de la reincidencia y cuáles simplemente se relacionan con ésta (Farrington & Welsh, 2007). En segundo lugar, la totalidad de la evidencia ha surgido de estudios realizados en países desarrollados y no está claro que estos resultados puedan simplemente extrapolarse al ámbito latinoamericano. Finalmente, la principal crítica se enfoca al hecho que este modelo se centra en factores retrospectivos (que ya tuvieron lugar en la vida de los sujetos) y a que no hace referencia acerca de qué hace que los sujetos en conflicto con la ley dejen de delinquir. A lo anterior se suma que los indicadores de reincidencia se proponen como el índice más obvio para medir la efectividad de la reinserción social, pese a las múltiples limitaciones que esto implica.

En contraste, el Paradigma del Desistimiento se define como el estudio del proceso por medio del cual un individuo deja de cometer delitos (Maruna y Farrall, 2004), orientándose a los factores prospectivos que favorecen el cambio en contraposición a aquellos factores que se asocian a la reiteración de la conducta delictual. Crítico al enfoque RNR, el PD plantea que concentrarse únicamente en reducir las causas del delito, puede limitar la rehabilitación de quienes infringen la ley e incluso, puede acentuar los problemas que la rehabilitación pretende disminuir (McNeill, 2014). Por el contrario, identificar el proceso de abandono de

[2] Risk, Need and Responsivity; en sus siglas en inglés.

la conducta delictual, puede abrir el camino para pensar más prospectivamente sobre cómo y por qué las personas dejan de delinquir (Maruna, 2001).

A pesar de ser de interés central en la Criminología, aún tenemos un conocimiento limitado sobre el desistimiento, particularmente respecto de los factores que lo propician y los mecanismos que generarían este cambio. No obstante, existe cierto consenso respecto de que el desistimiento, como proceso, no sólo implica la cesación inmediata de la conducta delictual, sino que además incluye cambios cualitativos en la frecuencia, severidad y versatilidad del delito, ya que la mayoría de las personas en conflicto con la ley no deja de delinquir de un día para otro (Loeber y Le Blanc, 1990; Mulvey, y otros, 2004; Soothill, Fitzpatrick, y Francis, 2009; Farrington, 2007; Le Blanc, 2002; Kazemian, Farrington, y Le Blanc, 2009a).

En términos generales, el desistimiento refiere entonces, a un proceso de tránsito entre la delincuencia y la convencionalidad, el cual incluye aspectos que van mucho más allá de simplemente dejar de delinquir. En este sentido, el proceso de desistimiento incluye cambios tanto a nivel conductual (rutina, estilo de vida, actividades), social (pares, relacionales familiares, roles), individual (identidad, orientación moral) y socio-ambiental (entornos, ambientes). Según Bottoms y Shapland (2014) el desistimiento consiste en términos simples en un proceso de adquisición de virtud, el cual se trata de aprender a vivir una vida no delictual, cuando alguien ha estado inmerso por un período significativo en un entorno criminal. Esto, naturalmente es extremadamente complejo e involucra muchas veces recaídas y retrocesos en el proceso de cambio.

Algunos autores han tratado de explicar las distintas etapas involucradas en el proceso de desistimiento (Bottoms y Shapland, 2016; Giordano P., 2016; Farrall, Hunter, Sharpe, y Calverley, 2014). Por ejemplo, Giordanno (2016), a partir de datos recogidos en estudios longitudinales desarrolló un modelo de transformación cognitiva, en el cual basándose en el interaccionismo simbólico estableció cuatro tipos de cambios que podrían estar involucrados en el proceso de abandono del delito. Según la autora, primero los sujetos experimentarían una cierta apertura al cambio, la cual favorecería la permeabilidad frente a nuevas oportunidades para la reinserción (tales como el trabajo y la adquisición de nuevos roles), frente a los cuales los sujetos no estarían abiertos o disponibles cuando se encuentran en plena actividad delictual. Tras ello, se desencadenarían transformaciones en la identidad, los sujetos comenzarían a verse a sí mismos de manera diferente, y ello, a su vez favorecería cambios en el significado que adscriben al comportamiento criminal.

Dentro de los factores que la evidencia ha relevado como asociados a este proceso se destacan los que provienen de las teorías del control social, los que corresponden al estilo de vida y actividades rutinarias, y los que se refieren a aspectos psico-sociales. En cuanto a los primeros, Sampson y Laub (1993) desarrollaron la *teoría del control social informal graduada por la edad*, que examina el efecto que las interacciones con las instituciones de control social informal tienen sobre el crimen y el desistimiento. Según estos autores, el desistimiento se produce como resultado de puntos de inflexión (es decir, cambios en el curso de la vida) provocados por eventos de la vida que mejoran los lazos sociales. Utilizando narrativas de historias de vida de hombres que desistieron y persistieron en el crimen, observaron que cuatro puntos de inflexión principales tuvieron un impacto constante en el proceso de desistimiento: el matrimonio, el servicio militar, la escuela correccional y el cambio de vecindario.

Estos puntos de inflexión están bien evidenciados en la literatura sobre desistimiento, con estudios que confirman el impacto del matrimonio (Theobald y Farrington, 2009; Beaver, Wright, DeLisi, y Vaughan, 2008) y el servicio militar (Bouffard y Laub, 2004; Sampson y Laub, 2003). Sin embargo, otros factores relativos al control social también se identifican como relevantes en el abandono del delito, como tener un trabajo estable (Farrall, 2002; Tripodi, Kim, y Bender, 2010; Wright y Cullen, 2004), la experiencia de la paternidad (Sampson y Laub, 1993; Sampson y Laub, 2003) y la espiritualidad (Schroeder y Frana, 2009; Giordano, Longmore, Schroeder, y Seffrin, 2008).

En cuanto a los factores asociados al estilo de vida, tal como se señaló anteriormente, Bottoms y Shapland (2014, pág. 7) han argumentado que «el desistimiento es el proceso de aprender a vivir una vida no criminal cuando uno ha estado llevando una vida mayormente criminal». Esto significa que, al desistir de la delincuencia, las personas tienen que cambiar su rutina, estilos de vida, amigos y, en general, resistir las diversas tentaciones que enfrentarán durante sus intentos de dejar atrás la delincuencia. Para hacerlo, según Shapland y Bottoms (2011), las personas en conflicto con la ley adoptan tácticas de «autocontrol diacrónico» a través de las cuales se comprometen deliberadamente o evitan ciertas situaciones que podrían llevarlos al fracaso en sus intentos de cambio. De hecho, mantenerse alejado de antiguas amistades y de lugares de riesgo, se ha señalado como una estrategia viable que permite a los infractores de ley evitar las tentaciones asociadas con un estilo de vida antisocial.

En la misma línea, el uso indebido de drogas también se ha destacado como un fuerte obstáculo contra el desistimiento del delito (Hunt y Farrall, 2015; MacDonald y Shildrick, 2007; Schroeder, Giordano, y Cernkovich, 2007). Sin

embargo, más allá de los vínculos directos entre el uso de drogas y la criminalidad, el consumo de drogas también dificulta el desarrollo de factores clave que promueven el desistimiento (Schroeder, Giordano, y Cernkovich, 2007). De hecho, el consumo de drogas afecta negativamente la estabilidad laboral (Mijares, 1997) y los lazos sociales, ya que es incompatible con la adquisición de roles convencionales necesarios para desistir del delito (Donovan, Jessor, y Costa, 1991).

En cuanto a los factores psicosociales, varios autores han señalado el papel que jugarían los cambios de identidad en el proceso de desistimiento, aunque existe poco acuerdo sobre el alcance de estos cambios. Mientras que algunos argumentan que el desistimiento no tendría lugar hasta que una nueva identidad convencional (es decir, no delictual) reemplace a la anterior (Giordano, Cernkovich, y Rudolph, 2002; Vaughan, 2007; Harris, 2009; Paternoster y Bushway, 2009), otros sugieren que los individuos no necesariamente niegan su pasado, sino que incluyen sus identidades anteriores en la formación de un nuevo sentido de sí mismo pro-social a partir de un proceso de re-construcción (Glaser, 1969; Irwin, 1970; Maruna, 2001; Gadd y Farrall, 2004; Hundleby, Gfellner, y Racine, 2007; Maruna y Roy, 2007; Aresti, Eatough, y Brooks-Gordon, 2010; LeBel, Burnett, Maruna, y Bushway, 2008; Opsal, 2011). Independiente del alcance de estos cambios identitarios, la evidencia muestra que el reconocimiento de los mismos, es decir que la sociedad en su conjunto deje de ver a quienes desisten como delincuentes, es clave en el proceso de reinserción social (McNeill, 2016).

Todos estos hallazgos anteriormente mencionados, han abierto camino a pensar cómo el propio sistema de justicia criminal, sus prácticas y procedimientos, favorecen u obstaculizan el proceso de desistimiento. Es precisamente en este punto, donde se produce el primer encuentro (y tal vez el más profundo) entre el enfoque de desistimiento y la TJ. Tal como lo mencionamos al comienzo de este artículo, la pregunta clave de la TJ es justamente cómo el sistema de justicia puede favorecer resultados terapéuticos en contraposición a unos antiterapéuticos, es decir cómo el sistema de justicia puede favorecer u obstaculizar el bienestar de quienes entran en contacto con el mismo. Aunque en el caso del PD, la pregunta es más concreta y precisa, se ancla en quien infringe la ley y en su proceso de abandono del delito (no incluye a otros actores del sistema); ambos enfoques apuntan en un mismo sentido. A continuación, se discuten algunos puntos más concretos de encuentro entre el PD y la TJ, enfocándose principalmente en cómo algunos procesos y prácticas de los sistemas de justicia pueden verse favorecidos, y a su vez, promover el proceso de abandono de la conducta criminal, en vez de

obstaculizarlo. Reforzando estos encuentros, se podrían desarrollar nuevos *vinos* y nuevas *botellas*, que den pie a una Justicia Terapéutica con enfoque en desistimiento.

3. Encuentros

3.1. Una mirada prospectiva para facilitar la reinserción social

A diferencia del sistema de justicia penal tradicional, que busca castigar hechos pasados cometidos por las personas a través de sanciones que responden a los distintos fines de la pena; tanto la TJ como el PD comparten una mirada prospectiva: se enfocan en el futuro de los sujetos que han tenido conflictos con la ley. En el caso de la TJ, se promueve un *vino que* favorezca la autonomía y agencia de la persona que infringió la ley, no para castigarle por sus actos pasados, sino para ayudar en su capacidad de cambio y compromiso de modificar conductas futuras. Si la conducta delictual se debió a problemas de salud mental, violencia, consumo de drogas, u otros factores; la propuesta de la TJ es expandir las respuestas meramente penales para ofrecer apoyos en las necesidades o problemas identificados y generar mayores opciones de reintegración social (Birdgen, 2015). Del mismo modo, en el PD lo prospectivo es un elemento central. Graham y McNeill (2017) critican la mirada retrospectiva del sistema de justicia traicional y su enfoque en el delito, argumentando que el proceso de desistimiento dice relación con la auto-progresión y con el desarrollo de las potencialidades de los individuos.

En el ámbito de la reinserción de quienes se encuentran en conflicto con la ley, la mirada prospectiva es justamente aquello que permite dejar atrás la lógica del castigo. Bajo esta mirada, el foco ya no está sólo en lo que la persona infringió en el pasado, en el daño que hizo a la sociedad y en las consecuencias que esto conlleva. Tampoco, en aquellas experiencias previas (muchas de ellas derivadas de una extrema exclusión social) que ya operaron en la vida de los sujetos y que son imposibles de modificar. Si no más bien, un enfoque prospectivo se centra en qué aspectos se deben potenciar para que el delito no se vuelva a repetir. Este transcender de un enfoque meramente retributivo, invita a dejar atrás una narrativa correccional basada en el control y coerción, para abrir paso a una narrativa del cambio, donde el sistema de justicia criminal no sólo se orienta a condenar, sino también a abrir paso a oportunidades para el desistimiento y al desarrollo de fortalezas. Tal como menciona Maruna y LeBel (2003, pág. 98), «En el marco de la justicia penal, un enfoque centrado en las fortalezas no se pregunta qué se le debe hacer a una persona en respuesta a su delito, sino más bien que puede hacer esa persona para reparar su comportamiento». Asimismo, lo

prospectivo, transmite a la sociedad en su conjunto que la reintegración social sí es posible y que las personas que se encuentran en conflicto con la ley son merecedoras de oportunidades para la reinserción (Bazemore, 1999).

Aunque lo anterior parece simple, es muy complejo de ser implementado en el sistema de justicia criminal, donde justamente lo que determina principalmente las sanciones, son los hechos del pasado (antecedentes penales previos, conducta previa, cumplimiento con las anteriores condenas, entre otros aspectos), como si estos elementos permitiesen predecir de manera exacta el futuro desempeño de quien está siendo condenado. Aunque las condenas previas son un predictor relevante de la reincidencia (Graham y McNeill, 2017; Cullen, Jonson, y Nagin, 2011; Gaes y Camp, 2009), el PD ha relevado una serie de otros factores prospectivos que pueden favorecer el cambio. Por ejemplo, el acceder a un trabajo de calidad (Visher, Winterfield, y Coggeshall, 2005; Staff, y otros, 2010; Uggen C., 1999; Shover, 1996), el desarrollo de un sentido de ciudadanía (Farrall S., 2014), el restablecimiento de vínculos prosociales y el asumir responsabilidades tanto parentales como con la familia (Moloney, MacKenzie, Hunt, y Joe-Laider, 2009; Giordano, Seffrin, Manning, y Longmore, 2011; Bottoms A., Shapland, Costello, Holmes, y Muir, 2004; Farrall y Bowling, 1999; Maruna S., 2001; Vaughan, 2007; Sampson y Laub, 1993; Shover, 1996), entre otros elementos.

De esta manera, lo prospectivo es un desafío que invita a centrarse en el cambio y en investigar cómo potenciarlo desde el diseño de los mecanismos de sanciones, hasta las acciones concretas de los actores de sistema de justicia criminal. Tal como Bottoms y McWilliams (1979) señalaron varias décadas atrás y McNeill (2006) lo reformuló años más tarde, un enfoque prospectivo aplicado a la reinserción y rehabilitación, se plasma en apoyar el proceso de cambio por sobre simplemente tratar el problema. Asimismo, se concreta en el establecimiento de un diagnóstico y plan de acción colaborativo y consensuado, donde el propio sujeto que ha infringido la ley es el protagonista de su proceso de reinserción.

Hay varios ejemplos de prácticas centradas en lo prospectivo que es posible encontrar en el *vino* TJ (ver por ejemplo Wexler, 2014). Sin embargo, el mayor desafío persiste en las *botellas*, especialmente en las leyes y en su diseño derivado principalmente de una lógica retributiva centrada en el pasado. Por ejemplo, en varias jurisdicciones alrededor del mundo los antecedentes penales son imposibles de borrar y obstaculizan procesos de reinserción laboral y de desistimiento a través de la persistencia de la etiqueta de «delincuente» (Uggen y Blahnik, 2016). En el mismo sentido, la obtención de la libertad condicional, estrategia clave para la reinserción, la mayoría de las veces depende más del comportamiento dentro de la cárcel que de las perspectivas futuras de reinserción que tenga el penado

(Villagra y Droppelmann, 2017). Finalmente, gran parte del proceso de toma de decisiones de los jueces respecto de la determinación de las sanciones se basa en los antecedentes penales del imputado y en su cumplimiento de sanciones anteriores (Droppelmann, Carvacho, Mateo, y Valenzuela, 2018). Como éstos, hay múltiples ejemplos que deben ser estudiados bajo la óptica derivada del «maridaje» entre la TJ y el PD para favorecer una justicia más prospectiva.

3.2. Cambios y compromisos por sobre la mera obediencia

Maruna y LeBel (2003) señalan que el objetivo de reinserción social suele ser buscado a través de dos lógicas en los sistemas de justicia tradicionales: la de la zanahoria y la del garrote (*carrots and sticks* en su versión en inglés). La primera, se orienta al refuerzo positivo y a la intervención de las necesidades de las personas en conflicto con la ley, para reducir el riesgo de reincidencia. La segunda, se orienta al castigo, a la cohersión y al control, bajo el entendido que los mecanismos de sanciones favorecerían el cumplimiento con lo impuesto por los tribunales de justicia. Esta narrativa es justamente en la que se basan la mayoría de los Tribunales de Tratamiento de Drogas (en adelante TTD) de Estados Unidos, en los cuales se busca favorecer el cumplimiento a través de mecanismos de sanciones e incentivos denominados «sanciones inteligentes», a pesar de que su uso no se ha asociado con mejores resultados.

Por el contrario, tanto la TJ como el PD se orientan a trascender la mera obediencia coercitiva de los mandatos y sanciones de los tribunales, sino que buscan desarrollar un compromiso que favorezca un real proceso de cambio. Este último, debe ir más allá de lo meramente instrumental o la evitación del castigo y debe manifestarse a nivel normativo, es decir a partir de la aceptación o creencia en las normas sociales. Uno de los aspectos relevados en la literatura que permite favorecer este *cumplimiento normativo*, es la percepción de legitimidad, confianza y justicia de las autoridades legales o sociales (Tyler, 1990; Mondak, 1993). Al respecto, Tyler (2006; 2010) sostiene que, si la ley no considera elementos de trato, las personas percibirán el procedimiento legal como injusto y por consiguiente la legitimidad se verá mermada. Por el contrario, aquellas personas que sienten que han sido tratadas de manera justa, respetuosa y con dignidad (lo que se conoce en la literatura como justicia procedimental) tienen mayor satisfacción y están más inclinadas a «obedecer la ley».

Por ello, la TJ reconoce la importancia de la percepción y satisfacción con el proceso, buscando cumplir con las «tres V» propuestas por (Ronner, 2008): dar **voz** a las personas que delinquieron, **validarlas** y reconocerlas como ciudadanos dignos de respeto, y así favorecer que se cumpla con la orden del tribunal de

manera **voluntaria** y no obligatoria. Sin embargo, la TJ busca ir «más allá» de la justicia procedimental (Wexler y Pérez, 2016), favoreciendo una narrativa judicial que favorezca el cambio a través del reconocimiento y la motivación. De este modo, el líquido terapéutico promueve que los jueces consideren en sus narrativas argumentos positivos basados en la evidencia de disciplinas psicológicas, criminológicas, y sociales, para que la persona acusada reflexione sobre las sentencias, piense por sí misma cómo logrará cumplir con sus compromisos a futuro, y tome de manera autónoma sus decisiones durante el proceso avanzando a su propio ritmo (Wexler, 2016). Al promover procesos justos, el reconocer los avances y aspectos positivos de las personas e integrar lo más posible a los distintos actores durante el proceso, la TJ ha demostrado producir efectos positivos en la cooperación, satisfacción, y apoyo social durante los procesos de reinserción (Lens, 2017), así como mejores resultados terapéuticos y rehabilitadores para los sujetos involucrados (Wexler, 2017).

Lo anterior, también se aplica para el caso de los delegados comunitarios o de libertad condicional, quienes deben llevar a cabo su rol de manera relacional, inclusiva y persuasiva en vez de coactiva (Birdgen, 2015), para que las personas asuman de manera autónoma la responsabilidad de sus acciones y un compromiso con el cambio. En este sentido la investigación basada en el PD ha sido clara en demostrar cómo el vínculo entre los oficiales de libertad condicional y los usuarios, puede desempeñar un papel crucial en el proceso de desistimiento, promoviendo y apoyando el desarrollo de narrativas prosociales (McNeill, Batchelor, Burnett, y Knox, 2005; King R. D., 2013; Farrall S., 2014). Esto es clave para contrarrestar el «positivismo burocrático», caracterizado por una orientación excesiva hacia el cumplimiento basada solo en la administración de casos, y que ha capturado la libertad condicional en muchos países (King R. D., 2013, pág. 147).

3.3. Los agentes de justicia y el soporte al cambio

Vinculado con lo anterior, desde la perspectiva de TJ, los actores vinculados al proceso de justicia deben educarse y prepararse para cumplir con un rol «terapéutico», es decir, ser capaces de favorecer el bienestar de las personas en conflicto con la ley (Winick y Wexler, 2015). De acuerdo con estos lineamientos, los principios terapéuticos no se limitan a los actores más clásicos del proceso judicial, como jueces, abogados o defensores. Por el contrario, la TJ reconoce la importancia en el soporte interdisciplinario de actores «psicolegales», tales como delegados, profesionales de la salud mental, trabajadores sociales, entre otros (Birdgen, 2015; Lens, Katz, y Spencer Suárez, 2016). Asimismo, la TJ releva el rol

de las organizaciones comunitarias (Wexler, 2016) y de las personas cercanas o familiares de quien ha infringido la ley (Lens, 2017).

Del mismo modo, el PD es claro en enfatizar que el proceso de desistimiento no ocurre en el vacío, sino que requiere de un contexto social que no sólo brinde oportunidades para el cambio, sino que también lo reconozca. De hecho, Maruna *et al.* (2009) describieron un proceso de desetiquetado llamado «efecto Pigmalión», en el que el reconocimiento social de los cambios del individuo que desiste, refuerza el desarrollo de un sentido de identidad prosocial, y, por lo tanto, favorece el desistimiento del delito a largo plazo. McNeill (2016) plantea que más allá de un desistimiento primario (que implicaría dejar de cometer delitos) y uno secundario (que refiere a dejar de verse a sí mismo como un infractor); existiría un desistimiento terciario, que implicaría no solo transformaciones identitarias y comportamentales, sino también un proceso de integración y aceptación de la persona en la sociedad convencional.

Lo anterior, implica un reconocimiento institucional tanto de los logros de los participantes, como de las dificultades del proceso, en el cual el rol de los jueces se torna clave. Así lo ha establecido la TJ, que señala que el juez no es un actor dedicado al mero arbitraje y sentencia, sino más bien, cumple con el rol de dirigir y facilitar el proceso de cambio, demostrando una ética del cuidado en pro de la reintegración de la persona que infringe la ley (King, 2009; Winick y Wexler, 2015; Wexler, 2001). Existe vasta literatura de TJ que vas más allá de los alcances de este artículo, donde se desarrollan distintas herramientas para favorecer el actuar de los jueces como agentes de cambio (Wexler, 2001; Senjo y Leip, 2001; Casey y Rottman, 2000).

Por último, como se señaló anteriormente, este rol no se limita sólo a los jueces, sino que atañe a otros actores relevantes del sistema de justicia penal, que sí han ganado relevancia en ambos paradigmas, como lo son los agentes psicolegales de apoyo del proceso judicial y de intervención. Aunque en la mayoría de los sistemas penales, el rol de estos agentes se ve supeditado a un mero trabajo de monitoreo (haciendo uso de vigilancia intensiva o panópticos electrónicos desde una lógica de *garrote)* (Gordon, 1991; Maruna y LeBel, 2003); tanto la TJ como el PD critican lo anterior y buscan promover un rol de consejería, apoyo y educación que facilite el proceso de desistimiento (McNeill, 2009). Además, dado que el proceso de desistimiento es profundamente subjetivo, las intervenciones brindadas por estos actores deben enfocarse en un apoyo individualizado para el cambio, que considere la particularidad de cada usuario. En este sentido, se debe hacer hincapié en la necesidad de que tanto el interventor como el intervenido construyan y mantengan la esperanza y confianza en la posibilidad de cambiar

(McNeill, 2012). Por ello, autores sugieren que las intervenciones deben enfocarse en desarrollar capital humano (capacidades) y capital social (relaciones y oportunidades) (McNeill y Weaver, 2010). Algunas de estas estrategias se discuten a continuación.

3.4. Rituales de redención y cambio

Tal como se mencionó en el punto anterior, el proceso de desetiquetado y su «efecto Pigmalión» es clave en el proceso de desistimiento (Maruna, LeBel, Naples y Mitchell, 2009). De este modo, tanto la TJ como el PD relevan la importancia de certificar, reconocer, y celebrar el progreso de las personas en conflicto con la ley durante el proceso penal, como una manera de reafirmar la posibilidad de cambio, el esfuerzo y trabajo realizado (Maruna, LeBel, Naples, y Mitchell, 2009; McNeill, 2016). De acuerdo a Wexler (2001), la TJ busca replicar lo que se ha evidenciado en el ámbito de la medicina, de que el compromiso a cumplir con las reglas aumenta cuando (1) se entiende el fin y objetivo de dichas reglas; (2) la persona se compromete a cumplirlo de manera pública; y (3) las personas cercanas observan o son informadas de aquel compromiso público.

Lo anterior, se manifiesta en lo que el PD ha denominado como rituales de redención, tales como el uso de ceremonias de cierre, audiencias de reconocimiento o certificaciones, los cuales pueden lograr un efecto terapéutico y consolidar procesos de desistimiento (Maruna, 2001; Wexler, 2001).

Un caso interesante, lo constituye el ritual de eliminación de antecedentes penales, como una *pro forma* judicial (Wexler, 2017), conocido como una «rehabilitación judicial» (Herzog-Evans, 2011). Reconociendo que los antecedentes penales son un gran obstáculo para obtener empleo y son una etiqueta difícil de borrar para quien ha infringido la ley, el hecho de poder eliminarlos a través de un proceso judicial o ritual, ha mostrado un impacto en el proceso de desistimiento (Herzog-Evans, 2011). En Francia, por ejemplo, la persona que experimenta esta ceremonia de rehabilitación judicial debe dar cuenta de su proceso de desistimiento ante un juez, y luego de ser aprobada su solicitud, pasa por el ritual de desetiquetado de todas sus sentencias pasadas. Tras esto, se constituye como un nuevo ciudadano con opción de voto en elecciones e incluso elegible como candidato a cargos políticos. Se ha evidenciado que este proceso judicial, tiene fuertes efectos criminológicos y emocionales, tanto en la persona y su familia, como en los jueces y abogados que experimentan este proceso (Herzog-Evans, 2011).

Varios autores han señalado que estos rituales de desetiquetado (tales como ceremonias de término de programas, tribunales de reingreso, rehabilitación

judicial y graduaciones, entre otros) debiesen ser extensivamente instalados en el ámbito judicial debido al poder restaurador y reparador que generan (Herzog-Evans, 2011; Maruna, 2001). Estos rituales, aumentan la sensación de autonomía y agencia, permiten simbolizar un nuevo comienzo o «re-biografía» (Wexler, 2001) y demuestran aceptación social y reintegración cívica; potenciando así el proceso de desistimiento en el largo plazo (Maruna, LeBel, Naples, y Mitchell, 2009).

En estos rituales de redención, el juez juega un rol clave. Tal y como establece Wexler (2001), la figura de prestigio y excelencia del juez lo hace un perfecto actor para validar públicamente y reconocer el esfuerzo y cambios de la persona en conflicto con la ley. En esta misma línea, Herzog-Evans (2011) señala que justamente, más allá de la relevancia de un ritual per sé, el hecho de que sea solemne y que se desarrolle en el propio tribunal; da cuenta de un reconocimiento oficial, que se desarrolla en un espacio de poder donde se suele establecer lo que es la verdad. Es más, incluso en casos poco favorables en donde la persona no progresa hacia el desistimiento o cometió daños muy serios, Wexler (2001) destaca que los jueces deben de todas formas guiarse por los principios terapéuticos y rescatar elementos positivos y cualquier nivel de progreso observado, para favorecer el cambio y evitar la desviación secundaria. A través de palabras de alabanzas, narrativas de progreso, y ceremonias de cierre, los sujetos en conflictos con la ley comprenden que, a pesar de haber cometido delitos, pueden ser reconocidos como miembros de la sociedad.

3.5. La reparación y la redención

Finalmente, un último encuentro a destacar dice relación con la reparación y la redención; aspectos que son naturalmente favorecidos en el *vino* de TJ y que varios autores plantean como relevantes en el PD. Al respecto, estudios sobre procesos de desistimiento, han evidenciado que las personas etiquetadas previamente como «infractores» que encuentran maneras de contribuir a la sociedad, a su comunidad o dentro de sus familias; parecen tener un éxito mayor en dejar el delito atrás. De acuerdo a Maruna (2016), el acto de reparación tiene efectos positivos para quienes infringen la ley en sus posibilidades de futura reintegración social, particularmente en cuanto a su posibilidad de re-significar su conducta criminal y desarrollar un sentido de identidad pro-social. En este proceso de desistimiento, el reconocimiento del cambio personal es clave, ya que tal como plantea McNeill (2014; 2016), la reintegración se juega en un ámbito individual, judicial, moral y social.

A su vez, la investigación de Maruna (2001) ofrece más evidencia de un vínculo entre el efecto del «sanador herido», la generación de una identidad «generativa»

y cambios personales hacia el desistimiento en un proceso penal. En una comparación de personas que habían cometido delitos y que habrían desistido del delito con éxito y sin éxito, Maruna descubrió que aquellos que lograban «desistir» estaban significativamente más orientados a la atención, apoyo y promoción de otras generaciones, intentando ayudar o encontrar un significado en sus historias de vida. De esta manera, las propias narrativas pasan de vergonzosas a historias de redención esperanzadoras. Al respecto, LeBel (2007) también identificó estudios empíricos que mostraban que tanto hombres como mujeres que presentaban una orientación mayor de querer ayudar a otros, generaban un efecto de «sanador herido» que impactaba en su bienestar personal, mejor autoestima y una negativa relación con un futuro comportamiento delictual. En el caso de mujeres, Heidemann, Cederbaum, Martínez, y LeBel (2016) mostraron que este efecto mejoraba la autoestima y las actitudes prosociales de las mujeres ex infractoras de ley, promoviendo además las relaciones sociales.

Otros procesos reparatorios interesantes al respecto, se observan cuando personas en conflicto con la ley prestan servicios en beneficio a la comunidad. Por ejemplo, el realizar actividades voluntarias tales como el construir hogares para personas de bajos ingresos, el proveer cuidado de personas enfermas, o el brindar otro tipo de trabajo de servicio comunitario han mostrado interesantes efectos personales y de redención social que aportan al proceso de desetiquetado. Como lo plantea Cullen (1994), el principio del sanador establece que en ciertos casos tiene mejores efectos en el proceso de reintegración, el brindar ayuda que el recibirla. Esta ayuda genera la sensación de logro, aumenta la autoestima, genera propósitos significativos, e incluso, en quienes perciben este trabajo como «gratificante», se ha evidenciado que presentan menos tasas de reincidencia y mayor desarrollo prosocial y moral (Rex, 1999; Maruna y LeBel, 2003; Schneider, 1986).

Por último, estos puntos de reparación y redención guardan relación con aspectos de la Justicia Restaurativa (JR). A pesar de que la mayoría de la evidencia respecto a la JR se enfoca al efecto en la víctima, también se han evidenciado consecuencias en las personas acusadas, particularmente en el acto de reparación (Ward y Langlands, 2009). Por ejemplo, esto es posible de observar en los círculos de paz, de reparación del daño, o en espacios de confrontación acordadas entre víctima y acusados que favorecen estos procesos reparatorios. Todos estos elementos apoyan la transición hacia la conformidad, los procesos de desetiquetado, y promueven la integración social (Maruna, 2001).

4. Conclusiones y desafíos

El presente artículo exploró distintos encuentros entre el PD y la TJ en el ámbito de la reinserción social de infractores de ley, para dar cuenta como el primero puede constituirse en un «viñedo» indispensable de ser considerado en el desarrollo de la TJ. Es interesante notar que, aunque el estudio del desistimiento surgió como la explicación de un proceso que ocurre a pesar de la intervención del sistema de justicia penal, sus resultados se han convertido en una fuerte influencia para el paradigma de rehabilitación. Ha desafiado el modelo correccional tradicional al mostrar que el usuario es el protagonista de su propio proceso de cambio, que la intervención de la justicia penal podría bloquear los procesos de desistimiento que ocurren naturalmente en la vida de quienes infringen la ley, y que las interacciones sociales son factores clave, destacando el papel de los actores de justicia como agentes terapéuticos.

A lo largo de este artículo se discutió la relevancia tanto en el PD como en la TJ de un enfoque prospectivo, el cual permite dejar atrás la narrativa correccional y abre paso a la auto-progresión y al desarrollo de las potencialidades de los individuos en conflicto con la ley. Tras ello, se analizó como tanto la TJ como el PD, se orientan a trascender la mera obediencia coercitiva de los mandatos y sanciones de los tribunales, sino que buscan desarrollar un compromiso que favorezca un real proceso de cambio. En este sentido, se describió el rol de los agentes de justicia en la facilitación de los procesos de desistimiento, en cuanto al acompañamiento, motivación y reconocimiento de las dificultades del cambio. Derivado de esto, se describieron rituales y prácticas que pueden operar como procesos de desetiquetado, relevando la importancia (destacada en ambos paradigmas), de certificar, reconocer, y celebrar el progreso de las personas en conflicto con la ley durante el proceso penal. Finalmente, se discutió el rol que cumple la reparación y la redención en los procesos de desistimiento y cómo las prácticas de actores legales pueden facilitar estos aspectos.

De esta manera, se puede concluir que el PD y la TJ tienen múltiples espacios de encuentro y que el desafío está puesto en cómo lograr, desde una óptica TJ, que el sistema de justicia criminal promueva el proceso de abandono del delito. Para ello, más allá de varias de las buenas prácticas que se destacaron a lo largo de este artículo, es necesario analizar las estructuras y procedimientos legales (*botellas*) y determinar en qué medida estas favorecen u obstaculizan el desistimiento del delito. En este sentido, las formas tradicionales de castigo, como la cárcel, operan como una limitante poderosa, ya que el sistema carcelario obstaculiza el desarrollo de la agencia, impide el desarrollo de roles prosociales y profundiza el etiquetaje de quienes están en conflicto con la ley. El desarrollo de las salidas y medidas alternativas con contenido, que ofrezcan reales oportunidades para el cambio,

toman un rol esencial al respecto. Asimismo, figuras como el juez de ejecución y delegados de libertad condicional, deben ser repensados en un rol que vaya más allá del control y la mera vigilancia.

Finalmente, la manera en que se mide el éxito de los procesos de reinserción social debe también repensarse. Tal como se mencionó en este artículo, el PD desafía al concepto de reincidencia como la medida inequívoca y única de certificar que el proceso penal fue efectivo en sus intentos por fomentar la reintegración. El PD invita a comprender que el desistimiento no implica la cesación inmediata de la conducta delictual, sino que es más bien un proceso, que incluye elementos conductuales, individuales, sociales y ambientales. Para ello, el sistema de justicia criminal debe desarrollar mecanismos que reconozcan avances hacia el desistimiento para ir *más allá* de la concepción binaria de presencia o ausencia de delitos en la vida de las personas. Considerar estos elementos en el proceso penal, es cambiar el paradigma del castigo por uno comprensivo, prospectivo y promisorio, que logre desarrollar impactos realmente terapéuticos tanto en quienes infringen la ley como en quienes velan por su cumplimiento.

5. Referencias

ALONSO, D. y BURSSINO, S., «Legitimidad y percepciones generales de justicia de las autoridades legales de Córdoba (Argentina): un abordaje desde las valoraciones de justicia procedimental», *Interdisciplinaria,* 29(2), 2012, págs. 287 a 304.

ARESTI, A., EATOUGH, V. y BROOKS-GORDON, B., «Doing time after time: An Interpretative Phenomenological Analysis of reformed ex-prisoners» experiences of self-change, identity and career opportunities», *Psychology Crime and Law,* 16(3), 2010, págs. 169 a 190.

BAZEMORE, G., «After Shaming, Whither Reintegration: Restorative Justice and Relational Rehabilitation», En G. B. Walgrave, *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime*, Monsey, NY: Criminal Justice Press, 1999, págs. 155 a 194.

BEAVER, K. M., WRIGHT, J. P., DELISI, M. y VAUGHAN, M. G., «Desistance from delinquency: The marriage effect revisited and extended», *Social Science Research*, 736, 2008.

BERGMAN, M. y FLOM, H., «Determinantes de la confianza en la policía: una comparación entre Argentina y México», *Perfiles latinoamericanos,* 20(40), 2012, págs. 97 a 122.

BIRDGEN, A., «Maximising Desistance. Adding Therapeutic Jurisprudence and Human Rights to the Mix», *Criminal Justice and Bheavior,* 42(1), 2015, págs. 19 a 31.

BOTTOMS, A. y MCWILLIAMS, W., «A Non-Treatment Paradigm for Probation Practice», *British Journal of Social Work*, 9(2), 1979, págs. 160 a 201.

BOTTOMS, A. y SHAPLAND, J., «Can Persistent Offenders Acquire Virtue?», *Studies in Christian Ethics*, 27(3), 2014, págs. 318 a 333.

BOTTOMS, A. y SHAPLAND, J., «Learning to desist early adulthood: the Sheffield Desistance Stud», En J. F. Shapland, *Global perspective on desistance reviewing what we know, looking to the future*, Londres: Routledge, 2016, págs. 99 a 125.

BOTTOMS, A., SHAPLAND, J., COSTELLO, A., HOLMES, D. y MUIR, G., «Towards desistance: theoretical underpinnings for an empirical study», *The Howard Journal*, 43(4), 2004, págs. 368 a 387.

BOUFFARD, L. A. y LAUB, J. H., «Jail or the Army: Does Military Service Facilitate Desistance from Crime?», En S. a. Maruna, *After Crime and Punishment: Pathways to Offender Reintegration*, Cullompton: Willan Publishing, 2004, págs. 129 a 151.

CASEY, P. y ROTTMAN, D. B., «Therapeutic jurisprudence in the courts», *Behavioral Sciences & the Law*, 4, 2000.

CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO, *Informe 2010*, Latinobarómetro, 2010.

CULLEN, F. T., «Social Support as an Organizing Concept in Criminology: Presidential Address to the Academy of Criminal Justice Sciences», *Justice Quarterly*, 11, 1994, págs. 527 a 559.

CULLEN, F., JONSON, L. y NAGIN, D., «Prisons Do Not Reduce Recidivism: The High Cost of Ignoring Science», *The Prison Journal*, 91(3), 2011, págs. 48S a 65S.

DAMMERT, L., Perspectivas y dilemas de la seguridad ciudadana en América Latina, Quito: FLACSO, 2007.

DONOVAN, J. E., JESSOR, R. y COSTA, F. M., «Adolescent health behavior and conventionality-unconventionality: An extension of problem-behavior therapy», *Health Psychology*, 10(1), 1991, págs. 52 a 61.

DROPPELMANN, C., CARVACHO, P., MATEO, M. y VALENZUELA, E., Estudio sobre los factores que influyen en las decisiones judiciales de la justicia juvenil en Chile, Santiago: Políticas Públicas UC, 2018.

FARRALL, S., Rethinking What Works with Offenders: Probation, Social Context and Desistance from Crime, Portland: Willan Publishing, 2002.

FARRALL, S., «Citizenship Values and Desistance from Crime: Exploring Change over Time», En S. Farrall, B. Hunter, G. Sharpe, y A. Calverley, *Criminal Careers in Transition: The Social Context of Desistance from Crime*, Oxford Scholarship Online, 2014, págs. 246 a 276.

FARRALL, S. y BOWLING, B., «Structuration, human development and desistance from crime», *The British Journal of Criminology,* 39(2), 1999, págs. 253 a 268.

FARRALL, S., HUNTER, B., SHARPE, G. y CALVERLEY, A., *Criminal Careers in Transition: The Social Context of Desistance from Crime,* Oxford: Oxford University Press, 2014.

FARRINGTON, D. P., «Advancing Knowledge About Desistance», *Journal of Contemorany Criminal Justice,* 23(1), 2007, págs. 125 a 134.

FARRINGTON, D. P. y WELSH, B.D. (2007). *Saving Children from a life of crime. Early Risk factors and effective interventions,* New York: Oxford University Press.

GADD, D. y FARRALL, S., «Criminal Careers, Desistance and Subjectivity: Interpreting Men's Narratives of Change», *Theoretical Criminology,* 8(2), 2004, págs. 123 a 156.

GAES, G. y CAMP, S., «Unintended Consequences: Experimental Evidence for the Criminogenic Effect of Prison Security Level Placement on Post-Release Recidivism», *Journal of Experimental Criminology,* 5(2), 2009, págs. 139 a 162.

GARZÓN, A., «Creencias en la justicia. Contexto social y político», *Boletín de Psicología,* 82, 2004, págs. 77 a 95.

GIORDANO, P., «Mechanism underlying the desistance process: reflections on a theory of Cognitive Transformation», En S. F. J. Shapland, *Global Perspectives on Desistance,* Abingdon: Routledge, 2016, págs. 11 a 27.

GIORDANO, P. C., LONGMORE, M. A., SCHROEDER, R. D. y SEFFRIN, P. M., «A Life-Course Perspective on Spirituality and Desistance from Crime», *Criminology,* 46(1), 2008, págs. 99 a 132.

GIORDANO, P. C., SEFFRIN, P. M., MANNING, W. D. y LONGMORE, M. A., «Parenthood and Crime: The Role of Wadtedness, Relationship with Partners, and Ses», *Journal of Criminal Justice,* 39(5), 2011, págs. 405 a 416.

GIORDANO, P., CERNKOVICH, S. y RUDOLPH, J., «Gender, Crime, and Desistance: Toward a Theory of Cognitive Transformation», *American Journal of Sociology,* 107(4), 2002, págs. 990 a 1064.

GLASER, D., «Introduction», *Journal of Research in Crime and Delinquency,* 6(2), 1969, pág. 109.

GORDON, D., The Justice Juggernaut: Fighting Street Crime, Controlling Citizens, New Brunswick, NJ: Rutgers University Press, 1991.

GRAHAM, H. y MCNEILL, F., «Desistance: Envisioning Futures», En P. Carlen, y L. Ayres França, *Alternative Criminologies* Londres: Routledge, 2017, págs. 433 a 451.

HARRIS, J. R., The nurture assumption: Why children turn out the way they do, New York: Free Press, 2009.

HEIDEMANN, G., CEDERBAUM, J. A., MARTÍNEZ, S. y LEBEL, T., «Wounded healers: How formerly incarcerated women help themselves by helping others», *Punishment & Society*, 18(1), 2016, págs. 3 a 26.

HERZOG-EVANS, M., «Judicial rehabilitation in France: Helping with the desisting process and acknowledging achieved desistance», *European Journal of Probation*, 3(1), 2011, págs. 4 a 19.

HUNDLEBY, J. D., GFELLNER, B. M. y RACINE, D., «Desistance and Identity Change among Aboriginal Females», *Identity*, 7(3), 2007, págs. 225 a 253.

HUNT, B. y FARRALL, S., «Space, Place and Desistance from Drug Use», *Oñati Socio-Legal Series*, 5(3), 2015, págs. 954 a 968.

IRWIN, J., *The Felon*. Englewood Cliffs, New Jersey: Prentice-Hall, 1970.

KAZEMIAN, L., FARRINGTON, D. P. y LE BLANC, M., «Can We Make Accurate Long-term Predictions About Patterns of De-escalation in Offending Behavior?», *Journal of Youth and Adolescence*, 38(3), 2009, págs. 384 a 400.

KING, M. S., *Solution-focused judging bench book*, Melbourne: Australasian Institute of Judicial Administration and the Legal Services Board of Victoria, 2009.

KING, R. D., «Assisted desistance and experience of probation supervision», *Probation Journal*, 60(2), 2013, págs. 136 a 151.

LE BLANC, M. L., «The offending cycle, escalation and de-escalation in delinquent behavior: A challenge for criminology», *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, 26(1), 2002, págs. 37 a 41.

LEBEL, T., «An Examination of the Impact of Formerly Incarcerated Persons Helping others», *Journal of Offender Rehabilitation*, 46(1-2), 2007, págs. 1 a 24.

LEBEL, T. P., BURNETT, R., MARUNA, S. y BUSHWAY, S., «The `Chicken and Egg' of Subjective and Social Factors in Desistance from Crime», *European Journal of Criminology*, 5(2), 2008, págs. 131 a 159.

LENS, V., «Engaging Parents in Family Court: Lessons from an Observational Study of Child Protection Cases», *Journal of Social Work*, 17(2), 2017, págs. 129 a 146.

LENS, V., KATZ, C. y SPENCER SUÁREZ, K., «Case Workers in Family Court: A Therapeutic Jurisprudence Analysis», *Children and Youth Services Review*, 68, 2016, págs. 107 a 114.

LOEBER, R. y LE BLANC, M., «Towards a Developmental Criminlogy», *Crime and Justice*, 12, 1990, págs. 375 a 473.

MACDONALD, R. y SHILDRICK, T., «Street Corner Society: Leisure Careers, Youth (Sub)culture and Social Exclusion», *Leisure Studies*, 26(3), 2007, págs. 339 a 355.

MARUNA, S., *Making Good: How Ex-convicts Reform and Rebuild their Lives*, Washington, DC: American Psychological Association, 2001.

MARUNA, S., «Desistance and restorative justice: it's now or never», *Restorative Justice*, 4(3), 2016, págs. 289 a 301.

MARUNA, S. y FARRALL, S., «Making Good», *American Psychological Association*, 2004, págs. 171 a 194.

MARUNA, S. y LEBEL, T. P., «Welcome Home? Examining the «Reentry Court» concept from a Strengths-based Perspective», *Western Criminology Review*, 4(2), 2003, págs. 91 a 107.

MARUNA, S. y ROY, K., «Amputation or Reconstruction? Notes on the concept of «knifing off» and desistance from crime», *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 23(1), 2007, págs. 104 a 124.

MARUNA, S., LEBEL, T. P., NAPLES, M. y MITCHELL, N., «Looking-Glass Identity Transformation: Pygmalion and Golem in the Rehabilitation Process», En J. C. B. Veysey, *How Offenders Transform Their Lives*, Devon: Willan Publishing, 2009, págs. 30 a 55.

MCNEILL, F., A desistance paradigm for offender management, 6(1), 2006, págs. 39 a 62.

MCNEILL, F., *Toward effective practice in offender supervision*, Glasgow: Scottish Centre for Crime & Research Justice, 2009.

MCNEILL, F., «Four forms of «offender» rehabilitation: Towards an interdisciplinary perspective», *Legal and Criminological Psychology*, 17*(1)*, 2012, págs. 18 a 36.

MCNEILL, F., «Punishment as rehabilitation», En G. Bruinsma, *Encyclopedia Criminology and Criminal Justice*, New York: Springer, 2014, págs. 4195 a 4206.

MCNEILL, F., «The collateral consequences of risk», En C. M. Trotter, *Beyond the Risk Paradigm in Criminal Justice*, Palgrave, 2016, págs. 143 a 157.

MCNEILL, F., «Las Consecuencias Colaterales del Riesgo», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 2017, págs. 1 a 19.

MCNEILL, F. y WEAVER, B., «Changing Lives? Desistance Research and Offender Management», *Glasgow School of Social Work & Scottish Centre for Crime and Justice Research*, 2010.

MCNEILL, F., BATCHELOR, S., BURNETT, R. y KNOX, J., *21st century social work. Reducing reoffending: practice skills,* Edinburgh: Scottish Executive, 2005.

MIJARES, J. C., «Early drug use and quits and discharges among adolescent males», *The Journal of Socio-Economics,* 26(4), 1997, págs. 439 a 458.

MOLONEY, M., MACKENZIE, K., HUNT, G. y JOE-LAIDER, K., «The Path and Promise of Fatherhood for Gang Members», *The British Journal of Criminology,* 49(3), 2009, págs. 305 a 325.

MONDAK, J., «Institutional legitimacy and procedural justice: Reexamining the question of causality», *Law & Society Review,* 27(3), 1993, págs- 599 a 608.

MULVEY, E. P., STEINBERG, L., FAGAN, J., CAUFFMAN, E., PIQUERO, A. R. y CHASSIN, L., «Theory and research on desistance from antisocial activity among serious adolescent offenders», *Youth Violence and Juvenile Justice,* 2(3), 2004, págs. 1 a 24.

OPSAL, T. D., «Women disrupting a marginalized identity: Subverting the parolee identity through narrative», *Journal of Contemporary Ethnography,* 40(2), 2011, págs. 135 a 167.

PATERNOSTER, R. y BUSHWAY, S. D., «Desistance and the «Feared Self»: Toward an Identity Theory of Criminal Desistance», *Journal of Criminal Law and Criminology,* 99(4), 2009, págs. 1109 a 1156.

REX, S., «Desistance from offending: Experiences of probation», *Howard Journal,* 38, 1999, págs. 366 a 383.

RONNER, A. D., «The learned-helpless lawyer: Clinical legal education and therapeutic jurisprudence as antidotes to Bartleby Syndrome», *Touro Law Review,* 24, 2008, págs. 601 a 696.

SAMPSON, R. J. y LAUB, J. H., «Life-course desisters? Trajectories of crime among delinquent boys followed to age 70», *Criminology,* 41(3), 2003, págs. 555 a 592.

SAMPSON, R. y LAUB, J., *Crime in the Making: Pathways and Turning Points through Life,* Cambridge, MA: Harvard University Press, 1993.

SCHNEIDER, A. L., «Restitution and Recidivism Rates of Juvenile Offenders: Results from Four Experimental Studies», *Criminology,* 24, 1986, págs. 533 a 552.

SCHROEDER, R. D. y FRANA, J. F., «Spirituality and religion, emotional coping, and criminal desistance: a qualitative study of men undergoing change», *Sociological Spectrum,* 29(6), 2009, págs. 718 a 741.

SCHROEDER, R. D., GIORDANO, P. C. y CERNKOVICH, S. A., «Drug use and desistance processes», *Criminology: An Interdisciplinary Journal,* 45(1), 2007, págs. 191 a 222.

SENJO, S. y LEIP, L. A., «Testing Therapeutic Jurisprudence Theory: An Empirical Assessment of the Drug Court Process», *Western Criminology Review, 3*(1), 2001.

SHAPLAND, J. y BOTTOMS, A., «Reflections on social values, offending and desistance among young adult recidivists», *Punishment and Society*, 13(3), 2011, págs. 256 a 282.

SHOVER, N., Great pretenders: Pursuits and careers of persistent thieves, Boulder, CO: Westview Press, 1996.

SOOTHILL, K., FITZPATRICK, C. y FRANCIS, B., *Understanding criminal careers*, Collompton: Willan Publishing, 2009.

STAFF, J., SCHULENBERG, J., MASLOWSKY, J., BACHMAN, J., O'MALLEY, P. y MAGGS, J., «Substance Use Changes and Social Role Transitions: Proximal Developmental Effects on Ongoing Trajectories from Late Adolescence through Early Adulthood», *Development and Psychopathology*, 22, 2010, págs. 917 a 932.

THEOBALD, D. y FARRINGTON, D. P., «Effects of Getting Married on Offending: Results from a Prospective Longitudinal Survey of Males», *European Journal of Criminology*, 6(6), 2009, págs. 496 a 516.

TRIPODI, S. J., KIM, J. S. y BENDER, K., «Is employment associated with reduced recidivism?: the complex relationship between employment and crime», *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 54(5), 2010, págs. 706 a 720.

TURNER, F. y CARBALLO, M., «Cycles of legitimacy and delegitimation across regimes in Argentina, 1900-2008», *International Social Science Journal*, 60(196), 2010, págs. 273 a 283.

TYLER, T., *Why people obey the law?*, Estados Unidos: Yale University Press, 1990.

TYLER, T. R., «Policing in Black and White: Ethnic Group Differences in Trust – and Confidence in the Police», *Police Quarterly*, 8(3), 2005, págs. 322 a 342.

TYLER, T. R., *Why people obey the law*, New Haven, CT: Yale University Press, 2006.

TYLER, T. R., ««Legitimacy in corrections»: Policy implications», *Criminology & Public Policy*, 9, 2010, págs. 127 a 134.

TYLER, T. R. y HUO, Y. J., Trust in the Law: Encouraging Public Cooperation with Police and Courts, Nueva York: Russell Sage Foundation, 2002.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE., *Examining minority trust and confidence in the police*, Washington: National Institute of Justice, Office of Justice Programs, U.S. Department of Justice, 2001.

UGGEN, C., «Ex-offenders and the conformist alternative: A job quality model of work and crime», *Social Problems,* 1, 1999, págs. 127 a 151.

UGGEN, C. y BLAHNIK, L., «The increasing stickiness of public labels», En J. Shapland, S. Farrall, y A. Bottoms, *Global Perspectives on Desistance: Reviewing What We Know and Looking to the Future,* Taylor and Francis Inc, 2016, págs. 222 a 243.

VAUGHAN, B., «Editor's Note», *Community College Review,* 34(3), 2007, pág. 165.

VILLAGRA, C. y DROPPELMANN, C., «The Law, Practice and Experiencie of «conditional freedom» in Chile: no man´s land», En R. Armstrong, y I. Durnescu, *Parole and Beyond,* Palgrave Macmillan, 2017, págs. 191 a 218).

VISHER, C., WINTERFIELD, L. y COGGESHALL, M., «Ex-Offender Employment Programs and Recidivism: A Meta-Analysis», *Journal of Experimental Criminology,* 1, 2005, págs. 295 a 315.

WARD, T. y LANGLANDS, R., «Repairing the rupture: Restorative justice and the rehabilitation of offender», *Aggression and Violent Behavior,* 14, 2009, págs. 205 a 214.

WEXLER, D. B., «Robes and rehabilitation: How judges can help offenders "make Good"», *Court Review,* 38, 2001, págs. 17 a 23.

WEXLER, D. B., «New Wine in New Bottles: The Need to Sketch a Therapeutic Jurisprudence «Code» of Proposed Criminal Processes and Practices», *Arizona Summit Law Review,* 463, 2014, págs. 12 a 16.

WEXLER, D. B., «Guiding Court Conversation Along Pathways Conducive to Rehabilitation: Integrating Procedural Justice and Therapeutic Jurisprudence», *Arizona Legal Studies,* 15-33, 2016, págs. 367 a 372.

WEXLER, D. B., «A Pro forma Expungement Proceeding: A Lost Therapeutic Opportunity?», *Arizona Legal Studies Discussion Paper,* 2017, págs. 17 a 22.

WEXLER, D. B. y PÉREZ, M., «La importancia del «viñedo» de la Justicia Terapéutica va más allá de la Justicia Procedimental», *Arizona Legal Studies,* 16-15, 2016, págs. 1 a 7.

WINICK, B. J. y WEXLER, D. B., «Drug Treatment Court: Therapeutic Jurisprudence Applied», *Touro Law Review,* 18(3), 2015, págs. 479 a 486.

WRIGHT, J. y CULLEN, F., «Employment, peers, and life-course transitions», *Justice Quarterly,* 21(1), 2004, págs. 183 a 205.

Capítulo VI Reconocimiento mutuo de resoluciones sobre medidas alternativas a la prisión provisional en la Unión Europea

Pablo GRANDE SEARA

Universidad de Vigo

1. Introducción

Tradicionalmente, en el proceso de construcción del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, la actividad normativa de la Unión Europea, en particular en el ámbito de la cooperación judicial y policial en materia penal, ha priorizado considerablemente la seguridad en detrimento de la libertad y la justicia. Buena muestra de ello es que entre las iniciativas legislativas desarrolladas en este ámbito destacan las de marcado carácter preventivo o represivo tendentes a reforzar dicha seguridad. Cabe citar, a modo de ejemplo, la Decisión Marco 2002/584/JAI, de 13 de junio, relativa a la orden europea de detención y entrega; la Decisión Marco 2003/577/JAI, de 22 de julio, relativa a las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas; la Decisión Marco 2006/783/JAI, de 6 de octubre, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso; la Decisión Marco 2005/214/JAI, de 24 de febrero, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias; o la Decisión Marco 2008/978/JAI, de 18 de diciembre, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas. Ello se puede explicar en buena medida por la desconfianza mutua existente entre los distintos Estados miembros, motivada a su vez por la ausencia de una mínima armonización de los ordenamientos jurídicos procesales internos[1].

Sin embargo, en la última década, esta situación ha ido cambiando, a partir del Programa de Estocolmo[2], que establece las prioridades de la Unión Europea respecto al espacio de libertad, seguridad y justicia durante el período 2010-2014. Partiendo de los logros de sus predecesores, los programas de Tampere y La Haya, pretende hacer frente a los desafíos del futuro y reforzar aún más este espacio

[1] *Vid.*, Etxeberria Guridi, José Francisco, «Medidas de vigilancia alternativas a la prisión provisional en el espacio judicial europeo», *El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango* (Coords., Calderón Cuadrado, P., Gómez Colomer, J.L, y Barona Vilar, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 1.

[2] *Vid. Programa de Estocolmo – Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano,* DOUE 2010/C 115/01.

europeo, con medidas centradas en los intereses y las necesidades de los ciudadanos. Por ello, establece como una de sus prioridades políticas *«promover los derechos de los ciudadanos: una Europa de los derechos»*; dedicando particular atención a la protección de los derechos de las personas sospechosas y acusadas en los procesos penales.

En el contexto de este plan de acción diseñado por el Programa de Estocolmo, se enmarcan, además de las seis Directivas tendentes a armonizar el catálogo de derechos y garantías procesales básicos de cualquier ciudadano comunitario sospechoso o acusado en un proceso penal[3], la Decisión Marco 2009/829/JAI, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional, también conocida como orden europea de supervisión o de vigilancia[4].

Esta Decisión Marco, junto con la Decisión Marco 2008/909/JAI, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad, y la Decisión Marco 2008/947/JAI, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada, integran un paquete legislativo coherente y complementario que trata de dar respuesta satisfactoria a la problemática derivada de la retención que pueden sufrir ciudadanos de la UE en otros Estados miembros distintos del de su residencia con motivo de la pendencia de un proceso penal abierto contra ellos o con motivo del cumplimiento de una condena a una pena privativa de libertad o de otras sanciones alternativas a la prisión.

Como señala Neira Pena, «la idea fuerza que late detrás de los referidos instrumentos es la de la "rehabilitación social", estando todos ellos orientados, de forma más o menos directa, a mitigar los efectos negativos que el proceso penal y, concretamente, las medidas o penas de privación de libertad pueden suponer para los individuos afectados, en lo que se refiere a la ruptura de los lazos sociales, familiares, económicos, profesionales o culturales. Esa ruptura, y consiguiente proceso de "desocialización", se ve normalmente agravado cuando el encausado

[3] Para un análisis del contenido de estas Directivas, vid., Arangüena Fanego, Coral, «Las Directivas europeas de armonización de garantías procesales de investigados y acusados. Su implementación en el derecho español», *Revista de Estudios Europeos*, núm. extraordinario monográfico 1-2019, págs. 5 a 40.

[4] *Vid*., Neira Pena, Ana María, «¿Por qué no funciona la Orden Europea de Vigilancia? El fracaso de la libertad frente a la seguridad en el Espacio Europeo», *Almacén de Derecho*, 16 marzo 2020.

o condenado tiene que permanecer en un territorio distinto al de su residencia habitual mientras se encuentra a la espera de juicio o mientras cumple su condena. Además, precisamente, la nacionalidad extranjera o el hecho de ser residente en un Estado distinto del de enjuiciamiento son factores que conducen, normalmente, a adoptar medidas más restrictivas de la libertad: más prisión provisional para los investigados frente a medidas alternativas y más cumplimiento efectivo de pena para los condenados frente a decisiones de libertad condicional. A mayor abundamiento, al mayor uso que se hace de la prisión, ya como medida cautelar, ya como sanción, en el caso de los no residentes, habría que añadir el mayor sufrimiento que estos padecen al entrar en la prisión de un Estado en el que carecen de vínculos sociales, familiares, culturales o lingüísticos, lo que indudablemente incide negativamente en el desarraigo y desocialización que el encierro provoca a cualquiera que lo sufra»[5].

Más concretamente, centrándonos en el reconocimiento mutuo de las resoluciones sobre medidas alternativas a la prisión provisional (Decisión Marco 2009/829/JAI), que es objeto de estudio en este trabajo, el problema al que se trata de dar respuesta está vinculado con la libre movilidad de los ciudadanos europeos por toda la geografía de la UE y el disfrute por estos ciudadanos de los mismos derechos en el territorio de los Estados miembros de la UE distintos al de su residencia habitual. Cuando estos ciudadanos aparecen como investigados en un proceso penal abierto en un Estado miembro distinto al de su residencia, la condición de no residente se convierte en un factor de riesgo de fuga o de sustracción a la acción de justicia, y la falta de arraigo provoca que con mayor frecuencia se adopte respecto de ellos la prisión provisional mientras están a la espera de juicio, cuando en circunstancias similares un ciudadano residente en el mismo Estado miembro no sería objeto de una medida tan restrictiva. Como se puede apreciar, en la situación descrita se ven afectados, entre otros, derechos de tanta relevancia como el derecho a la libertad (art. 5 CEDH), el derecho a la presunción de inocencia (art. 6.2 CEDH), el derecho a la libre circulación y, el derecho a no sufrir un trato discriminatorio por razón de la nacionalidad en la UE (art. 18 TFUE).

Este uso discriminatorio y pernicioso de la prisión provisional que puede comportar para el investigado su condición de no residente en el Estado miembro en el que se sigue el proceso se trata de conjurar con la referida Decisión Marco 2009/829/JAI, al permitir que tal investigado, en lugar de esperar el juicio sometido a prisión provisional en el Estado en que se siguen las actuaciones

[5] *Vid.*, Neira Pena, Ana María, «¿Por qué no funciona la Orden Europea de Vigilancia?...», *op. cit.*

procesales, con el desarraigo que ello conlleva, pueda hacerlo en su Estado de residencia sujeto a medidas de vigilancia alternativas a la prisión, que serán supervisadas por las autoridades de este Estado, lo que, sin duda, es muestra de una concepción más terapéutica de la justicia penal.

En este sentido, en el Considerando 4 de la Decisión Marco ya se declara que «las medidas previstas en la presente Decisión marco tenderán a fortalecer el derecho a la libertad y la presunción de inocencia en la Unión Europea y a garantizar la cooperación entre los Estados miembros cuando se someta a una persona a obligaciones o vigilancia estando la causa pendiente. Por consiguiente, la presente Decisión Marco tiene como objetivo la promoción, cuando proceda, del recurso a medidas no privativas de la libertad como sustitución de la prisión provisional, incluso cuando, con arreglo al Derecho del Estado miembro de que se trate, no se pueda imponer *ab initio* dicho tipo de prisión». Y ello sin desvirtuar la debida acción de la justicia, puesto que, si el investigado sometido a tales medidas de vigilancia no regresa de forma voluntaria al Estado en el que se sigue el proceso penal para ser enjuiciado, podrá ser entregado a dicho Estado en virtud de una orden europea de detención y entrega.

Pues bien, en los siguientes apartados analizaremos cómo se ha transpuesto al ordenamiento jurídico español esta normativa sobre reconocimiento mutuo de resoluciones sobre medidas alternativas a la prisión provisional (o, dicho de otro modo, de medidas de vigilancia o supervisión de la libertad provisional); y ello tanto cuando el Estado español sea Estado de emisión, como cuando deba actuar como Estado de ejecución de tales resoluciones.

2. Reconocimiento mutuo de resoluciones sobre medidas alternativas a la prisión provisional

2.1. Consideraciones previas

En España, la transposición de esta Decisión Marco 2009/829/JAI se ha llevado a cabo a través de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (LRMRP), que dedica su Título V (arts. 109 a 129) a las *«Resoluciones sobre medidas alternativas a la prisión provisional»*.

Tales resoluciones se definen en el art. 109.1 LRMRP como «aquellas adoptadas en un proceso penal por la autoridad competente de un Estado miembro por las que se impone a una persona física una o más medidas de vigilancia en sustitución de la prisión provisional». Y añade que, con la transmisión de estas resoluciones, se debe garantizar la debida acción de la justicia y, especialmente, la comparecencia en juicio del investigado; además, debe mejorar la protección de las víctimas, la seguridad ciudadana y promover la adopción de resoluciones de

libertad provisional en relación con investigados que no sean residentes del Estado miembro donde se sigue el proceso en su contra (art. 109.2 LRMRP).

El contenido y la forma de esta resolución se ajustará a lo previsto por el ordenamiento jurídico interno del Estado que la emite (será un auto en el caso español). Pero para facilitar la transmisión y comprensión de la misma por las autoridades del Estado en que debe ejecutarse se contempla el empleo por todos los Estados de un formulario estándar (certificado) que se recoge en el Anexo I de la Decisión Marco 2009/829/JAI, y también se incorpora en el Anexo VI de la LRMRP.

De acuerdo con el apdo. IX del Preámbulo de esta Ley, este instrumento de reconocimiento mutuo permite que un Estado distinto al que impuso la medida cautelar no privativa de libertad pueda supervisar su cumplimiento, de tal forma que *«se consigue una mejor ordenación de la actuación de los Estados en este ámbito penal y se evita que un residente en un Estado miembro se vea sacado de su entorno como consecuencia de la comisión de una infracción penal durante el tiempo que transcurra hasta la celebración del juicio. Con ello también se logra una mayor seguridad pública al permitir que la persona sometida a actuaciones penales en un Estado miembro distinto al de su residencia sea vigilada por las autoridades de este último en espera de la celebración del juicio, evitando acudir a institutos más represivos como la prisión provisional o más inseguros como la libertad provisional no vigilada»*.

Las medidas de vigilancia que se pueden transmitir y ejecutar en otro Estado miembro de la UE como alternativa a la prisión provisional se contemplan en el art. 110 LRMRP, en el que, ateniéndose a lo dispuesto en el art. 8 de la Decisión Marco 2009/829/JAI, se distinguen, por un lado, una serie de medidas de vigilancia cuya supervisión todo Estado miembro está obligado a asumir[6]; y, por otro, una relación de medidas cuya supervisión es facultativa para los Estados miembros, por lo que sólo se podrán transmitir a aquellos Estados que hayan notificado a la Secretaría General del Consejo de la UE su disposición a asumir tal supervisión.

Las primeras son las previstas en las letras a) a f) del art. 110.1 LRMRP, a saber: a) la obligación de la persona de comunicar a la autoridad competente del Estado de ejecución cualquier cambio de domicilio, en particular a efectos de recibir citaciones para comparecer en diligencias de prueba o vistas de las actuaciones penales; b) la prohibición de entrar en determinadas localidades, lugares o zonas definidas del Estado de emisión o del Estado de ejecución; c) la obligación de

[6] Como señala Etxeberria Guridi («Medidas de vigilancia alternativas a la prisión provisional…», *op. cit.*, pág. 4), esto supone, como exigencia del principio de legalidad, que este catálogo de medidas debe ser transpuesto por todos los Estados a su ordenamiento interno.

permanecer en un lugar determinado durante el período de tiempo señalado; d) la obligación de respetar las limitaciones impuestas para salir del territorio del Estado de ejecución; e) la obligación de presentarse en determinadas fechas ante una autoridad específica; y f) la prohibición de aproximarse a determinadas personas relacionadas con los delitos presuntamente cometidos.

A su vez, las medidas cuya supervisión es facultativa para los Estados miembros son las previstas en las letras g) a k) del mismo art. 110.1 LRMRP: g) la inhabilitación para ejercer determinadas profesiones o actividades ligadas con el delito presuntamente cometido; h) la obligación de no conducir vehículos de motor; i) la obligación de depositar una fianza o prestar otra garantía, ya sea en determinados plazos o en un pago único; j) la obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación o deshabituación de adicciones; y k) la prohibición de tenencia y porte de armas o de otros objetos específicos relacionados con el delito enjuiciado. Además, esta relación de medidas no agota las que pueden ser objeto de supervisión voluntaria, sino que tiene carácter meramente ejemplificativo (art. 110.3 LRMRP).

El Estado miembro que puede emitir y transmitir una resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional (Estado de emisión) será aquél en el que se sigan las actuaciones penales por el hecho delictivo que motiva la medida, sin que tenga que ser necesariamente el Estado en el que se ha cometido tal hecho delictivo, aunque será lo habitual. Y, en concreto, tratándose de España, las autoridades competentes para emitir tal resolución serán los Juzgados o Tribunales que hayan dictado la resolución de libertad provisional del investigado en el proceso penal en cuestión (art. 111.1 LRMRP).

A su vez, el Estado que debe supervisar la ejecución de las medidas de vigilancia (Estado de ejecución) será, *a priori*, el Estado miembro en el que el interesado tenga su residencia legal y habitual, siempre que este, tras haber sido informado de las medidas de que se trata, consienta en regresar a dicho Estado. No obstante, a solicitud del interesado, se podrá transmitir la resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional a un Estado miembro distinto al de su residencia legal y habitual, siempre que las autoridades competentes de este último consientan la transmisión (art. 112.1 LRMRP). Es decir, si bien lo más frecuente es que el destinatario de la medida desee esperar en su lugar de residencia habitual a la celebración del juicio, es posible que dicho lugar no coincida con aquél en el que tenga mayor arraigo por haber consolidado sus relaciones familiares y sociales; por ello, se prevé la posibilidad de que sea trasladado a un Estado distinto al de su residencia habitual para cumplir la medida. Pero ello solo será factible si el interesado así lo solicita y la autoridad competente de este Estado lo consiente;

y será el Derecho interno de cada Estado el que fije las condiciones en las que sus autoridades competentes pueden consentir la transmisión de la resolución. En el caso de que España sea el Estado de ejecución, las autoridades competentes para reconocer y ejecutar una resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional serán los Jueces de Instrucción o, en su caso, los Jueces de Violencia sobre la Mujer, del lugar donde el investigado tenga establecida su residencia (art. 111.2 LRMRP)[7].

Por último, cabe destacar que, el reconocimiento y ejecución en otro Estado miembro de estas resoluciones sobre medidas alternativas a la prisión provisional no estará sujeto al control de la doble tipificación cuando obedezcan a alguno de los hechos delictivos relacionados en el art. 14.1 de la Decisión Marco 2009/829/JAI (y recogidos en el art. 20.1 LRMRP), siempre que estén castigados en el Estado de emisión con penas o medidas privativas de libertad cuya duración máxima sea de al menos tres años. En cambio, si se trata de otro tipo de infracciones penales o de menor gravedad punitiva, las autoridades del Estado de ejecución podrán supeditar el reconocimiento de la resolución a la doble tipificación, es decir, a que tal resolución venga motivada por hechos que también sean constitutivos de delito según su Derecho interno, sean cuales fueren sus elementos constitutivos o su calificación.

Como apunta con acierto Etxeberria Guridi, esta operatividad del principio de la doble tipificación en relación con el reconocimiento mutuo de resoluciones sobre medidas alternativas a la prisión provisional puede determinar que la decisión del Estado de ejecución perjudique la posición de sus propios ciudadanos. Es decir, si las autoridades del Estado de ejecución no reconocen una resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional transmitida por otro Estado miembro porque en su Derecho interno los hechos que la motivaron no son delictivos (doble tipificación) o porque la pena prevista para ellos es inferior al mínimo antes señalado, estará dificultando que el ciudadano que tenga su residencia habitual y legal en él pueda quedar en libertad sujeto a medidas de vigilancia y, en su lugar,

[7] Como apunta Recio Juárez («Nuevos instrumentos para el cumplimiento transnacional de las medidas cautelares alternativas a la prisión provisional en la Unión Europea», *Revista Direito e Innovaçao*, vol. 2, num. 2, julio 2014, pág. 209), la LRMRP no ha previsto ninguna regla para determinar la competencia en caso de que el imputado carezca de residencia habitual en España, pero solicite que la medida cautelar se ejecute en nuestro país; por lo que hemos de entender que será competente el Juez de Instrucción o de Violencia sobre la Mujer, según el caso, del lugar al que tenga previsto trasladar su residencia, que deberá previamente aceptar la supervisión de la medida.

deba permanecer en el territorio del Estado de emisión sujeto, posiblemente, a prisión provisional[8].

2.2. Transmisión por las autoridades españolas de una resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional

El régimen jurídico de la emisión y transmisión por las autoridades competentes españolas de una resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional se contiene en los arts. 112 a 120 LRMRP.

La emisión de tal resolución puede acordarse de oficio o bien a solicitud del Ministerio Fiscal o del investigado, sin que estas solicitudes tengan carácter vinculante (art. 114.1 LRMRP).

Antes de emitir la resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional, el Juez o Tribunal deberá verificar si ese mismo investigado tiene otras causas penales pendientes en las que se hayan acordado otras resoluciones de este tipo. En tal caso, cada autoridad judicial que conozca de cada una de estas causas penales deberá seguir el procedimiento para la transmisión de la resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional. Y, si alguno de estos Jueces o Tribunales decide no emitir la resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional, manteniendo las medidas de vigilancia acordadas para que se ejecuten en España o bien la prisión provisional, lo deberá comunicar a la mayor brevedad posible al resto de autoridades judiciales que estén tramitando la emisión de tal resolución para que suspendan su tramitación o dejen sin efecto la resolución ya emitida (art. 114.2 LRMRP).

En cualquier caso, antes de transmitir la resolución, la autoridad competente española debe preguntar al investigado si desea regresar o permanecer en su Estado de residencia legal y habitual, concediéndole un plazo máximo de treinta días para dar una respuesta. Si el investigado manifiesta su deseo de cumplir la medida en otro Estado miembro distinto, la autoridad judicial deberá solicitar de la autoridad competente de tal Estado el consentimiento para la transmisión de la resolución (art. 114.3 LRMRP). Como se comprenderá, si lo que se pretende con este instrumento de reconocimiento mutuo es mejorar la situación procesal y personal del investigado mientras espera la celebración del juicio, sería un

[8] *Vid.*, Etxeberria Guridi, José Francisco, «Medidas de vigilancia alternativas a la prisión provisional…», *op. cit.*, pág. 8. En el mismo sentido, Arangüena Fanego, Coral, «De la orden europea de vigilancia al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales sobre medidas sustitutivas de la prisión provisional: primera aproximación a la Decisión Marco 2009/829/JAI del Consejo», *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal* (Dir., Arangüena Fanego, C.), Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 250.

contrasentido aplicarlo en contra de su voluntad[9]. Si el investigado tuviere causas pendientes en distintos órganos judiciales, y varios de ellos hubieren decretado su libertad provisional, su consentimiento prestado en una causa se entenderá extensivo a todas las demás. A efectos de la prestación de este consentimiento, el investigado deberá ser informado previamente de las medidas de vigilancia que se proponen y de las consecuencias de la transmisión de la resolución. A este respecto, apunta Recio Juárez, que la prestación del consentimiento implica que el investigado no se acoge al principio de especialidad, de modo que una vez trasladado al Estado de ejecución podrá ser perseguido en éste por hechos delictivos anteriores y distintos a los que motivaron la adopción de la resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional[10].

De igual modo, antes de transmitir la resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional, para comprobar la viabilidad de la misma, la autoridad judicial española competente mantendrá la necesaria comunicación con las autoridades competentes del Estado de ejecución al objeto de verificar la identidad y lugar de residencia del investigado, consultar sobre su peligrosidad e incumplimiento de alguna de las medidas de vigilancia impuestas en la resolución, y conocer la información sobre el mismo contenida en el registro de antecedentes penales (art. 113 LRMRP).

La resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional deberá concretar el plazo por el que deben supervisarse las medidas de vigilancia, cuya duración máxima no podrá superar el plazo de prescripción del delito que la ha motivado, conforme la legislación española. Si, al concluir el plazo de supervisión de las medidas de vigilancia, éstas siguen siendo necesarias, el Juez o Tribunal español de emisión, tras oír al Ministerio Fiscal, al investigado y a las demás partes personadas, resolverá mediante auto motivado si procede solicitar a la autoridad de ejecución que amplíe la supervisión de la libertad provisional en vista de las circunstancias específicas del caso, indicando el plazo máximo de ampliación que se considere necesario (art. 116 LRMRP).

---

[9] Como señala Recio Juárez («Nuevos instrumentos para el cumplimiento transnacional de las medidas cautelares…», *op. cit.*, págs. 206 y 207), aunque la LRMRP no lo mencione expresamente, también deberán ser oídas al respecto todas las partes personadas y, en particular, la víctima del hecho delictivo, que, conforme a lo dispuesto en los arts. 6.5 y 10 de la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, tiene el derecho a ser informada de la decisiones que supongan la puesta en libertad del investigado y en su caso ser oída.

[10] Recio Juárez, Matías, «Nuevos instrumentos para el cumplimiento transnacional de las medidas cautelares…», *op. cit.*, pág. 206.

Una vez transmitida la resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional, y mientras la autoridad competente del Estado de ejecución no haya notificado el reconocimiento de la misma, la autoridad judicial española de emisión seguirá siendo competente para supervisar las medidas de vigilancia impuestas. Pero, una vez recibida esa notificación de reconocimiento, la autoridad judicial española dejará de tener competencia para la supervisión de tales medidas de vigilancia, que será asumida por la autoridad competente del Estado de ejecución (art. 118 LRMRP). Además, en el caso de que las medidas de vigilancia adoptadas sean, por su naturaleza, incompatibles con el Derecho del Estado de ejecución, esta autoridad competente podrá adaptarlas a los tipos de medidas de vigilancia que se apliquen en su Derecho nacional para infracciones equivalentes; aunque, una vez adaptadas, deberán corresponderse tanto como sea posible con las dictadas en el Estado de emisión, y no deberán ser más severas que las que se adoptaron inicialmente (art. 13.1 Decisión Marco 2009/829/JAI).

No obstante, incluso después de haberse transmitido la resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional, mientras no haya comenzado su ejecución en el Estado de ejecución, será posible la retirada de la misma por el Juez o Tribunal emisor. Tal decisión se podrá adoptar a la vista de la información facilitada por la autoridad de ejecución sobre el plazo máximo previsto en su Derecho interno para la supervisión de las medidas de vigilancia, la necesidad de adaptar éstas a los tipos de medidas previstas en su Derecho nacional o sobre la imposibilidad de acudir al mecanismo de la orden europea de detención y entrega para entregar al investigado si incumpliera la medida de vigilancia impuesta (art. 117 LRMRP).

Asimismo, en todo momento, durante la ejecución de las medidas de vigilancia de la libertad provisional, el Juez o Tribunal emisor mantiene su competencia para adoptar decisiones ulteriores sobre tales medidas, ya sea de oficio o a la vista de la información proporcionada por la autoridad de ejecución que advierta de algún incumplimiento u otro dato relevante. Así, la autoridad judicial de emisión podrá acordar la renovación, revisión o revocación de la resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional, la modificación de las medidas de vigilancia acordadas, o la emisión de una orden europea de detención y entrega u otra resolución judicial ejecutiva que surta los mismos efectos (art. 120 LRMRP).

Finalmente, el art. 119 LRMRP contempla determinados casos en los que el Juez o Tribunal emisor español puede recuperar la competencia para supervisar las medidas de vigilancia de la libertad provisional. Ello sucederá cuando a) acuerde retirar el certificado de la resolución y así lo notifique a la autoridad competente del Estado de ejecución; b) el investigado traslade su residencia legal y habitual a un Estado distinto al de ejecución; c) modifique las medidas de vigilancia y la

autoridad competente del Estado de ejecución se niegue a supervisarlas; d) haya transcurrido el plazo máximo señalado por el Estado de ejecución para la supervisión de las medidas de vigilancia; y e) la autoridad competente del Estado de ejecución decida dejar de supervisar las medidas de vigilancia y así lo comunique al Juez o Tribunal emisor. En cualquier caso, las autoridades competentes de los Estados de emisión y de ejecución deberán estar en contacto permanente a fin de evitar cualquier posible interrupción en la supervisión de las medidas de vigilancia.

2.3. Ejecución en España de una resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional

Cuando una resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional dictada por las autoridades competentes de otro Estado miembro de la UE deba ser reconocida y ejecutada en España habrá que atenerse a lo dispuesto en los arts. 121 a 129 LRMRP.

2.3.1. Procedimiento para el reconocimiento y ejecución de una resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional

Las autoridades españolas competentes (Juez de Instrucción o de Violencia sobre la Mujer) únicamente podrán reconocer y ejecutar la resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional remitida a España cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias: a) que el investigado tenga su residencia legal y habitual en España, y consienta en regresar, después de haber sido informado de las medidas de que se trata; o, b) que las autoridades competentes españolas consientan la ejecución de la resolución en España cuando el imputado así lo hubiera solicitado en el Estado de emisión (art. 121.2 LRMRP).

Una vez recibido el certificado de la resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional trasmitido por la autoridad del Estado de emisión, la autoridad judicial española competente deberá decidir y comunicar a la mayor brevedad posible a esta autoridad si reconoce dicha resolución y asume la responsabilidad de la supervisión de las medidas de vigilancia impuestas. Tal decisión se deberá emitir en el plazo máximo de veinte días hábiles desde la recepción de la resolución, salvo que, excepcionalmente, el Juez de Instrucción o de Violencia sobre la Mujer competente informe a la autoridad del Estado de emisión de la imposibilidad de cumplir ese plazo máximo, así como de los motivos de la demora y del nuevo plazo que estime necesario (art. 122.1 LRMRP). Asimismo, cuando se interponga un recurso contra la resolución por la que se imponen las medidas de vigilancia, el plazo para el reconocimiento de la resolución se ampliará otros veinte días hábiles (art. 122.2 LRMRP).

Tras el reconocimiento de la resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional, las autoridades españolas competentes asumirán la supervisión de las medidas de vigilancia impuestas desde el momento en que el investigado se encuentre en territorio español. Y, si tales medidas de vigilancia son incompatibles con el ordenamiento jurídico español, el Juez de Instrucción o de Violencia sobre la Mujer las deberá adaptar, previa audiencia del Ministerio Fiscal, a las que resulten procedentes en virtud de lo dispuesto en las normas procesales penales españolas que sean aplicables para infracciones penales equivalentes, debiendo corresponderse en la medida de lo posible con las dictadas en el Estado de emisión; y sin que en ningún caso la medida de vigilancia adaptada pueda ser más severa que la inicialmente impuesta (art. 123 LRMRP).

Durante la supervisión de las medidas de vigilancia, el Juez de Instrucción o de Violencia sobre la Mujer deberá notificar a la autoridad competente del Estado de emisión (mediante el certificado que se recoge en el anexo VII de la LRMRP) cualquier incumplimiento por el investigado de alguna medida de vigilancia, así como de cualquier otra información relevante que pudiera dar lugar a la adopción de decisiones ulteriores. También le deberá informar sin dilación de cualquier cambio de residencia del investigado o de la imposibilidad de ejecutar las medidas de vigilancia por no encontrarlo en España. Asimismo, le informará del período máximo durante el cual podrán supervisarse las medidas de vigilancia de acuerdo con lo previsto en el ordenamiento jurídico español, y de cualquier decisión de adaptar las medidas de vigilancia impuestas a las previstas conforme al Derecho español (art. 127 LRMRP).

A su vez, durante la supervisión de las medidas de vigilancia, el Juez de Instrucción o de Violencia sobre la Mujer también podrá recabar de la autoridad competente del Estado de emisión información sobre la necesidad de su continuidad en atención a las circunstancias del caso. Cuando se le hayan transmitido varias notificaciones en relación con el mismo investigado que requieran la adopción de una decisión por su parte y la autoridad de emisión no la hubiese adoptado, la autoridad judicial española le requerirá para que adopte tal decisión en el plazo máximo de sesenta días; y, de no hacerlo, podrá decidir dejar de supervisar las medidas de vigilancia, devolviendo la competencia para ello (art. 129 LRMRP).

En caso de que la autoridad del Estado de emisión decida retirar el certificado de la resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional, el Juez de Instrucción o de Violencia sobre la Mujer pondrá fin a la supervisión de las medidas de vigilancia en cuanto reciba la correspondiente notificación (art. 127.2 LRMRP). Y, si lo que acuerda es modificar las medidas de vigilancia que están

siendo supervisadas en España, el Juez de Instrucción o de Violencia sobre la Mujer podrá adaptar las medidas modificadas cuando sean incompatibles con el ordenamiento jurídico español; o bien negarse a supervisar las nuevas medidas de vigilancia si éstas no se encuentran entre las medidas que España se ha comprometido a supervisar (art. 125 LRMRP).

A su vez, si lo que se solicita es la ampliación del plazo máximo de supervisión de las medidas de vigilancia inicialmente fijado, el Juez de Instrucción o de Violencia sobre la Mujer decidirá atendiendo a las circunstancias del caso y a lo dispuesto en el Derecho interno español, fijando, en su caso, el nuevo plazo máximo de supervisión (art. 126 LRMRP).

Finalmente, si la autoridad competente del Estado de emisión acuerda emitir una orden europea de detención y entrega en relación con el investigado que está sujeto a libertad provisional en España, el investigado deberá ser entregado de acuerdo con lo previsto en el Título II de la LRMRP, que regula este instrumento de reconocimiento mutuo. A tal efecto, el Juez de Instrucción o de Violencia sobre la Mujer deberá comunicar las medidas de vigilancia que estuviera supervisando al Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional, que, conforme al art. 35.2 LRMRP, es el competente para el reconocimiento y ejecución de la orden europea de detención y entrega (arts. 125.1 y 128 LRMRP).

2.3.2. Denegación del reconocimiento y ejecución de una resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional

Como dijimos, el principio de reconocimiento mutuo, que es la piedra angular de la cooperación judicial en materia penal en la UE, no implica reconocimiento automático de las resoluciones transmitidas por otros Estados miembros. Es decir, las resoluciones que dicta la autoridad competente del Estado de emisión no se reconocen y ejecutan sin ningún tipo de control por la autoridad del Estado de ejecución, sino que, debido, fundamentalmente, a la falta de armonización entre los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros, lo que a su vez genera desconfianza entre ellos, se contemplan determinados motivos tasados que, en caso de concurrir, facultan a la autoridad competente del Estado de ejecución para denegar el reconocimiento y ejecución de tal resolución; y, en este punto, el reconocimiento mutuo de resoluciones sobre medidas alternativas a la prisión provisional no es una excepción. Así, tanto la Decisión Marco 2009/829/JAI, en su art. 15, como la LRMRP, en su art. 124, establecen motivos tasados por los que se denegará el reconocimiento y ejecución de una resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional que sea transmitida a España.

Como señala Aguilera Morales, los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución de una resolución proveniente de otro Estado miembro constituyen algo así como el «sismógrafo» del principio de reconocimiento mutuo, pues cuanto más limitados son aquéllos, mayor es el deber de los Estados de contribuir a la cooperación reclamada y, por lo mismo, mayor es el grado de desarrollo del principio de reconocimiento mutuo[11].

Entrando ya en el análisis de los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución de la resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional recogidos en el LRMRP, lo primero que cabe destacar es su carácter imperativo. La redacción del art. 124.1 LRMRP no da lugar a dudas a este respecto, al disponer que *«el Juez de Instrucción o de Violencia sobre la Mujer denegará el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones que imponen medidas alternativas a la prisión provisional»* cuando concurra alguno de ellos. Ello obedece a que el legislador ha querido apurar en lo posible la eficacia del principio de reconocimiento mutuo y dotar de la mayor virtualidad a la libre circulación de las resoluciones sobre medidas de vigilancia de la libertad provisional, pero sin renunciar a los principios fundamentales del proceso penal español. De ahí que convierta en imperativa la denegación del reconocimiento y ejecución cuando concurren los motivos para ello, superando los términos potestativos en que se manifiesta el art. 15.1 de la Decisión Marco 2009/829/JAI en este punto.

Pues bien, en el ordenamiento jurídico español, los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución de las resoluciones sobre medidas alternativas a la prisión provisional contemplados en el art. 15.1 de la Decisión Marco 2009/829/JAI, se han transpuesto de modo disperso en dos preceptos de la LRMRP; y, a efectos de su exposición más sistemática, se pueden clasificar en dos grupos, a saber, motivos de denegación comunes para todos los instrumentos de reconocimiento mutuo (previstos en el art. 32 LRMRP) y motivos de denegación propios de la resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional (recogidos en el art. 124.1 LRMRP).

---

[11] Aguilera Morales, Marien, «El Exhorto Europeo de Investigación: a la búsqueda de la eficacia y la protección de los derechos fundamentales en las investigaciones penales transfronterizas», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2145, agosto 2012, pág. 19. En el mismo sentido, Jiménez-Villarejo Fernández («Orden Europea de Investigación: ¿Adiós a las comisiones rogatorias?», *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa* (Coord., Arangüena Fanego, C.), Comares, Granada, 2011, pág. 196) afirma que *«la existencia de causas de denegación supone, en sí misma, una derogación parcial del principio de reconocimiento mutuo, por lo que deben ser reducidas a las estrictamente necesarias»*.

2.4. Motivos de denegación comunes a todos los instrumentos de reconocimiento mutuo

Conforme al art. 124.1 LRMRP, el Juez de Instrucción o de Violencia sobre la Mujer denegará el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones que imponen medidas alternativas a la prisión provisional, *«en los supuestos de los apartados 1 y 2 del artículo 32»*, en el que se recogen los motivos generales para la denegación del reconocimiento y ejecución de las medidas solicitadas en cualquier instrumento de reconocimiento mutuo.

Concretamente, en el apdo. 1 del art. 32 LRMRP se contemplan los siguientes cuatro motivos de denegación:

El primero consiste en la vulneración del principio *non bis in ídem*. A tenor del art. 32.1.a) LRMRP, las autoridades españolas no reconocerán ni ejecutarán las órdenes o resoluciones transmitidas por las autoridades de otro Estado miembro *«cuando se haya dictado en España o en otro Estado distinto al de emisión una resolución firme, condenatoria o absolutoria, contra la misma persona y respecto de los mismos hechos, y su ejecución vulnerase el principio non bis in ídem en los términos previstos en las leyes y en los convenios y tratados internacionales en que España sea parte y aun cuando el condenado hubiera sido posteriormente indultado»*.

Con este motivo de denegación se pretende evitar que una persona pueda verse sometida a medidas de vigilancia de la libertad provisional en un Estado miembro por hechos respecto de los cuales pudo haber depurado ya su responsabilidad en otro Estado. No obstante, a la hora de apreciar este motivo de denegación, la autoridad española de ejecución no debe atender a una concepción «doméstica» del *non bis in ídem*, esto es, a su concepción según el Derecho interno, sino a la concepción que del mismo rige en el contexto europeo[12]; y, más concretamente, debe ser interpretado conforme a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 50) y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por ello, este motivo de denegación sólo puede operar cuando la resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional se emita en relación con una determinada persona en el marco de un proceso penal seguido por unos hechos por los cuales la misma ya ha sido condenada o absuelta, por sentencia

[12] Sobre el alcance del principio *non bis in ídem* en el Derecho procesal penal europeo, *vid*., entre otros, De La Oliva Santos, Andrés, «La regla *non bis in ídem* en el Derecho procesal penal de la Unión Europea: algunas cuestiones y respuestas», *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (Dir., De la Oliva Santos, A.), Colex, Madrid, 2008, págs. 167 a 185; Cedeño Hernán, Marina y Aguilera Morales, Marien, «El principio *non bis in ídem* a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», *La Justicia y la Carta de Derechos*…, *op. cit*., págs. 187 a 241.

firme, en España o en otro Estado miembro distinto del de emisión. Esto significa, a su vez, que queda fuera de este motivo de denegación la litispendencia internacional, es decir, la circunstancia de que sobre esos mismos hechos que motivaron tal resolución y contra la misma persona exista otro procedimiento penal en curso en España o en otro Estado miembro.

El segundo motivo de denegación se refiere a la prescripción del delito o de la pena conforme al Derecho español. De acuerdo con el art. 32.1.b) LRMRP, tampoco procederá el reconocimiento y ejecución de la resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional cuando ésta *«se refiera a hechos para cuyo enjuiciamiento sean competentes las autoridades españolas y, de haberse dictado la condena por un órgano jurisdiccional español, el delito o la sanción impuesta hubiese prescrito de conformidad con el Derecho español»*[13]. Con todo, tratándose de una resolución por la que se imponen medidas de vigilancia de la libertad provisional, si bien puede operar como motivo de denegación la prescripción conforme al Derecho español del delito objeto de investigación, difícilmente lo podrá hacer, por su propia configuración, el de prescripción de la pena, pues implicaría valorar la eventual prescripción de la pena impuesta por unos hechos que todavía están siendo objeto de investigación.

También será motivo para denegar el reconocimiento y ejecución de la resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional que el formulario o el certificado que ha de acompañar a la solicitud de adopción de tales medidas (previsto en el Anexo VI de la LRMRP) *«esté incompleto o sea manifiestamente incorrecto o no responda a la medida, o cuando falte el certificado»*, sin perjuicio de intentar previamente la subsanación conforme al art. 19 LRMRP. Por tanto, en el supuesto de que la emisión o transmisión de la resolución adolezca de tales deficiencias, la autoridad judicial española competente para decidir sobre el reconocimiento y ejecución de la misma lo deberá comunicar a la autoridad de emisión, fijando un plazo para que el formulario se presente de nuevo, se complete o se modifique (art. 19.1 LRMRP). Si la autoridad de emisión no procede a la subsanación requerida en los plazos fijados, procederá la denegación del reconocimiento y ejecución de la resolución.

[13] Obsérvese que, hasta la aprobación de la Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la LRMRP para regular la OEI, el art. 32.1.b) LRMRP, únicamente recogía como motivo de denegación del reconocimiento y ejecución de un instrumento de reconocimiento mutuo la prescripción de la pena. La inclusión de la prescripción del delito se contempla en el apdo. 11 del artículo único de la referida Ley.

Finalmente, el art. 32.1.d) LRMRP también contempla como motivo de denegación la existencia de *«una inmunidad que impida la ejecución de la resolución»*. No obstante, no existe una definición común de lo que constituye una inmunidad en el Derecho de la UE, por lo que corresponde al Derecho nacional establecer la definición exacta de este término; y, nuestro legislador tampoco se ha pronunciado al respecto en la LRMRP.

A su vez, al art. 31 LRMRP regula el levantamiento de tales inmunidades de jurisdicción o de ejecución, a fin de posibilitar la ejecución en España de los instrumentos de reconocimiento mutuo. Cuando la retirada de la inmunidad competa a una autoridad española, la propia autoridad de ejecución le solicitará sin demora el levantamiento de tal inmunidad; en cambio, si la retirada de la inmunidad compete a una autoridad de otro Estado miembro o a una organización internacional, corresponderá a la autoridad de emisión solicitar a ésta el levantamiento de dicha inmunidad, y a tal efecto la autoridad española de ejecución le comunicará dicha circunstancia (art. 31.1 LRMRP). No obstante, tanto en uno como en otro caso, mientras se resuelve sobre la solicitud de retirada de la inmunidad, la autoridad española de ejecución deberá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la efectiva ejecución de la resolución una vez levantada la inmunidad (art. 31.2 LRMRP).

Por su parte, el apdo. 2 del art. 32 LRMRP contempla otro motivo de denegación, éste de carácter «facultativo», referido al principio de doble tipificación o doble incriminación. Así, dispone que la autoridad judicial española *«podrá denegar»* el reconocimiento y la ejecución de una resolución cuando ésta se haya impuesto por una infracción distinta de las reguladas en el apdo. 1 del art. 20 LRMRP que no se encuentre tipificada en el Derecho español, o en el apdo. 2 del mismo artículo cuando tampoco esté tipificada en España y se trate de una resolución por la que se imponen sanciones pecuniarias. Es decir, la autoridad judicial española puede denegar la supervisión de las medidas de vigilancia de la libertad provisional cuando ésta se haya decretado por hechos que no constituyan alguna de las figuras delictivas relacionadas en el art. 20 LRMRP, y que no sean delictivos en España.

2.5. Motivos de denegación del reconocimiento y ejecución propios de la resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional

Junto a los motivos de denegación a los que nos acabamos de referir, el art. 124.1 LRMRP contempla como motivos de denegación del reconocimiento y ejecución específicos de la resolución sobre medidas alternativas a la libertad provisional los siguientes:

En primer lugar, que, en virtud de su edad, *«el investigado no pueda ser considerado penalmente responsable de los hechos en que se basa la resolución, de acuerdo con la legislación penal española»*. Es decir, se denegará el reconocimiento y ejecución de la resolución cuando el investigado al que se le aplica la medida cautelar tenga una edad inferior a 14 años, pues ésta es la edad en la que está fijada la minoría de edad penal en España (arts. 1 y 3 LORPM).

En segundo lugar, también es motivo de denegación *«cuando no se cumplan las condiciones para la transmisión de una resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional»*. Por tanto, dentro de este motivo de denegación tienen cabida, entre otros, el incumplimiento de alguno de los requisitos o condiciones previstas en los arts. 110 y 112 LRMRP, a saber: que en la resolución se imponga alguna medida de vigilancia distinta de las previstas en el art. 110 LRMRP; que el investigado, aun teniendo su residencia legal y habitual en España, no consienta en regresar a este país; o que el investigado no tenga su residencia legal y habitual en España y la autoridad competente española no consienta su traslado a nuestro territorio. No obstante, antes de denegar el reconocimiento y la ejecución de la resolución por este motivo, la autoridad judicial española solicitará a la autoridad del Estado de emisión que aclare la situación y, en su caso, subsane el defecto en que se hubiera incurrido (art. 124.2 LRMRP).

Por último, el art. 124.1.c) LRMRP dispone que también se denegará el reconocimiento y ejecución de la resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional cuando, en el supuesto de que el imputado incumpliera las medidas de vigilancia, el Juez de Instrucción o de Violencia sobre la Mujer se viera obligado a negarse a entregarlo de acuerdo con lo previsto en la LRMRP sobre la orden europea de detención y entrega. Dicho en otras palabras, se contempla como motivo de denegación el hecho de que, de conformidad con la legislación española, el investigado que incumpla las medidas de vigilancia decretadas no pueda ser entregado al Estado de emisión en virtud de una orden europea de detención y entrega. Es decir, que la concurrencia de alguno de los motivos por los que la autoridad competente española deberá denegar el reconocimiento y ejecución de una orden europea de detención y entrega (previstos en el art. 48.1 LRMRP), también será motivo para denegar el reconocimiento y ejecución de una resolución sobre medidas alternativas a la libertad provisional dictada respecto del mismo investigado y por los mismos hechos.

No obstante, conforme al art. 124.3 LRMRP, si el Juez de Instrucción o de Violencia sobre la Mujer considera de aplicación este último motivo de denegación, pero esté dispuesto a reconocer la resolución y a supervisar las medidas de vigilancia, informará de ello a la autoridad competente del Estado de

emisión, solicitándole que retire el certificado o que acepte dicho reconocimiento, con la advertencia de que el investigado podría no ser entregado en virtud de una orden europea de detención y entrega.

3. Aplicación del reconocimiento mutuo de resoluciones sobre medidas alternativas a la prisión provisional

A pesar de la relevancia de los objetivos perseguidos y de los valores ínsitos en el reconocimiento mutuo de resoluciones sobre medidas alternativas a la prisión provisional (a saber, la igualdad de trato de los no residentes a la hora de adoptar la libertad o prisión provisional, proteger derechos tales como la libertad, la presunción de inocencia o la libre circulación), lo cierto es que la aplicación que de este instrumento se ha hecho en España hasta el momento resulta un tanto desolador[14].

Los datos que proporciona la Estadística Judicial sobre la emisión y recepción en España de estas resoluciones durante los últimos cinco años son los siguientes[15]:

Estos datos resultan incluso más llamativos si los comparamos con los relativos a la aplicación que en estos mismos años se ha hecho de la orden europea de detención y entrega, que es un instrumento con una connotación más represiva:

	ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA	
	Emitidas (JI, JCI, JVM, JP, AP y AN)	Recibidas (JI, JCI y AN)
2015	506	1.031
2016	525	1.050
2017	551	1.038
2018	466	1.268

[14] Como destaca Soto, David («¿Cómo se está aplicando el régimen de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre libertad provisional en España?», *Almacén de Derecho*, 2 abril 2020), la situación no es muy diferente en otros Estados miembros de la UE. Un análisis comparativo recogido en el Informe del Secretariado de la Red Judicial Europea relativo al período 2017-2018 muestra que la escasa aplicación de este instrumento de reconocimiento mutuo es generalizada en todos los Estados miembros, siendo inexistente en varios de ellos, como Bélgica, Suecia o Austria, si bien existiendo una mayor sensibilidad hacia dicho instrumento en otros, como Alemania, Eslovaquia, Portugal o Hungría.

[15] Consejo General Del Poder Judicial, *Estadística Judicial.*

2019	449	1.176

Fuente: Consejo General del Poder Judicial

Como señala Neira Pena, los factores que podrían influir en esta situación son muy variados y no resultan fáciles de determinar. No obstante, la autora, tras un análisis detallado de la implementación y funcionamiento del reconocimiento mutuo de resoluciones sobre medidas alternativas a la prisión provisional, destaca como posibles los siguientes[16].

En primer lugar, podría tratarse de una consecuencia de la deriva de seguridad que ha impulsado en los últimos años la agenda europea en materia de reconocimiento mutuo o de un reflejo de la falta de compromiso con la protección de los derechos fundamentales por parte de los Estados miembros que, al menos a nivel supranacional, parecen concentrar sus esfuerzos en la prevención y represión de los delitos frente a la necesidad de garantizar los derechos de los investigados[17]. Resulta evidente que en la dialéctica libertad-seguridad el reconocimiento mutuo de resoluciones sobre medidas alternativas a la prisión provisional implica más libertad y menos seguridad, frente a lo que supone la orden europea de detención y entrega.

En segundo lugar, apunta la autora que también podría tratarse de un problema relativo a la falta de entendimiento en cuanto al funcionamiento del instrumento, agudizado por una insuficiente formación de las autoridades competentes, tanto en lo que se refiere a la dinámica del procedimiento y sus potencialidades, como en lo relativo a los sistemas de libertad provisional existentes en el resto de Estados miembros. Seguramente las diferentes culturas jurídicas y un nivel de confianza insuficiente entre los diversos Estados miembros podrían estar detrás de la infrautilización de este instrumento.

En este sentido, cabe destacar que la emisión de este instrumento de reconocimiento mutuo es discrecional para las autoridades judiciales competentes de los Estados miembros, que decidirán, atendiendo a las circunstancias del caso, si procede y resulta o no conveniente hacer uso de tal instrumento. Por ello, el empleo efectivo del mismo dependerá en buena medida de los incentivos que esta autoridad tenga para ello. Cuando la autoridad de emisión hace uso del

[16] Neira Pena, Ana María, «¿Por qué no funciona la Orden Europea de Violencia? op. cit.».

[16] En este mismo sentido se manifiesta de «Vigilancia...», *op. cit.*

[17] En este mismo sentido se manifiesta, Soto, David («¿Cómo se está aplicando el régimen de reconocimiento mutuo..?», *op. cit.*

reconocimiento mutuo de una resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional, lo que está haciendo es ceder el control efectivo del ejercicio del *ius puniendi* a una autoridad extranjera, pues aquel queda condicionado a que la autoridad de ejecución cumpla eficazmente su deber de supervisión de las medidas de vigilancia. Por ello, los únicos incentivos que tiene la autoridad de emisión para utilizar este instrumento son, básicamente, el respeto de los derechos fundamentales a la libertad y a la presunción de inocencia del investigado; los cuales, siendo motivos de indudable peso, podrían entrar en colisión con el deber del juez nacional de hacer cumplir la ley penal, si este considera que con la liberación provisional del sospechoso peligra su sujeción al proceso. De ahí que los Estados miembros sean reacios a ceder el control sobre el investigado estando pendiente su enjuiciamiento; y ello no deja de ser una muestra del insuficiente nivel de confianza que existe entre ellos.

Otro factor importante a destacar es que el reconocimiento mutuo de resoluciones sobre medidas alternativas a la prisión provisional requiere de una coordinación constante entre las autoridades competentes de los Estados miembros implicados para evitar interrupciones en la supervisión del investigado o encausado, lo que evidencia la considerable carga de trabajo que el correcto funcionamiento de este instrumento puede conllevar. La ejecución transnacional de las medidas de vigilancia necesita de comunicación permanente entre las autoridades de emisión y ejecución; primero, debido a la provisionalidad y variabilidad de las medidas; y, segundo, debido a que el Estado de ejecución, en principio, no tiene competencia para actuar ante determinadas eventualidades (por ejemplo, cambios de domicilio, incumplimientos, etc.), sino que se limitará a comunicarlas al Estado de emisión que es quien, en definitiva, conserva el poder decisorio en relación con la medida de vigilancia aplicada.

Además, estando en marcha el proceso penal, es muy posible que en el Estado de emisión deban practicarse diligencias, tales como interrogatorios o reconocimientos en rueda, que requieran la disponibilidad del sospechoso, lo que también dificulta que el investigado se pueda alejar del lugar de enjuiciamiento y, con ello, la emisión de este instrumento. De nuevo, el buen fin del proceso quedaría supeditado a la eficaz cooperación entre las autoridades competentes de los Estados miembros implicados, así como a la existencia de medios suficientes en ambos Estados para desarrollar de forma telemática las diligencias de investigación requeridas.

En definitiva, concluye Neira Pena, son muchos los motivos que podrían estar detrás de la escasa aplicación de este instrumento; y, de hecho, lo más probable es que la situación se explique por un cúmulo de factores que, en mayor o menor

medida, han determinado, al menos hasta el momento, el fracaso de este instrumento potencialmente tan valioso. En cualquier caso, lo que parece claro es que la confianza mutua es requisito *sine qua non* para que el principio de reconocimiento de resoluciones penales sea una realidad. Y mientras esa confianza no sea lo suficientemente robusta, ya por falta de armonización legislativa, ya por inexistencia de una cultura judicial compartida, ya por desconocimiento del resto de sistemas nacionales o por insuficiente formación en materia de cooperación judicial europea, el reconocimiento mutuo será un mero un principio programático y no una realidad práctica capaz de mejorar la vida de los ciudadanos de la Unión[18].

Pero, como señala Soto, tampoco es fácil determinar con certeza el nivel de aplicación de este instrumento de reconocimiento mutuo que cabría esperar en España. Para ello, habría que analizar los datos sobre la población penitenciaria preventiva española con residencia o nacionalidad de otro Estado miembro de la UE que desearía permanecer en dicho Estado durante la instrucción del proceso; y sería también necesario conocer qué porcentaje de dicha población podría disfrutar de medidas de libertad provisional si estuviese en el Estado donde tiene arraigo y no en España, lo que depende de la interpretación de la legislación sobre prisión provisional que realicen los jueces españoles y extranjeros. Y ninguno de estos datos se hallan recogidos por ninguna administración pública. Con todo, a la vista de los datos existentes sobre la población penitenciaria preventiva y la población penitenciaria con nacionalidad de otro Estado miembro, se puede afirmar con objetividad que sí cabría esperar una aplicación mucho más amplia de este instrumento de la que se ha venido haciendo hasta el momento[19].

4. Referencias

AGUILERA MORALES, Marien, «El Exhorto Europeo de Investigación: a la búsqueda de la eficacia y la protección de los derechos fundamentales en las investigaciones penales transfronterizas», Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 2145, agosto 2012, págs. 1 a 27.

ARANGÜENA FANEGO, Coral, «De la orden europea de vigilancia al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales sobre medidas sustitutivas de la prisión provisional: primera aproximación a la Decisión Marco 2009/829/JAI del Consejo», Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en

[18] Neira Pena, Ana María, «¿Por qué no funciona la Orden Europea de Vigilancia?..», *op. cit*.

[19] Soto, David «¿Cómo se está aplicando el régimen de reconocimiento mutuo..?», *op. cit*.

cooperación judicial penal (Dir., Arangüena Fanego, C.), Lex Nova, Valladolid, 2010, págs. 223 a 266.

ARANGÜENA FANEGO, Coral, «Las Directivas europeas de armonización de garantías procesales de investigados y acusados. Su implementación en el derecho español», Revista de Estudios Europeos, núm. extraordinario monográfico 1-2019, págs. 5 a 40 (http://www.ree-uva.es/).

CEDEÑO HERNÁN, Marina y AGUILERA MORALES, Marien, «El principio non bis in ídem a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Dir., De la Oliva Santos, A.), Colex, Madrid, 2008, págs. 187 a 241.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Estadística Judicial (http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Aspectos-internacionales/Cooperacion-con-organos-judiciales-extranjeros/Solicitudes-de-cooperacion-tramitadas-directamente-por-los-organos-judiciales/).

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, «La regla non bis in ídem en el Derecho procesal penal de la Unión Europea: algunas cuestiones y respuestas», La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Dir., De la Oliva Santos, A.), Colex, Madrid, 2008, págs. 167 a 185.

ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco, «Medidas de vigilancia alternativas a la prisión provisional en el espacio judicial europeo», El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango (Coords., Calderón Cuadrado, P., Gómez Colomer, J.L, y Barona Vilar, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs., 1 a 14. (https://www.tirantonline.com/tol/documento/show/3956427?index=0&librodoctrina=8480&searchtype=substring).

JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, Francisco, «Orden Europea de Investigación: ¿Adiós a las comisiones rogatorias?», Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa (Coord., Arangüena Fanego, C.), Comares, Granada, 2011, págs. 175 a 204.

NEIRA PENA, Ana María, «¿Por qué no funciona la Orden Europea de Vigilancia? El fracaso de la libertad frente a la seguridad en el Espacio Europeo», Almacén de Derecho, 16 marzo 2020 (https://almacendederecho.org/por-que-no-funciona-la-orden-europea-de-vigilancia-el-fracaso-de-la-libertad-frente-a-la-seguridad-en-el-espacio-europeo/).

RECIO JUÁREZ, Matías, «Nuevos instrumentos para el cumplimiento transnacional de las medidas cautelares alternativas a la prisión provisional en la

Unión Europea», Revista Direito e Innovaçao, vol. 2, núm. 2, julio 2014, págs. 198 a 213.

SOTO, David, «¿Cómo se está aplicando el régimen de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre libertad provisional en España?», Almacén de Derecho, 2 abril 2020 (https://almacendederecho.org/como-se-esta-aplicando-el-regimen-de-reconocimiento-mutuo-a-las-resoluciones-sobre-libertad-provisional-en-espana/#).

Capítulo VII Proceso penal: componentes terapéuticos vs. antiterapéuticos

María Silvia OYHAMBURU

Jueza de la Cámara Penal de La Plata, Provincia de Buenos Aires, Argentina

1. Introducción

La Justicia Terapéutica es una corriente de pensamiento filosófica y práctica que se centra en los paisajes legales amigables y en las aplicaciones de los actores legales como agentes de cambio (Wexler, 2018). Este enfoque legal se ocupa de la ley, de los procedimientos y de la actuación de los agentes a fin de cooperar para el mayor bienestar emocional y psicológico de los destinatarios del sistema legal, propuesta que repercute ineludiblemente en el conjunto de la ciudadanía (Fariña, 2019). La Justicia Terapéutica (en adelante TJ) aporta a la prevención social de la violencia e incide en las causas y los factores que la generan (Ríos y Herrera, 2018).

Asimismo, la TJ proporciona una nueva mirada sobre el ejercicio del control social formal, particularmente en el ámbito penal por cuanto contribuye a diferenciar, entre otros aspectos, la legislación, el poder punitivo y el saber del derecho penal. La TJ se asocia a la idea de que el discurso penal se construye en el deber ser, pero debe respetar y contener al ser (persona) para que resulte efectivo socialmente. Dentro del esquema citado entendemos que, por principio de racionalidad, a la agencia judicial le asiste la obligación de definir la contradicción entre el plano del deber ser y el plano del ser, a través y por intermedio de sus agentes habilitados (jueces), encargados de cumplir con una funcionalidad orientada a la finalidad reductora (Zaffaroni, 2009). En esa obligación, la TJ pone el acento en la capacidad de neutralizar las repercusiones negativas y potenciar mecanismos efectivos, en razón del respeto a la dignidad humana en la composición de esa intervención (Yamada, 2019), a pesar de que lo específico del campo jurídico es la ilusión de neutralidad, autonomía e imparcialidad (Bourdieu y Wacquant, 2008).

En el presente capítulo nos ocuparemos del papel que juegan los ejecutores del sistema penal judicial, analizando un tramo de la operatoria en el ámbito de la responsabilidad-respuesta o respuesta-responsabilidad de la agencia judicial dentro del aparato del poder punitivo (Zaffaroni, 2.011). Consideramos que el mensaje formal (la ley-los procedimientos) no puede desdoblarse de la actividad de contención (prácticas del operador legal) en el cometido que se le tiene asignado. Para ello es necesario que los agentes legales incorporen aquellas

competencias que resultan necesarias para el debido respeto de los derechos humanos y el reconocimiento de la dignidad humana, colaborando a reducir la violencia institucional y social (Wexler, 2013).

En otras palabras, la funcionalidad del sistema se materializa con la puesta en práctica de la ley que llevan a cabo los operadores de la agencia judicial (*papel del actor legal*), desempeño que se manifiesta en las consecuencias que produce respecto del sujeto destinatario del sistema judicial, las cuales deben examinarse también en base al objetivo formal preestablecido en la programación normativa.

Por ese carril, demostraremos la importancia del rol que cumplen los actores judiciales poniendo a prueba los dos aspectos antes señalados para así valuar el fenómeno en la vida cotidiana. Por un lado, a partir del análisis de ese encuentro o cruce de caminos donde convergen determinados agentes (*operador judicial*) encargados de llevar a cabo acciones sociales formales instituidas, pasar a visualizar las repercusiones (*efectos*) que provoca en el destinatario del sistema. Por el otro, cotejar los resultados que de la aplicación concreta de la ley se obtienen, en atención a los objetivos que la norma prevé alcanzar y que son fijados con antelación (*finalidad de la ley*) porque, precisamente, el derecho los ha establecido como valiosos, razón que fija el propósito de asegurar la tutela de los bienes jurídicos y la seguridad jurídica que al mismo tiempo corresponde garantizar.

2. El papel del operador judicial en el cumplimiento de la finalidad que legitima la actividad legalmente programada

El proceso penal conviene una actividad humana que se compone de una serie de acciones dinámicas llevadas a cabo por agentes habilitados para ella, con el propósito de lograr metas previamente pautadas por la norma (Maier, 2004: pág. 17). La TJ asume que la labor, en cabeza de la agencia judicial, demanda de un hacer efectivo por parte del operador judicial en torno a otro ser humano, individuos entre los cuales resultan y se entretejen diferentes relaciones interpersonales que involucran a todos los actores que participan de las funciones que se llevan a cabo dentro de ese espacio. Esta actividad humana se desarrolla dentro de un marco de actuación signado por la diferencia de posiciones entre las personas que interactúan (el actor legal y operador judicial frente a los destinatarios), quienes al mismo tiempo son atravesadas, inevitablemente, por obstáculos culturales y sociales (Gargarella, 2006: pág. 79).

La TJ reconoce que esa proximidad perceptiva que se genera —personal o impersonal— es modelada básicamente por el actor judicial con la puesta en práctica que efectúa de la actividad legal (la ley en acción). A la vez que concreta, nada menos, que la operatividad de los derechos y garantías que le asisten al sujeto

receptor, sea en la medida de asegurar o simplemente de proclamar los derechos que se ponen en juego.

En ese sentido, desde el punto de vista de poder acceder a la *praxis* del fenómeno, consideramos que los objetos de conocimiento son construidos, se constituyen incluso en la propia práctica y están siempre orientados hacia funciones prácticas (Bourdieu, 2013: p. 85). Para su comprensión, en este caso, a la construcción teórica para interpretar la realidad misma como ente, en donde anclamos la noción *papel del operador judicial* (Wexler, 2014), la sintetizaremos con el constructo *trato*, a fin de condensar las diferentes manifestaciones del fenómeno en una serie de etiquetas o propiedades, en tanto que el punto para medirlo se da en el plano de la realidad (Zaffaroni, 2011).

Al mismo tiempo, admitimos que la regulación adjetiva del sistema de justicia penal también se proyecta en pos de concretar el cumplimiento de la finalidad de la ley sustantiva, precisamente, porque ambas comparten objetivos que se erigen en fuente de su legitimación (Zaffaroni, 2002). En la consideración, a las derivaciones que se puedan identificar con esa actividad procedimental en relación a la formulación normativa (Wexler, 2014), es decir, al *cumplimiento de la finalidad*, le adjudicaremos la configuración *disposición al cambio*, para aludir al nivel de las fortalezas adquiridas o posibilidades de armar un proyecto de vida digno, por parte del sujeto intervenido judicialmente (Oyhamburu, Fariña, Vázquez Figueiredo y Arce, 2017).

En definitiva, se pasa de la ficción jurídica a la dimensión subjetiva concreta implicando activamente a la persona destinataria de la norma como sujeto protagonista (Oyhamburu, 2018), sin descuidar ciertos procesos de atribución causal, el autoconcepto o la motivación (Fariña, García y Vilariño, 2010). Es decir, fomentando el fin preventivo positivo y terapéutico de la Ley: 1) impartir justicia desde un enfoque más humanista; 2) incorporar las ciencias sociales y el conocimiento científico al proceso; 3) desarrollar la responsabilidad por el hecho objetivo cometido y la comprensión del daño que se puede ocasionar a otros; 4) lograr que no se repita en el delito; 5) promover la integración social y la convivencia ciudadana en armonía con los demás (Winick y Wexler, 2003). En la línea de pensamiento del pedagogo Antonio Gómez Da Costa (2005), semeja el proceso de las personas para ser ayudadas —pase para el cambio— itinerario que comprende diferentes fases: involucrarse, explorar, comprender, actuar o moverse del punto donde están hacia donde quieren llegar, eligiendo el mejor camino o plan de acción para conseguirlo.

3. Base empírica

3.1. Marco contextual y estrategias de acción

Hemos señalado inicialmente que la TJ es una corriente de pensamiento filosófica y práctica. Para confirmar algunos postulados teóricos de este nuevo paradigma legal en el plano práctico presentaremos dos trabajos de investigación realizados bajo el enfoque de la TJ, sintetizando en un tercero los resultados y conclusiones que comparten los dos primeros, hallazgos que seguramente despierten nuevas líneas de investigación.

Para poder acceder a los datos y a la información necesaria para la tarea investigativa, apelamos a la voz y a la participación —percepción— de los principales protagonistas de la actividad que estudiamos, es decir, a los propios sujetos sometidos a proceso judicial penal. En la idea de que la percepción es la capacidad para recibir a través de los sentidos, impresiones o sensaciones, es conocer y comprender, es la posibilidad de reformular la realidad en el sentido de la objetividad (Luhmann, 2009: 269). Y bajo la premisa de que la TJ promueve el beneficio de los destinatarios del sistema legal y judicial respecto de quienes el contacto con la justicia les acarrea, de una forma u otra, la afectación de un interés jurídicamente relevante, conmoviendo su bienestar individual, familiar y social.

En el próximo acápite mostraremos un estudio realizado en el año 2017, relativo a personas menores de edad, privadas de la libertad y ubicadas en centros especializados, focalizado en la percepción de adolescentes en conflicto con la ley penal (Oyhamburu, 2018). Este trabajo será contrastado luego con otro estudio similar llevado a cabo en el año 2019 respecto de adultos, personas mayores privadas de la libertad alojadas en establecimientos penitenciarios.

Las investigaciones se circunscriben a la región geográfica de la provincia de Buenos Aires, Argentina, en ambas se aplicó el mismo instrumento, de manera grupal y/o individual con apoyo de técnicos que entrenaron a los participantes. A todos los concurrentes se les explicó el objetivo del estudio, se les invitó a colaborar de manera voluntaria y se les informó que aceptar tomar parte o no hacerlo, no tendría ningún tipo de consecuencias para ellas/ellos, a la vez que se les garantizó que sus respuestas serían anónimas.

Para la primera investigación, se seleccionó al azar una muestra probabilística de 219 adolescentes de una población total de 500 personas menores de edad procesadas y privadas de la libertad (Cea D Ancona, 2014), lo que implica un error muestral máximo del 5% para un nivel de confianza del 95%, nivel que fue superado una vez finalizado el análisis de los datos.

En la segunda investigación, el patrón se circunscribió a 216 personas, por lo que la muestra no fue probabilística, aunque sí representativa, por lo cual los

resultados obtenidos pueden ser replicables a poblaciones similares (García Ferrando, 1985).

Ambos estudios comparten la formulación del problema, la definición de los objetos, las propiedades y las definiciones operacionales, aunque en el segundo las variables fueron transformadas en variables ordinales. Por ello, el apoyo metodológico para confrontarlas se basó en la aplicación de un mismo cuestionario con idénticas preguntas e igual estructura, lo que permitió realizar un procesamiento coherente con la definición conceptual de las variables, validando la comparación. Además, la definición operacional fue homologable en términos de los procedimientos estadísticos, lo que permitió hacer una descripción equiparada confiable que se ajusta a la posibilidad de realizar generalizaciones tanto estadísticas como no estadísticas, teniendo en cuenta cada tipo de muestra (Marradi, Archenti y Piovani, 2004).

3.2. La aplicación del procedimiento penal juvenil: algunos efectos que genera en el adolescente infractor

En este punto se extractan las principales conclusiones a las que se arribó en términos de ponderar el impacto terapéutico y anti-terapéutico de las prácticas y técnicas (roles) dentro de los paisajes legales (normas y procedimientos) respecto del adolescente bajo proceso penal (Wexler, 2008).

En primer lugar, se confirmó que, en el sistema de justicia penal juvenil, *el trato que recibe el adolescente bajo proceso penal por parte del operador judicial condiciona el cumplimiento de la finalidad*. Ello, en tanto que los tres coeficientes resultan valores altos y —considerando el tamaño de la muestra (219)— son todos significativos con más del 99.9% de confianza. A medida que mejora el trato y se pasa de valores muy bajos a valores intermedios (1 a 3), mejora notablemente el cumplimiento. Cuando el trato es bueno (4 puntos) y llega a ser muy bueno (5 puntos) la mejora del cumplimiento es menor. Del mismo modo, cuando el trato es intermedio también lo es el cumplimiento. En suma, podemos concluir que a medida que mejora el trato se incrementa el buen cumplimiento, el tamaño del efecto es moderado-grande, explicando el 21.16% de la varianza de modo que el trato recibido por los adolescentes explica el 21.16% del cumplimiento. Se confirma la hipótesis para los jóvenes que tenían causa anterior (M=106) y para los que no tenían causa anterior (M=113). Por lo tanto, esta variable es independiente, con los adolescentes que no tienen causa anterior el trato es mejor. Comprobamos que no existen diferencias significativas en el trato, atendiendo a las variables *edad* del adolescente y *nivel de escolaridad*, por consiguiente, estas características no influyen en la relación.

En segundo término, se evaluó la percepción del adolescente sobre *las garantías para hacer efectivo el ejercicio de sus derechos, el conocimiento de las funciones de los operadores judiciales* y *la representación de la justicia* y la percepción sobre *un procedimiento justo*. Se comprobó que cuanto más justo es el procedimiento que recibe (M=3.09) mejor es la satisfacción con la justicia (M=3.04). Existe, también, relación con las otras dos variables dependientes, pero en menor grado; específicamente, cuanto más justo es el procedimiento que recibe, mejor es la representación sobre las garantías (M=4.00) y el conocimiento de las funciones de los operadores judiciales (M=4.05). Sin embargo, la representación sobre la justicia no lo es tanto (DT 0.68). Se advierten diferencias significativas en el conocimiento de las funciones de los operadores judiciales de acuerdo a la edad (F=4.54, p<.001), no así en el resto de las variables socio-demográficas. Los datos informan que cuando más alta es la edad, mayor es el conocimiento. Para los que no tienen causa anterior el procedimiento es más justo (F=5.02, p<.001).

En la tercera proposición, se valoró que *el cambio que puede lograr la intervención judicial en el adolescente incide en la posibilidad del cumplimiento de la finalidad de la justicia penal juvenil*. Podemos decir que la relación indica que cuando se logra algún cambio o un gran cambio (M=3.64) es mayor la posibilidad del cumplimiento de la finalidad de la justicia juvenil (M=3.01), lo que indica que la posibilidad de cumplimiento aumenta la posibilidad de cambio, aunque poco. Las variables socio-demográficas intervinientes no inciden, en vez si no tiene causa anterior se logra mayor cambio en el adolescente (F=8.47, p<001). Se destaca la importante asociación entre la representación de la posibilidad y disposición al cambio según sus antecedentes, siendo claramente mejor entre los que no tienen causa anterior.

Se confirmó que *el trato que recibe el adolescente bajo proceso influye en el cambio que se busca lograr en él para que no se repita en el delito*. Se puede concluir que esta hipótesis queda confirmada para el total de la población. Los tres coeficientes resultan valores altos y son todos significativos con más del 99.9% de confianza. Podemos afirmar que a medida que mejora el trato (M=3.07) se optimiza el cambio (M=3.60) que se busca. Se observan diferencias significativas según la existencia de causa anterior (F=8.23, p<.001), cuando no se ha repetido en el delito se registra mejor trato.

Además, se comprobó que *el apoyo y la orientación de la red familiar e institucional inciden en el cambio del adolescente*. No obstante, los coeficientes resultan valores medios para la incidencia de la red institucional (M=2.84) y para la red familiar (M=2.70). Cuando se hace un análisis de correlaciones parciales, controlando en primer lugar la incidencia institucional y luego la familiar, no se obtiene mayores niveles de

asociación. Podemos sostener que, a medida que mejora la incidencia familiar y la institucional, se observa mayor cambio en el adolescente (M=3.60).

Se confirmó que *el nivel de presencia y comunicación* por parte de los operadores judiciales influye en la calidad del *trato que recibe el adolescente* para el total de la población. Los tres coeficientes resultan valores altos y —considerando el tamaño de la muestra (219)— son todos significativos con más del 95% de confianza. En otras palabras, la mayor *presencia y comunicación de los operadores judiciales* (M= 3.81) afecta fuertemente el *trato* (M= 3.09), dado que cuando esta presencia es baja la proporción de maltrato es muy elevada, superando el 50% y se reduce drásticamente con alguna presencia media. Por otra parte, el buen trato se incrementa (34,6%) a medida que existe mayor presencia y comunicación, lo que se observa a mayor edad del adolescente ($F=16.38$, $p<.001$) y cuando éstos no poseen causa anterior ($F=6.65$, $p<.001$).

Asimismo, se comprobó que *la repetición o no en el delito* influyen en los resultados anteriores, para el total de la población se puede concluir que queda confirmada. Los coeficientes resultan valores altos y la mayoría son significativos con más del 94% de confianza. La representación respecto del *procedimiento justo* en sí mismo se incrementa en los que no tienen causa anterior respecto de los que sí tienen o han tenido otro proceso abierto, media (46,9% a 40,6%)) y buena (37,2% a 32,1%), respectivamente. Entre los que no cuentan con otro proceso anterior se observa una mejor consideración del *trato* recibido (38,1% a 25,5%). Entre los que no tienen causa anterior disminuye la proporción de baja *participación* (de 42,5% a 30,1%) y se incrementa la proporción de los que tienen mayor participación (de 46,0% a 36,8%). El nivel medio y alto de *satisfacción con la justicia* se transfiere a quienes no poseen otra causa en relación a los adolescentes que sí la tienen, medio (44,2% a 34,0%) y alto (28,3% a 23,6). La *posibilidad y disposición al cambio* también se incrementa en el mismo sentido que lo anterior, representación buena (48,7% frente al 34,0%). En general se puede afirmar que los resultados obtenidos son mejores entre los que no tienen causa anterior; es decir, incide la condición de *primario en el delito*.

3.3. La aplicación del procedimiento penal en adultos: algunos efectos que ocasiona en el destinatario

En esta parte expondremos los principales hallazgos obtenidos a partir del estudio realizado sobre el papel que desarrollan los operadores legales en el proceso penal de adultos.

Analizando los resultados, se confirma la hipótesis de que *el trato que recibe la persona adulta bajo proceso penal por parte del operador judicial condiciona el cumplimiento de la*

finalidad en el sistema de justicia penal, evaluando que las variables dependientes muestran una relación débil con las variables socio-demográficas. No obstante, en cuanto a *la percepción sobre las garantías para hacer efectivo el ejercicio de sus derechos* según la *edad*, en el nivel alto se registró un porcentaje del 17,1% a favor de un conocimiento superior en los adultos de 51 años o más, mientras que el nivel medio encuentra significación en las bandas de 30 a 39 y 40 a 50 años de edad, es decir que los resultados muestran que, a mayor edad, mayor conocimiento de las garantías. Los resultados demostraron también que, a mayor edad, mayor es *el conocimiento de la función de los operadores*, de todas formas, el aumento es leve. Tal como indicaron los coeficientes de asociación, podemos concluir que los puntajes más altos de conocimiento crecen según la edad. La hipótesis rinconal se corrobora, pues vemos que, si bien la asociación es débil en términos ordinales, al observar la diferencia porcentual entre la categoría de los más jóvenes (18-29 años) y los mayores (51 años o más), la diferencia porcentual apuntada a los de mayor edad es un 26% más alta, marcador que indica que la diferencia es importante. En cuanto a *la representación positiva sobre la justicia* y *la aplicación de un procedimiento justo* en función de la variable *edad*, se observa una prevalencia de edad más baja (18 a 29 años) para el nivel medio, en relación a la mala representación o nivel bajo en las edades mayores (51 años o más), pese a que la diferencia resulta mínima.

Evaluando *el trato que reciben de los operadores judiciales*, la variable muestra una relación débil con la variable *edad* y con la variable *nivel educativo*. La asociación entre las demás variables dependientes y la variable independiente resulta explicativa. Se observa la relación más fuerte entre *la aplicación de un procedimiento justo*, el nivel de *representación positiva con la justicia* y *el trato que se recibe de los operadores*, siendo que cuanto mejor es la percepción sobre la justicia y el procedimiento más puntaje se le otorga al *trato*. Asimismo, cuanto mejor es el *trato* que se recibe, mejor es la *satisfacción con la justicia* y en menor grado, también mejoran el *conocimiento de la función de los operadores* y las representaciones sobre *las garantías para hacer efectivos los derechos*.

Para una mejor ilustración y completando los resultados expuestos, el patrón de hipótesis puede presentarse focalizado en dos segmentos los cuales se sintetizan en la *variable trato* y la *variable posibilidades para el cambio*, vinculando a su vez estas dos propiedades con la *variable reincidencia* (repetición o no en el delito) y con las variables intervinientes *red y apoyo familiar e institucional*. Se observa que en el puntaje otorgado incide la situación de carencia o presencia de antecedentes penales y /o procesos penales en trámite, encontrando una relación significativa (38,9%) a favor de mejor *trato* en los *no reincidentes* en el delito.

Por otra parte, en relación con la *disposición al cambio* muestra diferencias cuando se trata de niveles de cambio bajos o altos, la mayor posibilidad al cambio presenta significaciones respecto a la situación de carencia de antecedentes penales y/o procesos en trámite (69,7%), *no reincidentes*, frente a los procesados en otra causa y/o reincidentes (27,6%).

La variable *género* sólo se incluyó por razones empíricas, dado que los centros de alojamiento se encuentran clasificados de acuerdo a esta diferenciación. Los resultados del tratamiento sobre la asociación de las variables *trato* y *disposición al cambio* en vinculación con la categoría *género* muestran, en la escala, que las mujeres se sienten menos maltratadas en consideración de un maltrato recibido, ascendiendo esta diferencia al 20% en el nivel bajo. Asimismo, de la relación entre el género y la disposición al cambio, los hombres otorgan un mayor puntaje sobre las posibilidades para el cambio, apuntando una diferencia de un 17,3% cuando se trata de niveles altos. Hecha esta salvedad sobre la propiedad género, no está de más agregar que la misma queda excluida del examen por cuanto la categoría no se tomó en el estudio realizado con adolescentes infractores debido a falta de significación estadística.

El análisis de la relación entre el *apoyo y orientación de una red familiar* y la *disposición al cambio* muestra una fuerte vinculación, siendo que cuanto más presente está la red familiar más favorable es el cambio (57,6% a 12,5%). La *red de apoyo institucional*, de forma similar, aunque menor que la familiar, muestra una relación fuerte con la *disposición al cambio*, siendo que cuanto más alta es la presencia de la red institucional más altos son los niveles otorgados al cambio que se registran. La diferencia más grande se da cuando el cambio es alto, siendo ésta de un 25%.

Asimismo, *el trato recibido por parte de los operadores* y *la disposición al cambio* muestran una relación fuerte, siendo que cuanto mejor es el puntaje otorgado al trato mayor es el cambio que se realiza. La relación más potente se registra en los niveles altos.

Por lo tanto, de acuerdo con los datos relevados y su análisis posterior, se puede concluir que el *papel del operador judicial* (figurado en el trato) es relevante para el *cumplimiento de la finalidad de la intervención judicial* (aportar al cambio para no repetirse en el delito). A esto se suma la incidencia de *la red familiar* e *institucional*, así como *la no repetición en el delito*, siendo las demás variables irrelevantes.

3.4. Del quehacer del operador judicial en la implementación de la ley a las consecuencias en el mundo real

Siguiendo con la argumentación que sostiene que en la intervención judicial *el papel del operador judicial condiciona el cumplimiento de la finalidad de la ley*, expondremos

a continuación las principales manifestaciones concurrentes del fenómeno que surgen de cotejar los trabajos anteriormente expuestos.

De alguna manera, según González y Cardinaux (2010) se trata de vincular las rutinas y rituales de la administración de justicia con el mantenimiento y convalidación de las asincronías entre el derecho y el hecho social.

En primer término, se puede decir que el *trato que le brinda el operador judicial al sujeto procesal condiciona el cumplimiento de la finalidad de la intervención*, tanto en el sistema de justicia penal juvenil como en el de adultos. En ambos grupos los resultados muestran que la percepción sobre *las garantías para hacer efectivo el ejercicio de los derechos* y *el conocimiento de las funciones de los operadores judiciales* tienen alta asociación con la idea de un *procedimiento justo*. Esta similitud también se observa con relación al *conocimiento de las funciones de los operadores judiciales* de acuerdo a la *edad*. Los datos informan que cuando más alta es la edad, mayor es el conocimiento en los adolescentes y en los adultos.

En la propiedad *trato*, se puede afirmar que para los adolescentes *el trato que reciben por parte de los operadores incide en la disposición al cambio* que se busca lograr para que no se repitan en el delito, así también, a medida que mejora el trato mejora la posibilidad de cambio. En las personas adultas se observa que cuanto mejor es la *percepción positiva sobre la justicia* y el *procedimiento justo*, más puntaje se le otorga al *trato* y mejor es la *satisfacción con la justicia*, siendo débil la asociación con respecto a las *posibilidades de cambio*. Se observa en los adolescentes un bajo nivel de *representación sobre la justicia* pasible de atribuir a la detección de indicadores que condicionan el *trato,* resultantes del subjetivismo discrecional que mantiene el operador judicial y que no han sido reemplazados por una posición derivada de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la cual permitiría completar el abordaje integral en beneficio de cada adolescente.

Queda de manifiesto con relación a la proposición *repetición en el delito* que, en aquellos casos en que los adolescentes y los adultos no poseen causa anterior el *trato*, a la vez, mejora.

En lo que hace al tratamiento de las variables intervinientes *red familiar e institucional* respecto de los adolescentes, se comprueba que a medida que mejora la incidencia familiar e institucional, se observa una mayor *disposición al cambio*, aunque el porcentaje sin cambio permanece estable en los diferentes niveles. En las personas adultas, la presencia, apoyo y orientación de una *red familiar* muestran una relación fuerte y los resultados para la *red institucional* se presentan de manera similar, aunque en pequeña medida.

Para finalizar, este diálogo comparativo en la interpretación del fenómeno con diferentes grupos etarios (adolescentes y adultos) en un mismo estado (bajo proceso penal) entre análogas propiedades (principios, derechos, garantías, ley aplicable) y, en articulación con los postulados de la TJ, nos permite confirmar la idea rectora puesta a prueba.

4. Componentes que median los efectos terapéuticos de la ley

Los aportes de evidencia que hemos presentado corroboran la premisa que de las prácticas jurídicas y judiciales que apliquen los operadores del sistema judicial depende la actuación terapéutica de los mismos como agentes de cambio (Oyhamburu, 2018).

Reformulado, en otros términos, el campo jurídico muestra un sistema de posiciones sociales que se definen en una lucha desigual de unas en relación con otras, esfera donde se enfrentan, por un lado, agentes investidos de una competencia social y técnica y, por el otro, sujetos antagónicos desprovistos de capital simbólico (Bourdieu, 1976). Moreno Durán y Ramírez (2003) lo asocian a un lugar común donde acontecen una serie de interacciones que pueden ser de alianza o conflicto, concurrencia o cooperación, es decir, diferentes conexiones entre distintas posiciones intersubjetivas que son definidas en la acción e instituidas socialmente.

De la idea central que hemos problematizado para analizar e interpretar algunos de los postulados teóricos de la TJ llevados a la *praxis* (Wexler, 2017), advertimos que el papel que cumple el operador judicial es, en algún modo, el emergente de la acción que desarrolla en ese espacio que comparte con el sujeto procesal, donde ambos actúan, pero con preponderancia del primero respecto del segundo (Oyhamburu, 2014). La noción se puede asociar con las representaciones sociales (aproximación individual y colectiva), entendidas como proceso que los agentes engendran y producen (Moscovici, 1988). Como vemos, en ese proceso la acción del operador judicial genera, impulsa, aplica y promueve elementos constitutivos (*componentes terapéuticos*), entre los cuales la TJ identifica variadas técnicas, entre ellas, de comunicación, de comportamiento, proceder o actuación, preceptivas o informales, así como herramientas, facilidades, habilidades, destrezas, disposiciones, actitudes, por citar algunas. Competencias que no sólo determinan el desempeño del operador judicial, sino que condicionan también las circunstancias del medio donde debe actuar, conectan al destinatario y, además, consiguen ofrecer resultados en la misma dirección.

Entre algunas opciones encontramos, siguiendo a Tyler (2001), que la estrategia más adecuada dentro de las teorías de obediencia a la ley es promover la confianza

en la justicia, la construcción de la legitimidad institucional y la conformidad con el derecho. La justicia procedimental, transparencia, imparcialidad y respeto a la dignidad humana, proporciona legitimidad a las autoridades (Tyler y Mentovich, 2011), ayudando al cumplimiento de las normas (Morgan, 2002).

No obstante, la TJ ofrece una visión de conjunto sobre el conflicto traído a resolver, cuya perspectiva supera a la procedimental. El enfoque de la TJ enfrenta los problemas sometidos a intervención de manera integral e integradora, teniendo en cuenta las causas subyacentes de los mismos desde una visión inter y multidisciplinaria, e incorporando a la víctima para redefinir la contienda (Winick, 2011), mediante un prototipo que advierte los comportamientos en base a varios presupuestos y evita la sujeción a un solo esquema explicativo, dado que cada caso en su contexto requiere asumir un modelo particularizado que lo contenga (Arce, y Fariña, 2007). La TJ propone que los tribunales apliquen la ley buscando eliminar las circunstancias que les dan origen, su razón de ser, invitándolos a mirar hacia el futuro para producir los máximos rendimientos posibles en las personas que tratan y sobre las que resuelven (Wexler, 2017).

En Argentina, la base de la estructura legal terapéutica se apoya en los principios, derechos y garantías reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la Constitución Nacional y el abanico vinculante de Pactos Internacionales de Derechos Humanos (artículo 75 inc. 22 Constitución Nacional), donde, en lo que nos interesa, se pueden distinguir: 1) los derechos fundamentales humanos, atributos esenciales que poseen todas las personas y son oponibles a cualquier ciudadano; 2) las garantías, seguridades para impedir que el goce real de esos derechos sea transgredido por el ejercicio del poder estatal. Para mayor ilustración no está de más destacar entre la banda, a la Convención Americana de Derechos Humanos que por su artículo 8 (Garantías Judiciales), consagra al «debido proceso» como pivote sobre el que se construye todo el sistema de protección de los derechos humanos, la garantía básica del respeto y la tutela de todos los demás derechos reconocidos en dicha Convención. En materia de adolescentes en particular, se cuenta con un sistema especializado de leyes e instituciones que debe funcionar en interés de las personas menores de 18 y mayores de 16 años de edad (franja etaria punible) sospechadas o declaradas autoras de un delito, estructura que se distingue por sus propios principios, normas y órganos exclusivos. Hacemos hincapié en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, pilar fundamental que, junto al resto de las Reglas y Tratados Internacionales de aplicación directa, ordena evitar el daño que puede ocasionarle al niño la aplicación de reglas y prácticas creadas para los adultos y respetar los debidos derechos y garantías que, sumados a los anteriores, les corresponden por su

condición de personas en desarrollo. En el asunto bajo tratamiento, el contenido legal sustantivo se completa con el Código Penal de la Nación y las leyes complementarias y, conjuntamente para las personas menores de edad con la Ley Nacional 22.278 del 28/08/80 que rige en el ámbito minoril.

Por principio federativo de organización, el continente formal adjetivo es materia regulada por el Estado Provincial. En la provincia de Buenos Aires el sistema procesal penal juvenil queda establecido por la Ley 13.634/2007 del Fuero de Familia y de Responsabilidad Penal Juvenil promulgada el 18-01-2007 y sus modificatorias, mientras que para adultos rigen las prescripciones del Código de Procedimiento Penal según Ley 11.922 promulgado el 10-01-1997 y sus modificatorias, junto a los demás mandatos normativos vinculantes.

A modo meramente ejemplificativo, para evitar extendernos en la escritura, se pueden mencionar como reglas de aplicación en el contexto: el principio *pro homine*, de legalidad, de igualdad ante la ley, debido proceso, imparcialidad, objetividad y razonabilidad, presunción de inocencia, inviolabilidad de la defensa, defensa efectiva, derecho a no declarar contra sí mismo, derecho de la persona a ser oída y participar con las debidas garantías, a no ser sometido a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, a ser alojado en un lugar adecuado y digno, tutela efectiva, a una pronta conclusión del proceso penal en un plazo razonable, entre otros. Asimismo, respecto de las personas menores de edad, el cúmulo de derechos y garantías universalmente aceptados que se le reconocen por su condición especial de personas en desarrollo, como dijéramos antes.

Por lo demás, sobre la estructura normativa cabe agregar que, en honor a la brevedad, hemos dejado planteado el paisaje legal, empero, en el instrumento metodológico del trabajo empírico se incluyó todo el conjunto de principios, derechos y garantías vigentes y aplicables al fenómeno en estudio.

Párrafo aparte merece expresar que nos ocupamos aquí solo de un tramo de la intervención judicial, pues la totalidad del proceso —el trámite judicial completo— se integra con la etapa de juicio, la sentencia (decisión-revisión) y, en la sentencia de condena, su ejecución, pasos encaminados hacia un objetivo que le da sentido a la actividad pero que, a la hora de su implementación concreta, puede no alcanzar el resultado previsto por la Ley (Maier, 2004: p. 21).

En ese aspecto, la TJ encuentra que el debido proceso legal no queda saldado por la sola observancia de meros formalismos obligados por la ley sino que, para el cumplimiento del propósito, tiene igual trascendencia el continente formal sustantivo y adjetivo como el rol que cumplan los operadores legales —entendidos como agentes de cambio— los cuales aportarán en base a sus

habilidades y competencias sumando en la utilidad de la programación legal. Así, al operador judicial le corresponde tallar sobre la diferencia existente entre los actores puestos a participar, empero, sin desdibujar el papel legal de cada uno; obligación que se acentúa frente a la condición jurídica del niño-adolescente, dado que la categoría se consuma inevitablemente desde el lugar del adulto. (Oyhamburu, 2014.).

En la estructura descripta (*presupuestos normativos*), los postulados que nos aporta el paradigma de la Justicia Terapéutica (*presupuestos mediadores*) articulan los mecanismos para optimizar el *papel del operador* haciendo efectivas las garantías para el ejercicio de los derechos; entre ellos, presencia, comunicación, información, nivel de escucha y apertura a la participación, imparcialidad, objetividad, neutralidad, modelo de intervención, ámbito físico-ambiental ofrecido, respeto por las características y recursos individuales, familiares, y sociales, por citar algunos (Fariña, Morales, Oyhamburu y Areses, 2020), junto a la aplicación de un no modelo y/o modelo multimodal de abordaje en la intervención (Arce y Fariña, 2013). Presupuestos que inciden también en el *cumplimiento de la finalidad-disposición al cambio*, cometido que se complementa con el compromiso de la red familiar-red institucional en pos del debido acompañamiento y apoyo (Fariña, López y Redondo, 2016)).

Para concluir corresponde añadir que, además de propiciar la implementación de dispositivos de resolución de conflictos en la línea, tribunales especializados o tribunales alternos que apunten, juntamente, a reconvertir la modalidad de la sanción en las sentencias de condena, entre otros instrumentos y prototipos de contención terapéuticos (Winick y Wexler, 2003), una buena opción para transformar el sistema de justicia puede consistir también en incorporar componentes de la TJ en el hacer del operador judicial, lo que exige una mayor preocupación por la *praxis* de los procedimientos en todas las etapas del debido proceso legal (Wexler, 2018).

5. Perspectivas

A esta altura de los estudios precedentemente expuestos quedó claro que existe una pulsión entre la finalidad de evitar que se cometan delitos, el ejercicio del poder punitivo por quienes se encuentran habilitados por la ley y el resguardo de las personas frente a esa actuación. Ello, atendiendo no sólo a la posibilidad de cumplimiento de la finalidad que la ley prevé consumar y que, a su vez, legitima esa intervención sino también respecto a que los objetivos que la TJ postula puedan realmente materializarse en el destinatario del sistema.

Como se advierte, en la exposición se ha tratado un tramo —aspecto procedimental— de todo el itinerario que comprende la respuesta judicial en el sistema penal. En la orientación son varios los interrogantes que aún quedan pendientes, en relación a la construcción de la decisión-sentencia como, asimismo, en lo que hace a la modalidad de la sanción a imponer y al trayecto de ejecución en las sentencias de condena.

En definitiva, la ley, los procedimientos y el desempeño del operador legal, junto al modelo de intervención en que se apoyen, son componentes terapéuticos que inciden en la concreción de resultados más beneficiosos, tanto para las personas sobre las que operan como para el ejercicio del control formal destinado a reducir la violencia y a mantener la paz y la armonía en la sociedad. Nadie ignora que el servicio tradicional de justicia no se ha mostrado acomodado en cuanto a su impacto normalizador en términos de inserción y adaptación social, aun no siendo éste el indicador exclusivo para evaluar la aptitud del sistema.

Frente a este escenario, entendemos que pretender hacer justicia con el enfoque de la TJ implica poner en crisis las visiones convencionales, es decir, exige contribuir al consabido enunciado que propone que las decisiones que se tomen, además de ser fundadas, justas y razonables, sean efectivas, eficaces y útiles para el sujeto receptor —más humanas— desde esta perspectiva.

Con este fin es necesario que los operadores legales y judiciales accedan a abrir paso a la teoría y a la práctica bajo una mirada flexible e integradora, tomando posición e incorporando ciertas especificidades, competencias, conocimientos y destrezas que posibiliten optimizar las relaciones formales instituidas en vínculos positivos interpersonales, evitando una visión sesgada del conflicto a resolver. Herramientas y dispositivos que exceden el campo del saber jurídico y requieren de una argumentación común en articulación con otras disciplinas, como la Psicología, la Criminología, la Sociología, la Antropología, el Trabajo Social, las Ciencias Médicas, de la Educación, de la Comunicación y los Datos, entre otras, en la búsqueda de métodos de resolución de problemas que exceden el ámbito del Derecho.

Todo ello sin dejar de considerar en esta nueva matriz teórica de percepción y construcción práctica, al mismo tiempo, el ingrediente que resulte de disponer de una programación legal acorde al territorio de opinión de la TJ, como instrumento terapéutico medular de contención jurídica que debe operar en el mundo real.

Para concluir, podemos tomar el argumento de Tamar Pich (2003) y preguntarnos si son mejores los jinetes que los caballos, cuando plantea el uso del potencial simbólico de la justicia penal por parte de los actores, sobre el conflicto y sus

consecuencias. Está claro que el descuido de las circunstancias y singularidades de los problemas sociales que rodean al delito puede conllevar a la identificación —equívoca— de esos mismos componentes, como los únicos motivos capaces de poner en marcha el engranaje en un determinado sistema de justicia penal, según el paradigma legal por el cual se opte.

6. Referencias

ARCE, R. y FARIÑA, F., «Teorías de riesgo de la delincuencia. Una propuesta integradora», En F.J. Rodríguez y C. Becedóniz (Coords.), *El menor infractor. Posicionamientos y realidades,* Oviedo, España: Servicio de Publicaciones del Principado de Asturias, 2007

ARCE, R. y FARIÑA, F., «Psicología social aplicada al ámbito jurídico», En A.V. Arias, J.F. Morales, E. Nouvila, y J.L. Martínez Rubio (Coords.), *Psicología social aplicada,* Madrid: Panamericana. 2013, págs. 157 a 181

BOURDIEU, P., Argelia 60: estructuras económicas y estructuras temporales, Madrid: Siglo XXI editores, 1976

BOURDIEU, P. y WACQUANT, L., *Una invitación a la sociología reflexiva,* Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI, 2008

BOURDIEU, P., *El sentido práctico*, Buenos Aires: 1 ed. 2da impr.: Siglo Veintiuno Editores, 2013, pág. 85

CEA D'ANCONA, M. A., Metodología Cuantitativa: estrategias y técnicas de investigación social, Madrid: Síntesis, 2014

FARIÑA, F., GARCÍA, P., y VILARIÑO, M., «Autoconcepto y procesos de atribución: estudio de los efectos de protección/riesgo frente al comportamiento antisocial y delictivo, en la reincidencia delictiva y en el tramo de responsabilidad penal de los menores», *Revista de Investigación en Educación,* 7, 2010, págs. 113 a 121.

FARIÑA, F., LÓPEZ, J. y REDONDO, L., *Libro de Conclusiones del III Congreso Iberoamericano de Justicia Terapéutica*, Andavira: Santiago de Compostela, 2016

FARIÑA, F., «La mediación familiar, una manifestación de Justicia Terapéutica», En I. Luján (Coord.), *Conflictos y mediación en contextos plurales de convivencia*, Las Palmas de Gran Canarias: Universidad de Las Palmas de Gran Canarias, 2019, págs. 125 a 148

FARIÑA, F.; MORALES, L. A.; OYHAMBURU, M. S., ARESES, X., «Percepción del Proceso Judicial en población penitenciaria Argentina: contribuciones a la medición de la Justicia Terapéutica», *XII Congreso Internacional*

de Psicología Jurídica y Forense, Libro de Actas, Madrid, Sociedad Española de Psicología Jurídica y Forense; 2020, págs. 387 a 393.

GARCÍA FERRANDO, M., Teoría, Estadística y Medición de Variables en Socio estadística, Ed. Alianza. Madrid, 1985

GARGARELLA, R., *Carta abierta sobre la intolerancia*, *apuntes sobre derecho y protesta*, Argentina, Siglo XXI Editores Argentina S.A., 2006

GÓMEZ DA COSTA, A., *Pedagogía de la presencia*, Buenos Aires, Argentina: Editorial Losada, 1995

GONZÁLEZ, M. y CARDINAUX, N., *Los actores y las prácticas. Enseñar y aprender Derecho en la UNLP,* La Plata, Argentina: Edulp Editorial de la Universidad de La Plata, 2010

LUHMANN, NIKLAS, «Symbiotische Mechanismen», En *Soziologische Aufklarung 3: Soziales System, Gesellschaft, Organisation* Wiesbaden: Vs Verlag. P. 269, 2009 1974, págs. 262 a 280.

MAIER, J. B., *Derecho Procesal Penal. Tomo II.* Parte general, Sujetos procesales, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, SRL, 2004

MARRADI, ARCHENTI y PIOVANI, *Metodología de las Ciencias Sociales,* Buenos Aires: EMECE Editores, 2004

MORENO-DURÁN, A. y RAMÍREZ, J., *Introducción elemental a Pierre Bourdeau*, Bogotá, Colombia: Editorial Bogotá Panamericana, 2003

MORGAN, R., «Privileging public attitudes to sentencing?», en J. V. Roberts y M. Hough, *Changing attitudes to punishment. Public oponion, crime and justice*, Willan Publishing, Estados Unidos, 2002

MOSCOVICI, S., Psicología Social II, Pensamiento y vida social. Psicología social y problemas sociales, Barcelona: Paidós, 1988

OYHAMBURU, M. S., «Entidad del sistema penal juvenil: la especialidad», en D. Wexler, F. Fariña, L. Morales Quintero, S. Colín Soto (Compiladores), *Justicia Terapéutica: Experiencias y Aplicaciones, II Congreso Iberoamericano de Justicia Terapéutica,* México, INACIPE, 2014, págs. 103 a 111.

OYHAMBURU, M. S., FARIÑA, F.; VÁZQUEZ FIGUEIREDO, M. J. y ARCE, R., «Estudio del Perdón en menores infractores argentinos», En *X Congreso Inter Nacional de Psicología Jurídica y Forense Libro de Actas*, Sevilla: Sociedad Española de Psicología Jurídica y Forense, 2017, págs. 375 a 378.

OYHAMBURU, M. S., Contrastando el Paradigma de la Justicia Terapéutica en la Provincia de Buenos Aires, Argentina: de la aplicación del procedimiento judicial penal sobre el adolescente infractor a los efectos que genera, Tesis doctoral, EIDO, Escola Internacional de Doutoramento, Universidad de Vigo, España, 2018

PITCH, T., Responsabilidades limitadas: Actores, conflictos y justicia penal (Vol. 1) de Colección Criminologías, Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad-Hoc S.R.L, 2003

RÍOS, M. A. y HERRERA, M. V., En Portada, *Foro Jurídico*, 173, 2018, pág. 33.

SAUTU, R., *Todo es teoría. Objetivos y métodos de investigación*, Buenos Aires, Argentina: Luminiere, 2003

TYLER, T. R., «La obediencia a la Ley en Estados Unidos: la justicia procedimental y el sentido de imparcialidad», *La Justicia Penal en Estados Unidos,* 6(1), 2001, págs. 18 a 24.

TYLER, T. R. & MENTOVICH, A., Mechanisms of Legal Effect: Theories of Procedural Justice. A method monographs, New York: Robert Wood Johnson Foundation, 2011

WEXLER, D. B., «Two decades of therapeutic jurisprudence», *Touro Law Review*, 24, 2008, págs. 17 a 29.

WEXLER, D. B., «Getting and giving: What therapeutic jurisprudence can get from and give to positive criminology», *Phoenix Law Riview*, 6, 2013, págs. 904 a 913.

WEXLER, D. B., «Nuevo vino en nuevas botellas: la necesidad de diseñar un "código" de procesos y prácticas penales desde la perspectiva de la Justicia Terapéutica», En D. Wexler, F., Fariña, L.A. Morales, y S. P. Colín (Comps.), *Justicia Terapéutica: Experiencias y aplicaciones*, México, D.F.: INACIPE, 2014, págs. 1 a 10.

WEXLER, D. B., «Moving forward on mainstreaming», en Therapeutic Jurisprudence: An ongoing process to facilitate the therapeutic design and application of the law. Therapeutic Jurisprudence: New Zealand Perspectives, Warren Brookbanks ed, Arizona Legal Studies Discussion, 15-10, 2015, págs. 1 a 10.

WEXLER, D. B., «A pro forma expungement proceeding: A lost therapeutic opportunity?», *Therapeutic Jurisprudence in the Mainstream; Arizona Legal Studies Discussion Paper*, n.º 17-22, 2017.

WEXLER, D. B., «The Therapeutic Application of the Law and the Need for Amicus Justitia Briefs», *Therapeutic Jurisprudence in the Mainstream,* 1-4*,* 2018.

WINICK, B. J. & WEXLER, D.B., Judging in a Therapeutic Key: Therapeutic Jurisprudence and the Courts, Durham, NC: Carolina AcademicPress, 2003

WINICK, B. J., «Therapeutic jurisprudence and victims of crime», en E. Erez, M. Kilchling & J. A. Wemmers (Eds.), *Therapeutic jurisprudence and victim participation in justice,* Durham, NC: Carolina Academic Press, 2011, págs. 3 a 13.

YAMADA D. C., «On anger, shock, fear, and trauma: therapeutic jurisprudence as a response to dignity denials in public policy», *International Journal of Law and Psychiatry*, 63, 2019, págs. 35 a 44.

ZAFFARONI, E. R., *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y Dogmática Jurídico Penal. (3ª ed.)*, Buenos Aires, Argentina: Editora Sociedad Anónima (EDIAR), 2002.

ZAFFARONI, E. R., *Estructura básica del derecho penal,* Buenos Aires, Editorial Ediar, 2009.

ZAFFARONI, E. R., «La palabra de los muertos», *Conferencias de criminología cautelar,* Buenos Aires, Argentina, EDIAR, 2011.

Capítulo VIII Los Tribunales de Tratamiento de Drogas: una respuesta alternativa desde la Justicia Terapéutica

Sofía M. COBO TÉLLEZ

Instituto Nacional de Ciencias Penales de México

Alberto AMIOT RODRÍGUEZ

Magistrado del Poder Judicial de Chile

1. Introducción

Los Tribunales de Tratamiento de Drogas (TTD), Tribunales de Tratamiento de Adicciones, Cortes de Drogas, Programas de Tratamiento bajo Supervisión Judicial o Programas de Justicia Terapéutica especializados para personas con consumo de sustancias psicoactivas (como se les ha llamado en los países donde se han implementado) ha sido, tal vez, el Programa de Justicia Terapéutica más conocido a nivel internacional.

Se presenta como una respuesta alternativa a la justicia penal ordinaria para las personas que han cometido un delito a causa del consumo problemático de alguna sustancia psicoactiva[1], mediante un abordaje integral y sistémico (a trvés de un modelo de gestión de casos) con la participación voluntaria y activa de la persona participante, garantizando en todo momento el respeto a sus derechos humanos y los de la víctima.

Nacieron en el sitema anglosajón y se han ido extendiendo en el mundo, adaptándose a otros sistemas jurídicos y procesales. Desde su creación algunos especialistas han centrado su atención en el estudio e identificación de ciertos aspectos sobre su funcionamiento, a fin de encontrar respuestas a varias interrogantes respecto a su legalidad, protección a los derechos humanos de los participantes y las víctimas, pero sobre todo respecto a la identificación de elementos que caracterizan su metodología de trabajo. El presente documento busca analizar el modelo desde un enfoque epistémico y procesal, a fin de

[1] Según el *Glosario de Términos de Alcohol y Drogas*, es la sustancia que, cuando se ingiere, afecta los procesos mentales, p. ej., la cognición o la afectividad. En: https://www.who.int/substance_abuse/terminology/lexicon_alcohol_drugs_spanish.pdf, consultado en abril de 2020, pág. 58 y 59.

comprobar que, si se adapta a los postulados de la Justicia Terapéutica, su impacto será más positivo.

2. Justicia Terapéutica y Tribunales de Tratamiento de Drogas (TTD)

A lo largo de los años, con la incorporación de la igualdad como presupuesto del ejercicio de derechos, se han sentado las bases democráticas hacia una justicia penal, misma que se ha ido reformando para alcanzar dicho objetivo; la transformación cultural necesaria para introducir estas variables, mediante la aplicación de formas alternativas de justicia que se alejan de recursos fundamentados principalmente en la judicialización de los procesos y la determinación de la pena corporal. La justicia alternativa, busca solucionar el conflicto entre la víctima y el ofensor, derivado de la comisión de un delito, a través de mecanismos diferentes a los aplicados por la justicia tradicional[2], tratando de impedir que los asuntos de bajo impacto lleguen a juicio, y con beneficios de aplicación como la celeridad, economía, eficacia procesal con un enfoque terapéutico (debido a que este evita el desgaste emocional que conlleva el procedimiento penal tradicional u ordinario)[3].

Por su parte, la Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia: «Frente a los Retos del Siglo XXI, y la Declaración del decimoprimer Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Trato de Delincuentes (2005), recomendó a los estados miembros a reconocer la importancia de desarrollar aún más políticas, procedimientos y programas de justicia que incluyen alternativas a los procesos judiciales… (los cuales) pueden ser utilizados para reducir la carga del sistema de justicia penal, para desviar casos fuera del mismo y para proporcionarle una gama de sanciones constructivas»[4].

La Justicia Terapéutica concebida como el estudio de los efectos del derecho y los sistemas legales en el comportamiento, emociones y salud mental de las personas; es un examen multidisciplinario de cómo el Derecho y la salud mental interactúan[5], ha resultado ser una opción eficaz para la resolución de ciertos delitos, debido a que incide directamente en la causa estructural del delito, de ahí

---

[2] ONU. Oficina De Las Naciones Unidas Contra La Droga Y El Delito. *Manual sobre programas de justicia restaurativa, Serie de Manuales sobre Justicia Penal*. Nueva York, 2006, pág. 5.

[3] Secretaría De Gobernación. *¿Qué es la justicia alternativa?* México. En: https://www.gob.mx/segob/articulos/que-es-la-justicia-alternativa-19298. Consultado en abril, 2020.

[4] ONU. Oficina De Las Naciones Unidas Contra La Droga Y El Delito. *Manual… op. cit.,* pág. 2.

[5] *Black´s Law Dictionary*. Estados Unidos, Thomson Reuters Legal, 2013.

que sus programas formen parte de los denominados Tribunales Centrados en Soluciones (Solving Courts) los cuales tienen como común denominador este tipo de trabajo. Para David Wexler, la TJ se centra en el impacto de la ley en el espectro emocional y el bienestar psicológico de las personas, integrando el lado psicológico, emocional y humano de la misma y del proceso legal considerándola como una fuerza social que produce comportamientos y consecuencias. Motiva el respeto de valores como la justicia y no sugiere por sí misma que las metas terapéuticas suplan otras metas, alejándose del paternalismo y la coerción.

Peggy Hora y William Schma en un artículo titulado «La Justicia Terapéutica y el movimiento de las Cortes de Tratamiento de Drogas: La Revolución del Sistema de Responsabilidad Penal de Justicia y del abuso de la droga y el crimen en América (1999)» concluyen que no se puede concebir a los TTD sin conocer la perspectiva y principios de la TJ, de ahí que la naturaleza de los mismos no sea coercitiva o represiva sino «Rehabilitadora» (Peggy, 1999). El común denominador de estos Programas es que se fundamentan en un modelo que se centra en personas que han cometido un delito a consecuencia del consumo problemático de sustancias psicoactivas y han aceptado someterse a un tratamiento contra el abuso de sustancias, este tratamiento es dirigido y aplicado por el sector salud. Los tribunales se fundamentan en la idea de que la dependencia a las sustancias psicoactivas no es meramente un problema que debe ser abordado por la justicia penal, sino una preocupación social y de salud pública prioritaria. La singularidad de los TTD reside en su capacidad y voluntad de combinar mediante los postulados de la Justicia Terapéutica, el seguimiento judicial y el tratamiento de la dependencia de sustancias psicoactivas[6] con modelos como el de Gestión de Casos que es un modelo que mejora la atención integrada, coordinada y continuada mediante la responsabilidad compartida de los profesionales para coordinar los recursos, cuidados y servicios (Valverde, M.R. 2012).

3. Tribunales de Tratamiento de Drogas (TTD)

[6] Bentley, Paul; Barnes, Kofi. Principios Básicos de los Tribunales de Tratamiento de Drogas: El Componente Judicial. La Experiencia de Canadá y las Lecciones Aprendidas. En: Departamento De Programas De Justicia Facultad De Asuntos Públicos, American University, Comisión Interamericana Para El Control Del Abuso De Drogas (Cicad), Secretaría De Seguridad Multidimensional, Organización De Los Estados Americanos (OEA). En: Tribunales de Tratamiento de Drogas: Una Respuesta Internacional para Infractores Dependientes de Drogas, 2013. En: http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/dtca/publications/PUBLICACION_FINAL.pdf Consultado en abril, 2020.

De acuerdo a lo anteriormente mencionado, los TTD no tienen una naturaleza represiva, su objetivo primordial consiste en reducir el comportamiento delictivo y apoyar a la integración social de la persona, al remitirlo a un tratamiento de drogas (OEDT, 2012). Aunque en la actualidad sus modelos de aplicación difieren alrededor del mundo, debido a que se adaptan a las leyes y sistemas jurídicos de la región, sus rasgos característicos coinciden con el seguimiento judicial durante el período de tratamiento, el sobreseimiento de los delitos, suspensión o reducción de las penas, la gestión de casos mediante el trabajo multidisciplinario (servicios auxiliares o complementarios adicionales) entre otros. Es decir, constituye una alternativa dentro del Sistema de Justicia Penal dirigida a las personas que han cometido un delito a consecuencia del uso problemático de sustancias psicoactivas; disminuyendo o evitando la respuesta penal, mediante la aplicación de servicios integrales y sistémicos, con la participación voluntaria y activa de la persona, garantizando los derechos humanos tanto del participante como de la víctima.

Sus principales finalidades son: a) Evitar los efectos negativos del procesamiento/encarcelamiento; b) Procurar el bienestar emocional/psicológico de los participantes (incluso sus familiares); c) Promover su inclusión social y comunitaria (reinserción social).

De acuerdo a la experiencia comparada, se han identificado tres modelos de aplicación de TTD:

Según la Etapa o Fase Judicial:	Pre-procesal, procesal y ejecución.
Según la población beneficiada:	Adultos, Adolescentes, Mujeres, Veteranos de Guerra.
Según su nivel de implementación:	Piloto, Vías de Expansión y Consolidado.

El progreso del participante se mide al distinguir tres fases (OEDT, 2012):

1) Estabilización y orientación;
2) Continuación y progresión y;
3) Reintegración y autogestión.

Su metodología de aplicación, se ha ido construyendo a lo largo de los años de implementación del modelo, desde la aparición del primer TTD en Estados

Unidos, en 1989, en el condado de Dade (Miami)[7]; hasta su extensión en otros países. A continuación, revisaremos su evolución en Estados Unidos y en América Latina.

4. Evolución de los TTD

Aunque el primer TTD se estableció en los Estados Unidos, el modelo se ha extendido principalmente en países como Australia, Canadá, Irlanda, Escocia, Inglaterra y Gales, Bélgica y Noruega[8]. En América Latina y el Caribe, hacia 2019, se ha explorado, desarrollado o implementado algún tipo de modelo similar en países como Argentina, Barbados, Belice, Bermudas, Islas Caimán, Chile, Colombia, Costa Rica, Guyana, Jamaica, México, Panamá, Perú, República Dominicana y Trinidad y Tobago.

4.1. Estados Unidos

Como se señaló en líneas anteriores, oficialmente el primer TTD fue el de Miami en 1989, su antecedente es reconocido en la resolución del caso Robinson vs California de 1962, cuando la Corte Suprema de Estados Unidos reconoció a las adicciones como un padecimiento: «…a la luz del conocimiento humano contemporáneo, una ley que convierta en una ofensa criminal una enfermedad así, sin duda sería considerada una imposición de un castigo cruel e inusual…»[9], este falloconstituye un cambio de visión sobre el consumo de drogas y delito. En la actualidad, existen en Estados Unidos TTD en los 50 estados del país, «como una alternativa al encarcelamiento de personas arrestadas por infracciones menores relacionadas con drogas en jurisdicciones donde el consumo (…) es considerado una causa subyacente de la delincuencia y, de esta manera, operan teóricamente como instrumentos para reducir la población en cárceles y prisiones»[10].

---

[7] Bentley, Paul; Barnes, Kofi. *Principios Básicos… op. cit.,* pág. 48.

[8] En: *Reinserción Social y empleo: Evidencia e intervenciones para usuarios de drogas en tratamiento.* OEDT. 2012. Luxemburgo, pág. 79.

[9] En: Delgadillo Padierna, Felipe de Jesús. *El modelo de cortes de drogas en Estados Unidos — antecedentes,implementación y resultados*—. Nova Iustitia. Revista Digital de la Reforma Penal, Año VI, Número 24, Agosto 2018. México, pág. 12.

[10] Social Science Research Council. *Tribunales de Tratamiento de Drogas en las Américas. Informe elaborado por el Programa Drogas, Seguridad y Democracia*. En: https://www.wola.org/wp-content/uploads/2018/11/DSD-Drug-Courts-Report-SPANISH-ONLINE-FINAL-10.25.18.pdf, 2018. Consultado en abril, 2020.

Los acusados por consumo de drogas pasan por las distintas instancias del sistema de justicia penal siguiendo un esquema previsible: «arresto, juicio, condena, encarcelación y puesta en libertad. Luego de algunos días, unas semanas, o pocos meses, la misma persona puede hallarse cometiendo un nuevo delito y, entonces, el proceso vuelve a comenzar»[11].

Los TTD surgen como una alternativa a la justicia penal disminuyendo la sobrepoblación penitenciaria e, incluso, a los altos costos económicos que implicó el haber elaborado leyes y penalidades menos tolerantes por delitos menores relacionados con las drogas; originalmente, se planteó la ineficacia del tratamiento habitual de las personas consumidoras de drogas y alcohol por parte del sistema de justicia, puesto que, en lugar de resolver esta problemática, tanto para la persona consumidora en conflicto con la ley como para la sociedad, en ocasiones, incluso, la incrementaba; «en respuesta a esta situación, algunas jurisdicciones innovadoras comenzaron a reexaminar la relación entre los procedimientos de la justicia penal y los servicios de tratamiento para el alcoholismo o la adicción a las drogas(…) Comenzó a hacerse cada vez más evidente que los profesionales de la justicia penal y los prestadores de tratamientos tenían los mismos objetivos: por un lado, frenar el consumo ilícito y el abuso de todas las sustancias que podían crear adicción y, por el otro, reducir la actividad delictiva relacionada con este problema. Los recursos y las capacidades propios de cada sistema podían complementarse y ser más eficaces si se combinaban. Fue así como se originó el concepto de Tribunales de Drogas (…) pero no evolucionaron por sí solos, sino que fueron el resultado de la evolución constante de distintos enfoques basados en la comunidad y el trabajo en equipo (…) servicios previos al juicio y de la libertad condicional (…) Tratamientos Alternativos para una Comunidad Segura (…), y también de las innovaciones en el marco del cumplimiento de la ley, como los programas de vigilancia policial comunitaria»[12].

El impacto de los TTD en Estados Unidos ha sido tal, que «actualmente en (…) sus territorios, la mayoría de las fuentes citan más de tres mil. Más de la mitad de estos tribunales se orientan a infractores adultos, mientras que aproximadamente un 12 a 13% están designados exclusivamente para menores»[13].

---

[11] Asociación Nacional De Profesionales De Tribunales De Drogas De Los Ee.Uu. Comité De Estándares De Los Tribunales De Drogas. *Tribunales de Drogas: Elementos clave*. EU, 1997. En: https://www.ndci.org/wp-content/uploads/KeyComponents_SPA_0.pdf. Consultado en abril 2020, pág. 4.

[12] Ibid., pág. 5.

[13] Social Science Research Council. *Tribunales… op. cit.,* pág. 11.

De ser un modelo alternativo para desahogar al sistema de justicia criminal estadounidense, se ha convertido en una práctica generalizada en todo el país, que recibe financiamiento federal por más de 90 millones de dólares, además de los recursos estatales[14]. Aunque al principio la mayoría empleaba el programa anterior a la sentencia, y otros una combinación entre ambos tratamientos, con beneficios para las personas participantes como que «si llevan a término el plan del tratamiento ordenado (…) pueden lograr una condena diferida, modificada, suspendida o que su historial penal quede eliminado», para el año 2010, la mayoría ofrecía el tratamiento posterior a la sentencia[15], o sea en etapa de ejecución.

Los TTD en Estados Unidos actualmente tienen una aplicación distinta en los diferentes territorios del país, aunque mantienen sus principios, objetivos y elementos clave.

4.2. América Latina y el Caribe

Tras la VI Cumbre de las Américas (2013) se realizó un Informe que dejó evidente el Problema de Drogas de las Américas, derivado de ello, se propusieron alternativas potenciales que permitieran fortalecer las políticas contra las drogas; a partir de ese momento, la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) de la OEA inició un impulso hemisférico a los TTD como una alternativa de política pública en 14 países que desde entonces se encuentran explorando, implementando y expandiendo el programa. De ellos, «el modelo se encuentra más avanzado en países como Chile, México y Costa Rica y en algunos otros se encuentra en una fase piloto o en exploración (...) La mayoría de los programas en la región fueron establecidos a partir de 2012, a excepción del modelo chileno, el cual fue implementado en 2004»[16]. En estos países el programa funciona como un programa específico dentro de las salidas o soluciones alternas al proceso, antes que como tribunales especiales «(…) bajo el mecanismo de la suspensión condicional del procedimiento y adopta un enfoque previo a la declaración de culpabilidad o inocencia, que deriva a los participantes antes que se produzca una sentencia. En el Caribe, el modelo se encuentra más avanzado

[14] Ibid.

[15] Open Society Foundations. *Tribunales de drogas: pruebas contradictorias sobre una intervención popular*. EU, 2015. En: https://www.opensocietyfoundations.org/uploads/f418da31-45df-49a3-b707-66f6217f5d9d/drug-courts-equivocal-evidence-popular-intervention-sp-20160928.pdf, consultado en abril, 2020, pág. 2.

[16] Social Science Research Council. *Tribunales… op. cit.,* pág. 44.

en Bermudas, Jamaica y las Islas Caimán, mientras que, en Trinidad y Tobago, Barbados y Belice está en una etapa inicial»[17].

5. Principios que rigen su actuación

El modelo de TTD cuenta con principios bien definidos que le dan coherencia y guían su actuación. En 1997, la Asociación Nacional de Profesionales de Cortes de Drogas en Estados Unidos, publicó un documento que contiene una serie de principios, los cuales tienen como finalidad, describir las mejores prácticas, el diseño y las formas de funcionamiento de los Tribunales de Drogas para las personas adultas[18]. Reconocen 10 elementos clave como punto de partida en la aplicación de estos programas, mismos que dan un sentido homogéneo, pese a las diferencias procedimentales que se puedan presentar entre unos y otros: Los elementos clave de los TTD son:

1. Los tribunales de drogas combinan los servicios de tratamiento para el alcoholismo o la adicción a las drogas con el procesamiento de casos del sistema judicial.
2. Bajo un enfoque no controversial, el abogado defensor y el fiscal promueven la seguridad pública protegiendo, además, los derechos correspondientes de los participantes de la acción judicial.
3. Los participantes elegibles se identifican con anticipación y se incluyen inmediatamente en el programa del tribunal de drogas.
4. Los tribunales de drogas brindan acceso constante a servicios de tratamiento para el alcoholismo o la adicción a las drogas y demás servicios de rehabilitación relacionados.
5. La abstinencia se monitorea con pruebas de detección de consumo de drogas o bebidas alcohólicas.
6. Una estrategia coordinada determina la respuesta de los tribunales de drogas frente al cumplimiento de los participantes.
7. Es fundamental que exista una continua interacción judicial con cada participante del tribunal de drogas.

[17] Ibid.

[18] Departamento de Justicia de los EEUU. Tribunales de Drogas: Elementos clave, 1997. En: https://www.ndci.org/wp-content/uploads/KeyComponents_SPA_0.pdf, consultado en abril 2020.

8. El monitoreo y la evaluación son herramientas para calcular los objetivos del programa y medir su eficacia.
9. La constante educación interdisciplinaria promueve la planificación, la implementación y el funcionamiento eficaces de los tribunales de drogas.
10. Fomentar las relaciones entre los tribunales de drogas, los organismos públicos y las organizaciones basadas en la comunidad, genera respaldo a nivel local y mejora la eficacia de los programas de estos tribunales[19].

Estos elementos reflejan las mejores prácticas recogidas de un grupo de expertos integrado por operadores de los Tribunales, abogados de la acusación y de la defensoría de oficio, encargados de tratamiento, delegados de los servicios previos al juicio, de la administración de casos, agentes de los servicios de libertad condicional y profesionales del ámbito académico. Es importante resaltar que las prácticas consideradas adecuadas en ese momento, en la actualidad han tomado matices más especializados y en ocasiones, por algunas cuestiones políticas y procesales, los Programas pueden no necesariamente cumplir con todas las pautas detalladas.

5.1. Principios de la Justicia Terapéutica

Los TTD nacieron sin sustento teórico, a partir de la labor diaria de jueces, aproximadamente diez años después de su aparición, los jueces de TTD estadounidenses Peggy Hora y William Schma propusieron la TJ (por sus siglas en inglés) como teoría rectora para los TTD[20]. Como se desarrolló anteriormente, el modelo encuentra en la Justicia Terapéutica su principal fundamento epistémico[21]. Algunos de los principios de la Justicia Terapéutica son:

a) Mayor flexibilidad e interés de las autoridades dentro del procedimiento.

b) Empatía para conocer las preocupaciones de los sujetos procesales.

c) Integración de servicios complementarios dentro del procedimiento.

---

[19] Asociación Nacional de Profesionales de Tribunales de Drogas de los EE.UU. Comité De Estándares de los Tribunales de Drogas. *Tribunales de Drogas: Elementos clave*, *op. cit.*

[20] Wexler, D. y King, M. Promoción de receptibilidad jurídica y social de la rehabilitación: El Rol de la Justicia Terapéutica. OEA y American University. Washington, DC, 2013, pág. 22.

[21] Aunque es importante resaltar que el programa de Costa Rica se adhiere a los postulados de la Justicia Restaurativa.

d) Esfuerzo multidisciplinario.

e) Colaboración de la familia, grupos comunitarios y organizaciones de la sociedad civil.

f) Preferencia de las medidas de socialización sobre las medidas represivas[22].

Según autores como Wexler y King[23], de la aplicación de estos principios de TJ en la práctica diaria de los TTD dependerá la apertura y legitimación social hacia los mismos.

6. Buenas prácticas terapéuticas

Más de 30 años después de que fuera creado el primer TTD, la experiencia ha identificado las mejores prácticas para el funcionamiento del modelo, la mayoría de ellas relacionadas con la aplicación de los principios de TJ. Independientemente de los diferentes sistemas jurídicos y estatutos procesales en los que pueda ser implementado, se reconocen prácticas terapéuticas que hacen más efectivo su funcionamiento, transforman la visión de la justicia hacia una justicia más humana «centrada en soluciones» y mejoran los sistemas de justicia, estableciendo un equilibrio entre el contenido de la norma, el actuar de los operadores y la respuesta del participante hacia la obtención de los resultados deseados. A continuación, nos centraremos en el análisis del modelo desde la perspectiva de TJ a partir de dos aspectos fundamentales: 1) Los de contenido epistémico y 2) los de contenido procesal.

6.1. Contenido Epistémico

Estas características van íntimamente relacionadas con el actuar de los operadores dentro del TTD, de ahí su naturaleza sustantiva. El fin último de este enfoque consiste en mejorar la percepción de la justicia por parte de los receptores (participante, víctima y sociedad). Es indispensable, que las personas encargadas de operar este tipo de programas, sean consideradas como «agentes terapéuticos o de cambio» que favorecen la adhesión del participante al tratamiento y la integración social del mismo. En este sentido, el perfil de los operadores debe coincidir con un gran sentido profesional, de responsabilidad y ético además de ciertas habilidades como trabajo en equipo, trabajo en situación de estrés y bajo presión (respecto al cumplimiento de plazos legales), empatía, facilidad de

[22] Cobo, S., *Justicia Terapéutica: Experiencias y aplicaciones*. «Hacia un modelo jurídico-terapéutico de intervención a los adolescentes infractores». México, INACIPE-AITJ, 2014, pág. 80.

[23] Promoción de receptividad jurídica y social de la rehabilitación: el rol de la Justicia Terapéutica. OEA-American University, Washington, D.C.2013, pág. 21.

comunicación oral y escrita, creatividad y dinamismo para resolver conflictos, disponibilidad para recibir y ofrecer retroalimentación y conocimientos en materia de justicia penal, mejores técnicas de entrevista (escuchar, sintetizar, dirigir y enfocar al entrevistado), y análisis de las condiciones socio-ambientales y geográficas del lugar donde aplicarán el programa.

Una de las principales fortalezas del modelo, es la metodología de trabajo utilizada que alinea objetivos del área jurídica, sanitaria y social, a través de un grupo de profesionales de diferentes disciplinas, denominado: Equipo Multidisciplinario y conformado mínimamente por un Juez, Ministerio Público, defensor, profesionales de la salud, trabajador (a) social, agente de supervisión y un enlace o coordinador. El Equipo debe trabajar con una apertura metodológica respecto a las formas de trabajo de otras disciplinas (transdisciplina), bajo un esquema horizontal en donde todas las opiniones de los integrantes serán escuchadas con respeto y la toma de decisiones será consensuada y solidaria. En este sentido, resulta indispensable la opinión y expresión propia del participante al momento del diseño del plan de atención, a fin de evitar su cosificación y garantizar el respeto absoluto a su dignidad humana. La evidencia empírica ha demostrado que de la buena percepción del programa por el participante, aumenta el cumplimiento de las órdenes judiciales y su adhesión al tratamiento.

Dentro del desarrollo de las audiencias (inicial, seguimiento y graduación) el juez, como representante del equipo deberá transmitir las decisiones tomadas sobre la base del respeto, neutralidad, de forma sencilla, comprensible y tomando en cuenta la opinión del participante. De ahí que el juez debe ser un líder efectivo que planifique encuentros, establezca metas y fomente la permanente interacción de los operadores, participantes y la comunidad.

La calificación, entrenamiento profesional y estabilidad del equipo es indispensable para el funcionamiento armónico del TTD. Los conocimientos mínimos que los profesionales necesitan para la aplicación del TTD desde una perspectiva de TJ son:

a) Derechos humanos (derecho a la salud, acceso a la justicia, derecho a la información entre otros);

b) Justicia Alternativa y Terapéutica (naturaleza y funciones) a fin de identificar mejores prácticas para la resolución de conflictos de manera efectiva, pacífica y vinculante, alejada completamente de variables represivas de la justicia tradicional.

c) Modelo de Gestión de Casos y Atención (CCM) a fin de coadyuvar con el gestor o coordinador de caso a diseñar el plan integral que incluirá los recursos necesarios para que el participante pueda recuperarse.

d) Formación multidisciplinar, resaltando por una parte aspectos clínicos (que consideran, por ejemplo, a la adicción como una enfermedad crónica y recurrente que implica recaídas) y aspectos de reinserción social (incluyéndola como un componente clave del programa que busca la inclusión social y psicológica efectiva del participante al entorno social).

El TTD deberá considerar las necesidades específicas de personas o grupos en especiales condiciones de vulnerabilidad, por lo tanto, aplicará la perspectiva de género, diversidad sexual, la de niñez y adolescencia entre otras, durante todas las etapas del mismo cuando se identifique que los participantes son miembros de alguno de estos u otros grupos.

Dentro de las habilidades que los operadores necesitan se encuentran:

a) El conocimiento de técnicas de comunicación efectiva y escucha activa, fomentando confianza, a fin de potenciar la participación del usuario en las audiencias del TTD y otorgar una explicación del procedimiento, sus etapas y consecuencias jurídicas, para así generar un clima de retroalimentación que coadyuve al éxito del trabajo y clarifique las funciones de participante, a fin de estar en posibilidades de tomar una decisión voluntaria e informada respecto a su participación en el programa, sin sesgos de ninguna especie;

b) En este contexto es importante considerar que el tiempo dedicado debe ser de calidad a fin de construir un vínculo efectivo entre el juez y el participante en cada audiencia de ahí que la rotación de los jueces y operadores pueda ser contraproducente;

c) Capacidad para adaptar el entorno y crear una atmósfera propicia para que el participante se sienta con la confianza necesaria de expresar situaciones concretas desde el inicio hasta el seguimiento del TTD, por ejemplo, los impedimentos que ha generado o podría generar un incumplimiento de las condiciones impuestas.

d) La frecuencia de las audiencias de seguimiento debe delimitarse conforme a las necesidades de cada participante a fin de garantizar la coherencia del plan de atención.

Además, se requerirá de ciertas aptitudes para realizar adecuadamente su actividad dentro de los TTD. Los operadores de los TTD deben contar con un alto nivel de compromiso individual y grupal (en cuanto a su conformación como miembro del Equipo Multidisciplinario) además de mostrar empatía a fin de conocer las necesidades reales del participante y encontrar soluciones holísticas para gestionar, canalizar y acompañar los procesos, generando un efecto terapéutico en los participantes.

6.2. Contenido Procedimental

En algunas ocasiones, se ha confundido a la TJ con la Justicia Procedimental. Esta última considerada como aquella que busca la equidad en los procedimientos de un tribunal se logra mediante el trato interpersonal en la tramitación del caso, difiere de la Justicia Terapéutica en el sentido que si bien es cierto esta también busca la equidad en el proceso, su fin fundamental es la percepción de los receptores del programa como un procedimiento adecuado, transparente y eficiente, que atiende las necesidades personales de los sujetos procesales y las circunstancias generadas en diferentes contextos, es decir, cuenta con una visión más amplia. En este sentido, es necesario aclarar que los derechos y garantías del procedimiento penal acusatorio son aplicables dentro de los TTD, para lo cual, los principio de TJ pueden ser de gran utilidad. Algunas de las características procesales con enfoque de Justicia Terapéutica de los TTD son:

a) Involucran activamente a la persona participante, considerándola como agente principal y primer responsable de su proceso terapéutico.

b) Los requisitos y la política de cada TTD se encuentran publicados en lenguaje sencillo y claro para que la persona participante comprenda, la naturaleza y consecuencias del programa.

c) Dentro del proceso de asunción de responsabilidad se incluye un programa de incentivos y consecuencias jurídicas en donde se reconocerán los logros de los participantes y en caso de no cumplir con los compromisos y normas establecidas, se aplicarán consecuencias jurídicas, las cuales pueden ser desde un llamado de atención hasta la suspensión del programa, dependiendo de la naturaleza y reiteración del incumplimiento, siempre tomando en cuenta que las recaídas son parte del proceso de rehabilitación.

d) Mantener actividades deportivas, culturales y artísticas de manera periódica que vinculen a los operadores del programa con los participantes del mismo.

e) La supervisión de cada caso preferentemente debe realizarlo un o una trabajadora social y no un agente de seguridad pública.

f) Los modelos de atención deben ser multidisciplinarios, es decir, deberán incluir mínimamente de servicios jurídicos (asesoramiento), sanitarios (tratamiento) y de reinserción (vinculación con redes de apoyo) a fin de cumplir con la integralidad requerida por el tratamiento.

g) Involucrar activamente a la familia u otras personas cercanas o significativas para la persona participante (tutores, padrinos, redes comunitarias), incluso, y si es posible, a las víctimas, como parte del proceso de reinserción social.

El esquema de audiencias (pre-audiencias, inicial, seguimiento y egreso o graduación) sugiere ciertas características terapéuticas, por ejemplo, que sean de corta duración, que se realicen de manera grupal, iniciando desde los más avanzados a fin de que sirva de mecanismo de disuasión, utilizando un lenguaje claro, cercano y motivacional, con objetivos definidos, escucha activa, coherencia y consistencia a la hora de tomar decisiones. En todo momento se garantizará la inmediación procesal, entendida como el vínculo directo y terapéutico entre el juez y el imputado, con una interacción empática y respetuosa por lo que deberá contar con conocimientos de técnicas de *rapport* dando voz a los participantes y así conocer sus necesidades.

El contrato conductual que consiste en una lista de condiciones por cumplir de los participantes, que se le otorgará al participante y se recabará su firma mediante el consentimiento informado garantizando el conocimiento de las condiciones por cumplir. Es indispensable la aplicación de programas de reinserción social que favorezcan la integración del individuo a la sociedad, este tipo de servicios deben privilegiarse por encima de medidas represivas, de ahí que uno de los mayores incentivos de las personas que ingresan a este tipo de programas es la eliminación de antecedentes penales o la historia criminal, el derecho al olvido tiene un profundo enfoque terapéutico que ayuda a una reinserción social positiva y plena. La legitimidad de un programa de esta naturaleza se sustenta en la protección en el respeto absoluto a la dignidad humana del participante, el cual debe ser considerado como un fin y no el medio; por lo que en todo momento se deberá considerar la opinión y expresión propia de sus necesidades para evitar su cosificación.

7. Conclusiones

El modelo de Tribunales de Tratamiento de Drogas es una alternativa positiva, democrática, garantista y terapéutica para los delitos relacionados con el consumo

problemático de sustancias psicoactivas. Tomando en consideración las experiencias acumuladas, a manera de conclusión, se considera importante identificar sus principales fortalezas y áreas de oportunidad, con el fin de impulsar su fortalecimiento y mejora continua hacia estándares adaptados a los principios fundamentales de la Justicia Terapéutica.

Dentro de sus principales fortalezas encontramos la flexibilidad del modelo, debido a que puede adoptar diferentes modalidades de operación según las leyes y los sistemas jurídicos en el lugar donde se implemente sin violentar los principios básicos del debido proceso. Otra fortaleza es la necesidad de comprobar la voluntariedad del participante mediante una aceptación expresa, libre, informada y siempre acompañado(a) de su defensa para participar en el programa; es de resaltarse el vínculo de la persona participante con los operadores del programa a fin de lograr la tan esperada «alianza terapéutica».

Si se parte del supuesto que la adicción es un problema de salud pública que debe ser tratada bajo una perspectiva terapéutica y no punitiva en donde los principios de la Justicia Terapéutica le darán un enfoque holístico (integral) a fin de resolver la causa estructural del delito, lo cual no solo incluye el tratamiento de la adicción sino servicios complementarios como la vivienda, educación y empleo (formación profesional) que apoyan a los participantes a lograr un nivel de vida que fortalezca sus capacidades de independencia y reduzca el daño causado por el uso problemático de sustancias psicoactivas; podemos concluir que la familia, la comunidad y otras redes de apoyo social (organizaciones de la sociedad civil) son fundamentales para el logro de los objetivos.

Por lo que respecta a las áreas de oportunidad, resulta indispensable fomentar la capacitación de los operadores del TTD en materia de TJ a fin de que los mismos actúen como verdaderos agentes de cambio desde un enfoque terapéutico. Por ningún motivo debe de perderse de vista, como elementos esenciales en todo el proceso, las particularidades, especificidades y vulnerabilidades de las y los participantes, con énfasis en el género, diversidad sexual, edad, discapacidades y grupo racial al que pertenecen, por lo cual, resulta indispensable extender los criterios de elegibilidad del programa.

Deben brindarse los recursos indispensables para su correcta operación, de ahí que se deberá fortalecer la capacidad humana (especialistas en cada una de las áreas de atención) y material (centros de tratamiento) a fin de aplicar este tipo de programas de manera óptima. La información, tanto cuantitativa como cualitativa, derivada de las acciones del programa debe ser rigurosamente registrada, administrada y sistematizada, además de ser confidencial (respecto a los datos

personales), y desagregada, al menos por género, características étnicas, edad y nivel socioeconómico a fin de contar con evidencia empírica para la actualización de las políticas del programa. El modelo debe garantizar, en todo caso, el irrestricto respeto y cumplimiento de sus derechos humanos, sin excepciones, así como que las personas participantes no sean estigmatizadas; para ello es indispensable el enfoque terapéutico de los TTD por lo que se recomienda:

1) Aplicarlo con un enfoque diferenciado, es decir, trabajando en grupos con necesidades especiales.
2) Extender el programa a otro tipo de usuarios y ampliar los delitos.
3) Ampliar los programas y políticas de reinserción social especializada a usuarios problemáticos de drogas.
4) Expandir redes de apoyo desde la comunidad, delimitando ejercicios de sensibilización comunitaria.
5) Realizar programas de capacitación y sensibilización en materia de Justicia Terapéutica y derechos humanos, focalizados a las necesidades de los operadores que intervienen en todas las etapas del proceso.

Los Tribunales de Tratamiento de Drogas han resultado ser una alternativa al sistema de justicia penal ordinario que han cambiado el paradigma represivo (punitivo) de la justicia penal tradicional, reduciendo la reincidencia y el uso de sustancias psicoactivas en usuarios problemáticos. A fin de armonizar la norma, el obrar judicial y la respuesta adecuada del participante, el modelo debe seguir una metodología en su aplicación, que corresponda a los principios y postulados de la Justicia Terapéutica (TJ) a fin de ser la respuesta idónea a las necesidades de cada uno de los participantes teniendo siempre como base de su actuación, el respeto irrestricto a la dignidad humana.

8. Referencias

ASOCIACIÓN NACIONAL DE PROFESIONALES DE TRIBUNALES DE DROGAS DE LOS EE.UU. COMITÉ DE ESTÁNDARES DE LOS TRIBUNALES DE DROGAS. *Tribunales de Drogas: Elementos clave*. EU, 1997.

AZAOLA, Elena, Diagnóstico de las y los Adolescentes que cometen Delitos Graves en México. México, 2014.

BENTLEY, Paul; BARNES, Kofi, Principios Básicos de los Tribunales de Tratamiento de Drogas: El Componente Judicial. La Experiencia de Canadá y las Lecciones Aprendidas. En: DEPARTAMENTO DE PROGRAMAS DE JUSTICIA FACULTAD DE ASUNTOS PÚBLICOS, AMERICAN UNIVERSITY,

COMISIÓN INTERAMERICANA PARA EL CONTROL DEL ABUSO DE DROGAS (CICAD), SECRETARÍA DE SEGURIDAD MULTIDIMENSIONAL, ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). En: Tribunales de Tratamiento de Drogas: Una Respuesta Internacional para Infractores Dependientes de Drogas, 2013.

CIDH. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N.º 12: Debido Proceso.

COBO, Sofía, Justicia Terapéutica: Experiencias y aplicaciones. «Hacia un modelo jurídico-terapéutico de intervención a los adolescentes infractores». INACIPE-AITJ. 2014. México.

DELGADILLO PADIERNA, Felipe de Jesús, *El modelo de cortes de drogas en Estados Unidos —antecedentes, implementación y resultados—*. Nova Iustitia. Revista Digital de la Reforma Penal, Año VI, Número 24, agosto 2018. México.

FERRAJOLI, Luigi, *¿Qué es el garantismo?* En: https://www.palermo.edu/Archivos_content/2018/derecho/abril/derecho-garantismo/ferrajoli.pdf. Consultado en abril, 2020.

FLEMING TELLO, Nancy, *La Justicia Alternativa en el Marco del Sistema de Justicia Penal Acusatorio*. En: SEGOB. Revista semestral del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, vol. VI. México, año IV, septiembre 2013.

GOBIERNO DE ESPAÑA Y ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). *Glosario de términos de alcohol y drogas*. España, 2008.

LARA SÁENZ, Leoncio, La Justicia Terapéutica como alternativa en el sistema Penal Mexicano. México, 2016.

Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal. México.

MARSHALL, Tony, en: UNAM. *Mediación y Justicia Restaurativa*. México, 2013.

NADCP. *Trabajo de las Cortes de Tratamiento*. En: https://www.nadcp.org/treatment-courts-work/.

OEDT. Reinserción Social y empleo: Evidencia e intervenciones para usuarios de drogas en tratamiento. Luxemburgo, 2012.

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. Acceso a la justicia. Los tribunales. Manual de instrucciones para la evaluación de la justicia penal. EU, 2010.

ONU. OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. *Manual sobre programas de justicia restaurativa, Serie de Manuales sobre Justicia Penal*. Estados Unidos, 2006.

OPEN SOCIETY FOUNDATIONS. Tribunales de drogas: pruebas contradictorias sobre una intervención popular. EU, 2015..

HORA, Peggy F., SCHMA, William G. & ROSENTHAL, John T., Therapeutic Jurisprudence and the DrugCourt Movement: Revolutionzing the Criminal Justice System's Response to Drug Abuse and Crime in America. Estados Unidos, 1999.

SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN. *¿Qué es la justicia alternativa?* México. En: https://www.gob.mx/segob/articulos/que-es-la-justicia-alternativa-19298.

SOCIAL SCIENCE RESEARCH COUNCIL. Tribunales de Tratamiento de Drogas en las Américas. Informe elaborado por el Programa Drogas, Seguridad y Democracia.

VALVERDE, M.R., Modelo de Gestión de Casos e Investigación. Murcia, 2012.

VISCARRET, Juan Jesús, *Modelos y Métodos de Intervención en Trabajo Social*. Política social/ servicios sociales. Alianza Editorial. España, 2014.

Capítulo IX Justicia Terapéutica y armonización del sistema

Esther PILLADO GONZÁLEZ

Universidad de Vigo

1. La humanización de la Justicia Penal Juvenil y el Debido Proceso

La humanización de la justicia penal que trae consigo la aplicación de los principios propios de la Justicia Terapéutica (en adelante, TJ), no debe hacerse a costa de los derechos y garantías que forman parte del debido proceso; sino que, más bien al contrario, cualquier avance que se realice en un sistema procesal penal en materia de TJ, debe ser siempre sobre la base del respeto al debido proceso.

Con la TJ tratamos de humanizar un ordenamiento jurídico, focalizando en el lado humano, emocional y psicológico de las distintas normas, ya sean sustantivas o procesales, así como su aplicación por todos los operadores jurídicos para, de esta manera, promover el bienestar de las personas a las que afectan[1]. Esa humanización de las normas y su aplicación requiere incorporar al ordenamiento jurídico principios e instrumentos propios de las ciencias de la conducta como son la psicología, la psiquiatría, el trabajo social o la criminología, pero sin vulnerar en ningún caso los derechos de las personas y siempre dentro del respeto de todas las garantías procesales que conforman el derecho al debido proceso.

En consecuencia, debe partirse como premisa, en todo caso, para la implementación de los principios propios de la TJ en un sistema de justicia penal, del respeto a los derechos procesales fundamentales de los sospechosos o acusados en el proceso penal. Así, deben quedar garantizados los derechos de igualdad y de defensa, así como los principios de contradicción y de presunción de inocencia. Una vez asentados estos principios y derechos en la extensión que desde hace décadas se ha ido consolidando por nuestros textos internacionales de derechos humanos, se pueden ir implementando los valores propios de la TJ.

Centrándonos en la justicia juvenil, debe tenerse en cuenta que la razón de ser de un modelo de proceso penal para jóvenes y menores diferente al propio de los adultos, se basa en la evidencia de que el desarrollo físico, intelectual y emocional de los mismos no es igual al de los adultos en cuanto su personalidad se encuentra

[1] Pillado González, Esther, «Aproximación al concepto de justicia terapéutica», en *Hacia un proceso penal más reparador y resocializador: avances desde la Justicia terapéutica* (dir. Pillado González), Madrid, 2019, pág. 13.

en pleno proceso de desarrollo. Esta circunstancia va a conllevar que el proceso debe orientarse a su educación y reinserción social con el objeto de que, una vez alcanzada la edad adulta, se integre en la sociedad de forma responsable. Por ese motivo, los distintos instrumentos internacionales dotan al procesal penal juvenil de una especial configuración, en cuanto debe estar orientado en todo caso al interés del menor; esto es, tendrá unas especialidades propias que permitirán que las decisiones y medidas que se adopten a lo largo de su tramitación sean las más beneficiosas para la educación del menor a la vista de sus circunstancias personales, educativas y sociales.

Además, esa especial configuración del proceso penal juvenil debe hacerse siempre dentro del respeto a los derechos y principios procesales básicos que los textos constitucionales y los instrumentos internacionales reconocen a los adultos. No se debe olvidar que desde la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN), el menor aparece configurado como un sujeto de derechos al que debe darse una protección especial que haga posible su bienestar y desarrollo, al que se le reconocen de forma expresa los derechos y libertades fundamentales que se consagran normalmente en los distintos textos constitucionales para todos los ciudadanos.

Como conclusión de todo lo expuesto, la implementación de los principios inspiradores de la TJ en el proceso penal juvenil debe hacerse siempre dentro del respeto a los derechos y garantías procesales reconocidos en las constituciones y textos internacionales actualmente vigentes.

2. La protección de los derechos procesales de los sospechosos y acusados en los procesos penales en la Unión Europea

La Unión Europea (en adelante, UE), en su afán de consolidar un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, «sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia» (art. 2.3. Tratado de la Unión Europea), ha ido aprobando toda una serie de disposiciones en materia de cooperación judicial y policial basadas en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales de los Estados Miembros; este principio, supone la articulación de la cooperación judicial penal sobre la base de relaciones directas entre las autoridades judiciales entre los Estados miembros, sin la intervención obligatoria de autoridades centrales, y está basado en la confianza mutua entre todos ellos[2];

[2] Se ha destacado, con acierto, la inadecuación de la expresión *reconocimiento mutuo* que no comprende en toda su extensión el significado de este principio en cuanto no se persigue

elemento esencial para que surja esa confianza mutua es que los Estados miembros sean respetuosos con los derechos y garantías procesales de los sospechosos y acusados en los procesos penales. Sólo de esta forma se avanzará en el reconocimiento y ejecución de las resoluciones dictadas por las autoridades competentes de emisión de otros Estados de manera prácticamente automática, con causas tasadas de suspensión y denegación del reconocimiento.

En consecuencia, para la adecuada implementación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en el espacio europeo, era necesario armonizar un estándar mínimo de garantías y derechos procesales; por ese motivo, el 30 de noviembre de 2009, el Consejo de la UE adoptó una *Resolución relativa al Plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales* en el que insta a los Estados miembros a adoptar, de forma gradual, medidas relativas a los siguientes derechos[3]: traducción e interpretación; información sobre los derechos e información sobre los cargos; asesoramiento jurídico y justicia gratuita; comunicación con los familiares, el empleador y las autoridades consulares; salvaguardias especiales para acusados o sospechosos que sean vulnerables.

Sobre la base del citado Plan de trabajo, se fueron aprobando varias Directivas sobre estos derechos procesales en el proceso penal. A saber, la *Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales*; la *Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales*; la *Directiva 2013/48/UE, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad*; la *Directiva (UE) 2016/1919, de 26 de octubre de 2016, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención*; la *Directiva (UE) 2016/343, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio*.

únicamente el reconocimiento de una resolución en el otro Estado miembro, sino además que la misma sea ejecutada y despliegue todos sus efectos en el mismo. Vid. Rodríguez-Medel Nieto, Carmen, *Obtención y admisibilidad en España de la Prueba Penal Transfronteriza. De las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, págs. 218 y 219.

[3] *Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009 sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales* (2009/C 295/01).

A las anteriores, debe añadirse la *Directiva (UE) 2016/800, de 11 de mayo, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales*, que es la que interesa en este estudio; en su análisis, desde el punto de vista de los avances en materia de TJ, se centran los apartados siguientes.

3. Consideraciones generales sobre la directiva (UE) 2016/800, de 11 de mayo, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales

El objetivo general perseguido por la Directiva 2016/800, de acuerdo con su considerando 2, es «reforzar la confianza de los Estados miembros en los sistemas de justicia penal de cada uno de ellos y contribuir de este modo a facilitar el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal»; para ello, considera necesario el establecimiento de garantías procesales para que los menores sospechosos o acusados en los procesos penales «puedan comprender y seguir dichos procesos, a fin de permitirles ejercer su derecho a un juicio justo, prevenir su reincidencia y fomentar su inserción social» (considerando 1). Se trata, de uniformar el derecho de los Estados miembros en este punto concreto, puesto que, aunque todos son parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE) y la CDN, «la experiencia ha puesto de manifiesto que, por sí sola, esa circunstancia no siempre aporta el grado de confianza suficiente en los sistemas judiciales penales de los demás Estados miembros» (considerando 3 Directiva 2016/800).

En consecuencia, la Directiva 2016/800 es una norma de armonización que persigue uniformar el derecho procesal penal de menores de los Estados miembros, estableciendo unas garantías procesales mínimas para los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, con el fin de facilitar la cooperación judicial penal en la justicia penal juvenil. Como ya se indicó todos los Estados miembros son parte del CEDH y también de la CDFUE, pero eso no significa que no haya diferencias entre las normas procesales que regulan el sistema penal juvenil de cada uno de ellos que, no olvidemos, tienen tradiciones jurídicas distintas.

Como se ha apuntado, la Directiva 2016/800 establece garantías mínimas que han de regir en todos los Estados miembros; pero éstos podrán ampliarlas para ofrecer a los menores un mayor nivel de protección (considerando 67). Además, la propia Directiva 2016/800 pone de manifiesto que aquellos países que tienen un nivel de protección más amplio que el previsto en la norma europea, no puede utilizar ésta como excusa para rebajar sus garantías (art. 23). No debe perderse de vista la

importancia que tiene el hecho de que el legislador europeo haya decidido utilizar una Directiva para regular los derechos y garantías de los menores involucrado en un proceso penal, en cuanto esta modalidad de disposición requiere que los Estados miembros aprueben, dentro del plazo previsto en la misma[4], la correspondiente norma de transposición que adapte su derecho nacional a los requerimientos previstos en la norma europea. De ahí la importancia de esta Directiva 2016/800 desde el punto de vista de la especial protección que requieren los menores que se enfrenta a un proceso penal en el espacio europeo. Si ponemos el ejemplo de España en relación a la incidencia que ha tenido esta Directiva 2016/680 en el sistema de justicia juvenil español, debe decirse que, tal como está configurado en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de Menores, no solo cumple con las garantías procesales mínimas fijadas en la norma europea para los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, sino que, en algunos aspectos, fija un estándar de protección más alto que el previsto en la misma[5].

En todo caso, de acuerdo con el considerando 8 Directiva 2016/800, los Estados miembros deben velar porque el interés superior del menor constituya un principio esencial en todas las actuaciones relativas a los menores sospechosos o acusados en un proceso penal, en coherencia con el art. 24.2 CDFUE; y que los derechos previstos en la Directiva 2016/800 se apliquen «sin discriminación alguna por motivo alguno, como la raza, el color, sexo, orientación sexual, idioma, religión, opinión política o de otra índole, nacionalidad, origen étnico o social, patrimonio, discapacidad o nacimiento» (considerando 65).

El interés superior del menor obligará a los Estados Miembros, a la vista de la estigmatización que para los menores supone entrar en contacto con la justicia penal, a la adopción de las medidas adecuadas para que los procesos se tramiten con carácter urgente y con la debida diligencia (art. 23 Directiva 2016/800).

Además, no se debe perder de vista que la Directiva 2016/800 debe ser interpretada y aplicada de conformidad con los derechos y principios fundamentales reconocidos por la CDFUE y por el CEDH, incluidos «la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, el derecho a la libertad y a la seguridad, el respeto de la vida privada y familiar, el derecho a la

[4] La Directiva 2016/800 ha entrado en vigor el 10 de junio de 2016 (art. 26) y debe ser transpuesta por los Estados miembros antes del 11 de junio de 2019 (art. 24.1).

[5] Aunque sería preciso algún ajuste en cuestiones puntuales. Vid. al respecto, Pillado González, Esther, «Implicaciones de la Directiva (UE) 2016/800, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, en la Ley de responsabilidad penal del menor», (RI §421435), *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 48, 2019, págs. 58 a 97.

integridad de la persona, los derechos del menor, la integración de las personas discapacitadas, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, la presunción de inocencia y el derecho de defensa» (considerando 66).

Por supuesto, la Directiva 2016/800 no prevé a lo largo de su articulado todos y cada uno de los derechos y garantías que corresponden a los menores sospechosos o acusados en un proceso penal, sino que se limita a recoger aquellos que, a la vista de las necesidades de protección de los menores de edad, necesitan una previsión especial. Por tanto, se parte de la consideración de sujeto de derecho del menor de edad, en coherencia con las disposiciones de la CDN, al que le corresponden los mismos derechos y garantías procesales que a los adultos.

A lo largo de estas páginas se expondrá el estándar de garantías y derechos que se requieren en los sistemas de justicia juvenil europeo de acuerdo con lo previsto en la Directiva 2016/800, no obstante, con carácter previo, se hará una pequeña referencia al ámbito de aplicación de la norma europea con el objeto de establecer su concreta extensión.

4. Ámbito de aplicación de la Directiva 2016/800

De acuerdo con su art. 2, la Directiva 2016/800 se aplicará a los menores sospechosos o acusados en procesos penales hasta la decisión definitiva que determine si han cometido una infracción penal, incluidas, cuando procedan, la imposición de la condena y la resolución de cualquier recurso[6].

Especialmente relevante es que la Directiva 2016/800 da una definición de qué se entiende por «menor», señalando en su art. 3.1 que se trata de «toda persona de menos de 18 años» (art. 3); con esta previsión, que guarda coherencia con el art. 1 CDN[7], se trata de armonizar la edad a partir de la cual una persona debe ser

[6] Además, la aplicación de determinados derechos previstos en la Directiva se extiende también a los menores que sean «personas buscadas» (sujetos a una Orden de Detención Europea), desde el momento de su detención en el Estado miembro de ejecución (considerando 61); en concreto, se trata de los previstos en los arts. 4, 5, 6, 8 10 a 15 y 18 (art. 17 Directiva 2016/800).

[7] Se ajusta a lo señalado por el Comité de Derechos del Niño que «recomienda a los Estados Partes que limitan la aplicabilidad de las normas de la justicia de menores a los niños menores de 16 años, o que permiten, a título de excepción, que los niños de 16 o 17 años sean tratados como delincuentes adultos, que modifiquen sus leyes con miras a lograr la plena aplicación, sin discriminación alguna, de sus normas de justicia de menores a todas las personas menores de 18 años. El Comité observa con reconocimiento que algunos Estados Partes permiten la aplicación de las normas y los reglamentos de la justicia de menores a personas que tienen 18 años o más, por lo general hasta los 21 años, bien sea como norma general o como excepción. Vid. *Observación*

sometida al proceso penal juvenil, obligando a los Estados miembros a aplicar las garantías de la Directiva a quienes no hayan alcanzado esa edad. Sin duda, esto supone un gran avance en este ámbito a la vista de las diferencias existentes en los distintos Estados.

Además, la Directiva 2016/800 establece una presunción de minoría de edad que se aplicará en todos aquellos casos en que se dude sobre la misma (art. 3 y considerando 13); todo ello, con independencia de que los Estados miembros tengan la obligación de «determinar la edad de los menores a partir de las declaraciones de los propios menores, la comprobación del estado civil, investigaciones documentales, otras pruebas y, si no se dispone de tales pruebas o no resultan concluyentes, un reconocimiento médico; el mismo debe realizarse únicamente como último recurso, respetando estrictamente los derechos del menor, así como su integridad física y dignidad humana» (considerando 13 Directiva 2016/800).

Ahora bien, debe tenerse claro que la Directiva 2016/800 no pretende armonizar la regulación de la edad penal juvenil en los Estados miembros, tal como se pone de manifiesto de forma expresa en su art. 2.5 cuando señala que la misma no afectará a las normas nacionales que la determinan. Habría sido una importante mejora en la protección de los menores, la inclusión de una disposición en este sentido a la vista de la gran disparidad que existe en esta materia en los distintos Estados miembros, no sólo en relación a la edad mínima prevista, sino también en lo que respecta a la utilización de un criterio único para la determinación de la minoría de edad penal puesto que existen países que utilizan un criterio biológico (fijando límites de edad), como ocurre en España, otros en cambio, un criterio mixto o biopsicológico (como en Francia, Italia o Bélgica), donde además de tener en cuenta unos límites de edad, se analiza el grado de madurez de la persona que le permita comprender el carácter lícito o ilícito de su conducta[8].

Objetivamente, la Directiva 2016/800 se aplica únicamente a los procesos penales, incluido el procedimiento de ejecución de una orden europea de detención y entrega (art. 2.6), no debiendo extenderse a otro tipo de procedimientos[9]; aunque sí se aplicará a aquellos que no tengan naturaleza penal

General, n.º 10 (2007) Los derechos del niño en la justicia de menores. CRC/C/GC/10 25 de abril de 2007, pág. 11.

[8] Vid. Vázquez González, Carlos, *Derecho Penal Juvenil Europeo,* Dykinson, Madrid, 2005.

[9] El considerando 17 Directiva 2016/800 se refiere en concreto a los procedimientos «que estén concebidos específicamente para menores y puedan dar lugar a medidas protectoras, correccionales o educativas».

pero sí una fase de recurso ante un órgano jurisdiccional penal y sólo en relación a la citada fase.

Finalmente, en cuanto a su ámbito territorial, la Directiva 2016/800 vincula a todos los Estados miembros de la UE, a excepción de Reino Unido[10], Irlanda y Dinamarca (considerandos 69 y 70, respectivamente).

5. Derecho a la información al menor y al titular de la patria potestad

Como señala expresamente el considerando 18 Directiva 2016/800, esta norma «establece nuevas garantías complementarias en lo relativo a la información que debe facilitarse al menor y al titular de la patria potestad a fin de tener en cuenta las necesidades y vulnerabilidades específicas de los menores». En coherencia con esto, parte esta norma de la obligación general de los Estados miembros de garantizar que los menores sospechosos o acusados y los titulares de la patria potestad sean informados con prontitud de acuerdo con las Directivas 2012/13 y 2013/48, pero además deberá facilitárseles toda la información de los derechos a que se refiere la propia Directiva 2016/800 y en la forma en que la misma prevé. Estos derechos son desarrollados en los arts. 4 y 5 Directiva 2016/800 en relación a la información al menor y al titular de la patria potestad, respectivamente.

Tal información, que se expone en los apartados siguientes, debe proporcionarse en un lenguaje sencillo y accesible y con el suficiente grado de detalle para salvaguardar la equidad del proceso y el ejercicio del derecho de defensa. Podrá hacerse por escrito o verbalmente, o de ambos modos, pero en todo caso debe quedar constancia de que se le ha facilitado la información de acuerdo con el procedimiento que establece el derecho nacional (art. 4.2 Directiva 2016/800)[11].

Precisamente para facilitar la efectividad del derecho a la información del menor, la Directiva 2016/800, en su art. 20 incide en la necesidad de que «el personal de las autoridades policiales y de los centros de detención que traten asuntos relacionados con menores reciban formación específica de un nivel que sea el

[10] Pese a que Reino Unido ya no es miembro de la UE desde el Acuerdo de Retirada de 31 de enero de 2020, esto no significa la inaplicación de la Directiva 2016/800 puesto que la entrada en vigor del citado acuerdo ha dado inicio a un período transitorio que se prolongará hasta el 31 de diciembre de 2020. A partir de ese momento se estará a los acuerdos que se alcancen al respecto.

[11] Sería muy conveniente acudir a las experiencias que se están realizando ya con el colectivo de personas con discapacidad intelectual sobre «lectura fácil» de los derechos que podrían trasladarse o replicarse en la justicia de menores; así, sería conveniente adaptar un modelo de Acta de derechos del menor detenido a los estándares de lectura fácil. Vid. Fernández Molina, Vicente Márquez y Tarancón Gómez («Derechos procesales de los menores extranjeros: un estudio de su aplicación práctica en la justicia penal», *InDret*, núm. 2, 2017, www.indret.com.

adecuado al tipo de contacto con los menores, en materia de… comunicación en un lenguaje adaptado al menor»; por su parte, en su considerando 63 se insta a los Estados miembros a la adopción de las medidas adecuadas para que esa formación se extienda también a los jueces, fiscales o letrados.

Sólo a través de personal con una formación especializada será posible que el menor comprenda el verdadero alcance del procedimiento en que se encuentra incurso y el significado real de los derechos que le asisten; de esta forma se garantizará plenamente el ejercicio de su derecho de defensa.

Con acierto, no se alude en la Directiva 2016/800 a la persona o personas responsables de facilitar la información al menor, pues será una cuestión que deberá ser concretada por parte del derecho nacional de cada Estado miembro a lo largo de las distintas fases procesales.

Asentadas estas cuestiones generales, procede ahora entrar, en los apartados siguientes, en el análisis del derecho a la información del menor y del titular de la patria potestad.

5.1. Derecho a la información del menor

El derecho a la información del menor tiene por objeto que el mismo conozca y comprenda las razones que la han llevado a estar sometido a un proceso penal, cuáles son las distintas fases del mismo y qué derechos le asisten a lo largo de su tramitación. Este derecho está recogido en el art. 4.1 Directiva 2016/800 que parte, en su inciso primero, de la obligación de los Estados miembros de poner en conocimiento de los menores su condición de sospechosos o acusados en un proceso penal para seguidamente, «con prontitud», informarles de sus derechos con arreglo a la Directiva 2012/13 y de los aspectos generales del desarrollo del proceso. En relación a esta última cuestión, el considerando 19 Directiva 2016/800 concreta que se trata de facilitar «una breve explicación de las posteriores fases procesales, en la medida en que sea posible en interés del proceso penal, y sobre la función de las autoridades que intervienen»; todo ello, dependiendo de las «circunstancias de cada caso».

A lo largo del inciso segundo del art. 4.1 Directiva 2016/800 se enumera el contenido concreto del derecho del menor, haciendo una diferenciación sobre la información que debe facilitarse al mismo dependiendo del momento procesal concreto. A saber, en primer término, el menor, con prontitud, cuando se ponga en su conocimiento su condición de sospechoso o acusado, deberá ser informado de los derechos siguientes: a) el derecho a que el titular de la patria potestad sea informado (art. 5); b) el derecho a asistencia letrada (art. 6); c) el derecho a la protección de la vida privada (art. 14); d) el derecho a estar acompañado por el

titular de la patria potestad durante determinadas fases del proceso que no sean las vistas (art. 15.4); e) el derecho a asistencia jurídica gratuita (art. 18).

En segundo término, el menor también deberá ser informado, en la fase más temprana del proceso en que ello resulte adecuado, de los derechos siguientes: a) el derecho a una evaluación individual (art. 7); b) el derecho a un reconocimiento médico, incluido el derecho a asistencia médica (art. 8); c) el derecho a la limitación de la privación de libertad y al uso de medidas alternativas, incluido el derecho a la revisión periódica de la detención (arts. 10 y 11); d) el derecho a estar acompañado por el titular de la patria potestad durante las vistas (art. 15.1); e) el derecho a estar presente en el juicio (art. 16); f) el derecho a vías de recurso efectivas (art. 19).

Finalmente, el menor deberá ser informado, en el momento de la privación de libertad, de su derecho a un trato específico durante la citada privación (art. 12).

Llama la atención que el art. 4 Directiva no incluya en su enumeración el derecho del menor a ser escuchado, esencial para la defensa efectiva del menor.

Debe resaltarse, finalmente, que en el art. 4 Directiva 2016/800 no se hace referencia al derecho a ser informado de los hechos que se imputan así como al derecho a guardar silencio y a no prestar declaración si no desea hacerlo, y a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen o a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable o el derecho a la traducción e interpretación; este silencio se debe a que estos derechos ya aparecen recogidos en la Directiva 2012/13, de aplicación también en relación a los menores, sin ninguna especialidad.

5.2. Derecho de información del titular de la patria potestad

La información expuesta en el apartado anterior también se le debe facilitar cuanto antes al titular de la patria potestad (art. 5 Directiva 2016/800); no obstante, siendo la anterior la norma general, la información deberá ser suministrada a otro adulto adecuado designado por el menor y aceptado como tal por la autoridad competente, en caso de que el hecho de facilitar esa información al titular de la patria potestad o bien, sea contrario al interés superior del menor; o no sea posible porque, tras haberse realizado esfuerzos razonables, no se pueda localizar a ningún titular de la patria potestad o se desconozca su identidad; o

finalmente porque, habida cuenta de circunstancias objetivas y fácticas, pueda comprometer seriamente el proceso penal[12].

Cuando el menor no haya designado a otro adulto adecuado o el adulto designado por el menor no resulte aceptable para la autoridad competente, esta última, teniendo en cuenta el interés superior del menor, designará e informará a otra persona. Dicha persona también podrá ser una persona dependiente de una autoridad o de alguna institución responsable de la protección o del bienestar de los menores (art. 5.2 Directiva 2016/800).

Cuando dejen de existir las circunstancias que hayan llevado a las autoridades competentes a facilitar información a otro adulto adecuado en lugar de al titular de la patria potestad, se debe facilitar al mismo toda la información que el menor reciba de conformidad con la presente Directiva y que siga siendo pertinente en el proceso (art. 5.3 Directiva 2016/800). Como se apunta en el considerando 24 Directiva 2016/800, esa exigencia no debe prolongar innecesariamente el proceso penal.

6. Derecho a la asistencia letrada

Los menores sospechosos o acusados en procesos penales tendrán derecho a la asistencia de letrado de modo que puedan ejercer de forma efectiva su derecho de defensa (art. 6 Directiva 2016/800); como establece el considerando 27, por asistencia letrada se entenderá la asistencia jurídica y representación por un letrado durante el proceso penal.

Dado que los menores se consideran vulnerables y no siempre son capaces de comprender y seguir plenamente un proceso penal, deben estar asistidos por un letrado en las situaciones previstas en la Directiva 2016/800; por ese motivo, los Estados miembros deben organizar la asistencia letrada, cuando ni el menor ni el titular de la patria lo hayan hecho (considerando 26). En coherencia con esto, los Estados miembros deberán proporcionar asistencia jurídica gratuita que garantice el ejercicio efectivo de este derecho (art. 18 Directiva).

Debe resaltarse que en la Directiva 2016/800 no se contempla la posibilidad de renuncia al derecho de asistencia letrada, como hace el art. 9 Directiva 2013/48/UE, en relación con los adultos, en cuanto el menor al encontrarse inmerso todavía en un proceso de desarrollo físico y mental, requiere en todo caso

[12] Por ejemplo, cuando las pruebas puedan ser destruidas, cuando los testigos puedan ser objeto de injerencias o el titular de la patria potestad haya podido estar involucrado en la presunta actividad delictiva junto con el menor (Considerandos 23 y 58 Directiva 2016/800).

de la intervención de un letrado para garantizar la efectividad de su derecho de defensa[13].

Los menores deben recibir asistencia letrada sin demora indebida en cuanto se ponga en su conocimiento la condición de sospechosos o acusados[14]; en cualquier caso, la recibirán a partir de que se produzca alguna de las actuaciones que enumera el propio art. 6.3 Directiva 2016/800; a saber, a) antes de que sean interrogados por las autoridades policiales o judiciales; b) cuando las autoridades responsables de la investigación realicen una actuación de investigación o de obtención de pruebas; c) tras la privación de libertad; d) cuando sean citados para personarse ante un órgano jurisdiccional penal, con la suficiente antelación antes de que se presenten ante dicho órgano.

De conformidad con el art. 6.4 Directiva 2016/800, la asistencia letrada comprenderá los siguientes aspectos: a) el derecho a entrevistarse en privado y a comunicarse con el letrado defensor, incluso antes de los interrogatorios policiales o judiciales; b) el derecho a recibir asistencia letrada durante el interrogatorio y a que el letrado pueda intervenir de manera efectiva durante el mismo; c) el derecho a recibir asistencia letrada, como mínimo, en los siguientes actos de investigación o de obtención de pruebas, siempre que estén previstos en el Derecho nacional y se requiera o permita que el sospechoso o acusado asista al mismo: ruedas de reconocimiento; careos; y reconstrucciones de los hechos. En todos aquellos casos en que sea necesaria la asistencia letrada y no esté presente ningún letrado, las autoridades competentes aplazarán el interrogatorio del menor, u otros actos de investigación o de obtención de pruebas, durante un período razonable, para dar tiempo a que llegue el letrado (art. 6.7 Directiva 2016/800).

Ahora bien, como señala el considerando 27 Directiva 2016/800, la asistencia letrada no exige que el letrado deba estar presente siempre en cada acto de investigación o de obtención de pruebas. En coherencia con ello, en el considerando 28, se entiende que «siempre que se respete el derecho a un juicio justo, la obligación de los Estados miembros de prestar asistencia letrada a los

---

[13] Vid. Serrano Masip, Mercedes, «Garantías procesales penales específicas reconocidas a menores sospechosos o acusados», en Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar (dir. Jimeno Bulnes), Bosch, Barcelona, 2016, pág. 240.

[14] Así, cuando «durante un interrogatorio, un menor que no sea sospechoso ni acusado se convierta en sospechoso o acusado, debe suspenderse el interrogatorio hasta que se ponga en conocimiento del menor su condición de sospechoso o acusado y disponga de asistencia letrada» (Considerando 29 Directiva 2016/800).

menores sospechosos o acusados, de conformidad con la presente Directiva, no incluye las siguientes actuaciones: la identificación del menor; la decisión de si debe iniciarse una investigación; la comprobación de la posesión de armas u otras cuestiones de seguridad similares; los actos de investigación o de obtención de pruebas que no sean los mencionados específicamente en la presente Directiva, como los cacheos, los reconocimientos físicos, los análisis de sangre, de detección de alcohol u otros similares, o la obtención de fotografías o de huellas dactilares; o la presentación del menor ante una autoridad competente o su entrega al titular de la patria potestad o a otro adulto adecuado de conformidad con el Derecho nacional».

La Directiva 2016/800, en su art. 6.6, permite establecer excepciones al derecho de asistencia lebrada, siempre que se respete el derecho a un proceso justo, cuando la misma «no sea proporcionada en las circunstancias del caso», teniendo en cuanto la gravedad de la presunta infracción penal, la complejidad del caso o las medidas que podrían tomarse respecto de dicha infracción, todo ello sin perjuicio de que esa decisión pueda afectar al interés superior del menor. Aunque, en todo caso, los menores deben recibir asistencia letrada cuando se les ponga a disposición del órgano jurisdiccional competente para decidir sobre su detención, durante el tiempo de duración de la detención, así como durante la vista oral del juicio, en especial cuando se le pueda imponer una pena privativa de libertad.

Por otra parte, el art. 6.8 Directiva 2016/800 permite a los Estados miembros que, en circunstancias excepcionales y únicamente antes de llegar a juicio, puedan dejar de aplicar temporalmente el derecho a la asistencia letrada cuando esté justificado por alguno de los siguientes motivos: o bien una necesidad urgente de una actuación inmediata de la autoridad para evitar graves consecuencias para la vida, la libertad o la integridad física de una persona; o una actuación urgente de las autoridades de investigación para evitar comprometer seriamente el proceso penal en relación con una infracción penal grave[15].

Como señala el considerando 31 Directiva 2016/800, durante la vigencia de una excepción temporal del derecho de asistencia letrada, las autoridades competentes podrán interrogar a un menor sin la presencia del letrado, «siempre que se le haya informado de su derecho a guardar silencio y de que puede ejercer ese derecho, y que el interrogatorio no menoscabe el derecho de defensa, incluido el derecho a no declarar contra sí mismo». Solo podrá llevarse a cabo el interrogatorio sin la

[15] Por ejemplo, con el fin de obtener información sobre los presuntos autores de una infracción penal grave o para evitar que se pierdan pruebas importantes relativas a una infracción penal grave (considerando 31 Directiva 2016/800).

presencia de abogado en la medida necesaria para obtener información que sea esencial para evitar graves consecuencias negativas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona o para evitar comprometer seriamente el proceso penal; en otro caso, el recurso abusivo a esta excepción temporal supondría «un perjuicio irremediable para el derecho de defensa».

La excepcionalidad de la limitación temporal del derecho de asistencia letrada exige que los Estados miembros establezcan con claridad en su Derecho nacional los motivos que permiten su aplicación, debiendo, además hacer un uso restrictivo de ella. La excepción temporal debe ser «proporcionada, estrictamente limitada en el tiempo, no basarse exclusivamente en el tipo o la gravedad de la presunta infracción penal y no ir en detrimento de la equidad general del proceso» (considerando 32 Directiva 2016/800).

La decisión de proceder al interrogatorio del menor en ausencia del letrado, conforme al art. 6.8 Directiva 2016/800 solo podrá adoptarse, caso por caso, por una autoridad judicial o por otra autoridad competente cuyas decisiones puedan ser objeto de control jurisdiccional y siempre teniendo en cuenta el interés del menor.

Como un elemento clave para garantizar el derecho de defensa de los menores, la Directiva 2016/800 insta a los Estados miembros a respetar la confidencialidad de las comunicaciones entre los menores y sus letrados (considerando 33). Dichas comunicaciones incluirán las reuniones, la correspondencia, las conversaciones telefónicas y otras formas de comunicación permitidas en el Derecho nacional (art. 6.5)[16].

7. Derecho a la evaluación individual de las características y circunstancias del menor

De conformidad con el art. 7 Directiva 2016/800, se deberán tener en cuenta las necesidades específicas de los menores sospechosos o acusados en materia de protección, educación, formación e inserción social por parte de los Estados miembros; ello exigirá la realización de una evaluación individual de su personalidad y madurez, de su contexto económico, social y familiar, y de cualquier vulnerabilidad específica que pueda tener el menor.

[16] Esto «sin perjuicio de los procedimientos aplicables a la situación en que se sospeche, a partir de indicios objetivos y fácticos, que el letrado está implicado junto con el menor en la comisión de una infracción penal. Una actividad delictiva del letrado no puede reputarse asistencia legítima a los menores en el marco de la presente Directiva» (considerando 33 Directiva 2016/800).

Con esa evaluación individual se trata de obtener la información necesaria para determinar si el menor precisa de alguna medida de protección a lo largo del proceso o si procede adoptar alguna medida cautelar, así como para concretar el grado de responsabilidad del menor y la idoneidad de las medidas a imponer, en su caso, en la sentencia condenatoria (art. 7.4 y considerando 35 Directiva 2016/800). Debe tenerse en cuenta que la proporcionalidad de la evaluación individual en cuanto a su alcance y grado de detalle dependerá de las circunstancias del caso, de las medidas que se pueden adoptar al menor si es declarado culpable y de si el mismo ha sido sometido recientemente a otra evaluación individual (art. 7.3 Directiva 2016/800). Incluso se permite excepcionar la obligación de realizar la evaluación individual por parte de los Estados miembros siempre que se justifiquen detalladamente a la vista de las circunstancias del caso y siempre que sean compatibles con el interés del menor.

La evaluación individual debe realizarse en la fase más temprana posible del proceso y con antelación suficiente para que el fiscal, el juez u otra autoridad competente puedan tener en cuenta la información que se derive de ella antes de formular una acusación destinada al juicio. No obstante, debe ser posible formular una acusación aun no existiendo una evaluación individual, siempre que sirva al interés superior del menor[17]; aunque en todo caso ha de estar disponible al inicio de la sesión del juicio (art. 7.6 Directiva 2016/800). La evaluación individual debe estar actualizada, de manera que, si las circunstancias del menor varían de forma significativa, los Estados miembros deben velar porque las mismas se reflejen de forma adecuada.

La evaluación deberá realizarse por personal especializado y multidisciplinar, con la participación del menor y, en su caso, del titular de la patria potestad o de otro adulto adecuado (arts. 5 y 15, respectivamente, Directiva 2016/800).

8. Derecho a un reconocimiento médico

El deber de cuidado para con el menor sospechoso o acusado es fundamental para la administración equitativa de la justicia, en particular cuando el menor está privado de libertad y, por tanto, se encuentra en una situación especialmente vulnerable. A fin de garantizar la integridad personal de los menores privados de libertad, los mismos deben tener derecho a un reconocimiento realizado por un médico y otro personal cualificado, con el fin de evaluar su estado físico y mental general. Ese reconocimiento debe realizarse sin dilación indebida, será lo menos

[17] Así puede ocurrir, por ejemplo, cuando un menor se encuentra en prisión preventiva, esperar a la evaluación individual podría alargar innecesariamente tal privación de libertad (considerando 39 Directiva 2016/800).

invasivo posible y actualizable, si cambian las circunstancias (considerando 41 y art. 9 Directiva 2016/800).

Sus conclusiones, que deberán plasmarse por escrito, se tendrán en cuenta para determinar la capacidad del menor para someterse a un interrogatorio, a otras medidas de investigación o de obtención de pruebas, o a la aplicación de medidas sancionadora-educativas (art. 9.2 Directiva 2016/800).

El reconocimiento médico se realizará por iniciativa de las autoridades competentes, pero también podrá ser solicitado por el menor, el titular de la patria potestad u otro adulto adecuado o el letrado del menor (art. 9.3 Directiva 2016/800).

9. Grabación audiovisual de los interrogatorios

Los menores sospechosos o acusados en procesos penales no siempre pueden comprender el contenido de los interrogatorios a que se les somete (considerando 42 Directiva 2016/800); por ese motivo y con el fin de garantizarles una protección suficiente, el art. 9 Directiva 2016/800 establece que los interrogatorios policiales del menor durante el proceso penal «deben ser grabados por medios audiovisuales, cuando ello sea proporcionado atendiendo a las circunstancias del caso», y, en particular, a si está presente o no su letrado y a si el menor está privado de libertad o no; todo ello siempre teniendo en cuenta el interés del menor.

Esta obligación de los Estados miembros se concreta en los interrogatorios realizados por «la policía y por otras autoridades policiales», excluyéndose expresamente la grabación de los «realizados por los órganos jurisdiccionales» (considerando 42 Directiva 2016/800); incluso en relación a los interrogatorios policiales, se excluye la obligación de grabar aquellos que se limiten a la formulación de preguntas al único objeto de identificar al menor (art. 9.3 Directiva 2016/800).

Se establece también en la Directiva 2016/800 una excepción a la obligación general de grabación de los interrogatorios policiales cuando «dicha grabación resulte imposible por un problema técnico insalvable». En estos casos, se permitirá a la policía la realización del interrogatorio al menor sin grabarlo por medios audiovisuales, «siempre que se hayan realizado esfuerzos razonables para resolver el problema técnico, que no resulte adecuado retrasar el interrogatorio y que sea compatible con el interés superior del menor» (considerando 43). En el supuesto de que no se proceda a la grabación por medios audiovisuales, se dejará constancia del interrogatorio por otros medios adecuados como puede ser el acta debidamente verificada (art. 9. 2).

Por supuesto, a efectos de proteger la vida privada de los menores, los Estados miembros deben adoptar las medidas adecuadas para evitar que las grabaciones de los interrogatorios de los menores se hagan públicas (art. 14.3 Directiva 2016/8000).

10. Limitación de la privación de libertad y garantías de la misma

La Directiva 2016/800 presta una especial atención a la privación de libertad del menor en cualquier momento del proceso, pero de manera más específica a la detención (arts. 10 a 12). Ante la situación de especial vulnerabilidad de los menores privados de libertad, se insta a los Estados miembros a la realización de «esfuerzos especiales para evitar la privación de libertad y, en particular, la detención de los menores en cualquiera de las fases del proceso antes de la decisión definitiva de un órgano jurisdiccional que determine si el menor en cuestión ha cometido la infracción penal, dados los posibles riesgos para su desarrollo físico, mental y social, y porque la privación de libertad podría dificultar su reinserción social» (considerando 45 Directiva 2016/800).

En coherencia con lo expuesto y de acuerdo con la normativa internacional sobre la materia, la Directiva 2016/800 parte de que la privación de libertad debe ser siempre el último recurso (art. 10.2) y, si resulta imprescindible acudir a ella, sólo podrá hacerse por el menor tiempo posible, siempre teniendo en cuenta la edad y situación individual del menor, así como las circunstancias particulares del caso. (art. 10.1); por ese motivo, los Estados miembros deben velar porque las autoridades competentes recurran a medidas alternativas a la detención (art. 11). Al respecto, en el considerando 46 se incluyen entre las medidas alternativas «la prohibición de que el menor acuda a ciertos lugares o la obligación del menor de residir en un lugar determinado, limitaciones relativas al contacto con personas concretas, la obligación de informar a las autoridades competentes, la participación en programas educativos o, previo consentimiento del menor, la participación en programas terapéuticos o de tratamiento de la drogodependencia».

Por supuesto, al ser una medida limitativa de derechos, la privación de libertad debe acordarse por resolución motivada que debe estar sujeta a revisión periódica a intervalos razonables, por un órgano judicial, ya sea de oficio o a instancia del menor, su letrado o del fiscal; los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para que estas decisiones se adopten sin dilaciones indebidas (art. 10.2 Directiva 2016/800).

Una vez que se cumplen todos los requisitos para acordar la privación de libertad del menor, el art. 12 Directiva 2016/800 establece las condiciones en que debe

desarrollarse esa privación, haciendo una distinción entre la detención y otras privaciones de libertad.

En concreto, en relación a la detención, los menores detenidos deben mantenerse separados de los adultos, salvo si se considera que no hacerlo sirve mejor al interés del menor, o en el supuesto concreto de menores bajo custodia policial, que esa separación no sea posible en la práctica, en circunstancias excepcionales y siempre respetando el interés superior del menor (art. 12.1 y 2 Directiva 2016/800). En el considerando 49 Directiva 2016/800, se pone como ejemplo de la excepcionalidad que permitiría la detención de menores junto con adultos, que se trate de zonas escasamente pobladas, siempre que esa privación de libertad no afecte al interés del menor y exigiéndose en ese caso que las autoridades competentes realicen «especial vigilancia para proteger la integridad física y el bienestar de los menores».

Además, sin prejudicio de la previsión general del apdo. 1 del art. 12 Directiva 2016/800, en el apdo. 3 del mismo precepto, se establece que los Estados miembros deben regular la posibilidad de que los menores detenidos que alcancen los 18 años sigan separados de los adultos cuando ello venga justificado por las circunstancias de la persona y sea compatible con el interés de los menores detenidos con ella.

Por otra parte, se establece que los menores podrán estar detenidos con adultos jóvenes, salvo que sea contrario al interés del menor (art. 12.4 Directiva 2016/800); aunque la Directiva 2016/800 deja la determinación de qué se entiende por adulto joven al derecho nacional, en el considerando 50, con una clara intención protectora de los derechos de los menores, se anima a los Estados miembros a que no consideren a las personas mayores de 24 años como adultos jóvenes.

Durante el tiempo de detención, se adoptarán una serie de medidas que sean proporcionadas y adecuadas a la duración de esa privación de libertad y que tiendan a: a) garantizar y salvaguardar su salud y su desarrollo físico y mental; b) garantizar su derecho a la educación y la formación, también en el caso de menores con discapacidades físicas, sensoriales o intelectuales; c) garantizar el ejercicio regular de su derecho a la vida familiar[18]; d) garantizar el acceso a

[18] En relación al ejercicio regular y efectivo del derecho a la vida familiar del menor detenido, se insiste en el considerando 51 Directiva 2016/800 en el derecho del menor a «mantener contactos periódicos con sus padres, familiares y amigos a través de visitas y correspondencia, salvo que se exijan restricciones excepcionales por el interés superior del menor o en interés de la justicia».

programas que fomenten su reinserción social, y e) garantizar el respeto de su libertad de religión o creencias.

Cuando se trate de una privación de libertad distinta a la detención, los Estados miembros deben adoptar medidas que tienda a garantizar a los menores su salud y su desarrollo físico y mental así como el respeto a su libertad religiosa o creencias[19]; en cambio, los derechos a la educación y formación, el ejercicio regular de su vida familiar y el acceso a programas que fomenten su reinserción social, solamente se aplicarán «en la medida en que sea adecuado y proporcionado a la luz de la naturaleza y la duración de dichas situaciones» (art. 12.5 Directiva 2016/800).

En todo caso, los Estados miembros deben intentar que los menores se reúnan con el titular de la patria potestad (o de otro adulto adecuado, de acuerdo con los arts. 5 y 15 Directiva 2016/800) lo antes posible, siempre que esto sea compatible con la investigación (art. 12.6 Directiva 2016/800).

11. Derecho a la protección de la vida privada

Teniendo en cuenta las diferencias existentes entre los ordenamientos jurídicos y las tradiciones jurídicas de los Estados miembros, la Directiva 2016/800, en su art. 14.1, señala que se velará por la protección de la vida privada de los menores durante los procesos penales; a tal fin, se establecerá que las vistas en que participen menores se celebrarán, por regla general, sin presencia de público, o los tribunales podrán decidir que esas vistas se celebren sin presencia de público (art. 14.2 Directiva 2016/800).

Respetando la libertad de expresión y de información y la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación, los Estados miembros alentarán a los medios de comunicación para que tomen medidas de autorregulación con el fin de proteger la vida privada de los menores (art. 14.4 Directiva 2016/800).

12. Derecho a estar acompañado por el titular de la patria potestad

El menor tiene derecho a estar acompañado por el titular de la patria potestad en las vistas en las que participe (art. 15.1 Directiva 2016/800); en las restantes fases

[19] El considerando 52 Directiva 2016/800 se refiere a las medidas a adoptar para garantizar el respeto de la libertad religiosa o de creencias del menor privado de libertad, apuntando al respecto que «los Estados miembros deben abstenerse, en particular, de injerencias en la religión o las creencias del menor. Sin embargo, no se exige a los Estados miembros que adopten medidas activas para asistir a los menores en la práctica de su religión».

en que esté presente el menor[20], también podrá estar acompañado cuando la autoridad competente considere que a) redunda en interés superior del menor estar acompañado por dicha persona, y b) la presencia de dicha persona no perjudica el curso normal del proceso penal (art. 15.4 Directiva 2016/800).

Aunque la norma general es que el menor esté acompañado del titular de la patria potestad[21], el art. 15.2 Directiva 2016/800 permite que el menor sea acompañado por otro adulto designado por el mismo y aceptado como tal por la autoridad competente, cuando la presencia del titular de la patria potestad: a) sea contraria al interés superior del menor; b) no sea posible porque, tras haberse hecho esfuerzos razonables, se desconozca su identidad, o no se le pueda localizar; c) o se comprometa seriamente el proceso penal habida cuenta de circunstancias objetivas y fácticas[22].

Si el menor no ha designado a otro adulto adecuado, o el designado no resulta aceptable para la autoridad competente, esta designará a otra persona teniendo en cuenta el interés superior del menor. Dicha persona también podrá ser alguien dependiente de una autoridad o de alguna institución responsable de la protección o del bienestar de los menores.

13. Derecho a estar presente y participar en su propio juicio

Los menores tienen derecho a estar presentes en su propio juicio; y se deberán tomar las medidas necesarias para que puedan participar de forma efectiva en el mismo, incluyendo la posibilidad de ser oídos y de expresar su opinión (art. 16.1 Directiva 2016/800). Pese a la previsión anterior, el art. 16.2 da a entender que los menores pueden no estar presentes en su juicio, en cuanto establece que «Los Estados miembros velarán por que los menores que no estuvieran presentes en su propio juicio, tengan derecho a un nuevo juicio o a otro tipo de recurso judicial, con arreglo a las condiciones establecidas en la Directiva (UE) 2016/343».

---

[20] La propia Directiva 2016/800 pone como ejemplo el acompañamiento durante el interrogatorio policial (considerando 59).

[21] Como señala el considerando 57 Directiva 2016/800, «Si la patria potestad del mismo menor la ostentan varias personas, este debe tener derecho a estar acompañado por todas ellas, a no ser que resulte imposible en la práctica pese a los esfuerzos razonables de las autoridades competentes».

[22] Como ya se ha apuntado, los considerandos 23 y 58 Directiva 2016/800 se refieren expresamente a que «las pruebas puedan ser destruidas o alteradas, los testigos puedan ser objeto de injerencias o el titular de la patria potestad haya podido estar involucrado en la presunta actividad delictiva junto con el menor».

Así, el considerando 60 Directiva 2016/800 señala que «Los Estados miembros deben adoptar medidas adecuadas para proporcionar incentivos a la presencia de los menores en su propio juicio, también citándoles personalmente y enviando copia de la citación al titular de la patria potestad o, si esto fuera contrario al interés superior del menor, a otro adulto adecuado». Aunque esto no excluye la previsión de disposiciones que establezcan «las condiciones en las que se puede excluir temporalmente del juicio a un menor».

14. Formación especializada de quienes intervienen en el proceso

De acuerdo con el art. 20, los Estados miembros deben velar porque las autoridades y personal que trabajen con menores sospechosos o investigados en un proceso penal reciban formación especializada; a estos efectos, el citado precepto alude a distintos operadores que estarán en contacto con los menores sospechosos o acusados en un proceso penal.

Las autoridades policiales y de los centros de detención de menores deberán recibir formación específica, en un nivel que sea adecuado al tipo de contacto con los menores, en materia de derechos de los menores, técnicas de interrogatorio adecuadas, psicología infantil y comunicación en un lenguaje adaptado al menor.

Se garantizará que los jueces y fiscales que se ocupen de procesos penales de menores, dispongan de aptitudes específicas en la materia, y tengan acceso efectivo a una formación específica; todo ello, sin perjuicio de la independencia judicial y de la organización del poder judicial de cada Estado.

En relación a los abogados que actúan en procesos penales de menores, se tomarán medidas adecuadas para promover que reciban una formación específica, con el debido respeto por la independencia de la profesión jurídica y la función de los responsables de la formación de los abogados.

Por último, las personas que prestan servicios de apoyo a los menores y servicios de justicia reparadora deben recibir formación adecuada y deben aprobarse iniciativas que les permitan el cumplimiento de las normas profesionales que garantizan que prestan sus servicios de manera imparcial, respetuosa y profesional; este se realizará a través de servicios públicos o mediante la financiación de organizaciones de apoyo a los menores.

15. Conclusiones

A lo largo de los apartados anteriores se ha expuesto cómo el legislador europeo, a la hora de configurar los derechos y garantías procesales de los menores en los procesos penales avanza hacia un sistema de justicia juvenil con un claro componente de TJ; así, a la hora de complementar los derechos procesales que

les corresponden como seres humanos, ha tenido muy en cuenta su especial vulnerabilidad, en cuanto todavía se encuentran en proceso de desarrollo físico y mental. Pues bien, esta evidencia, unida a la necesidad de que todo el proceso penal juvenil esté orientado a buscar el interés superior del menor, le lleva a insistir en la necesaria especialización de todos los que participan en el proceso penal de menores (jueces, fiscales, abogados, policía, personal de apoyo en los centros de detención o que desarrolla programas de justicia restaurativa…). Esta especialización requiere que todas las personas que de alguna forma tienen alguna actuación en el proceso iniciado contra el menor presunto autor del hecho delictivo, desde el momento de su detención hasta que el mismo, en su caso, finalice la ejecución de la medida impuesta en la sentencia, hayan tenido una formación especial para tratar con menores; sólo de esa forma se puede garantizar que las decisiones que se adopten en el proceso tengan en cuenta las necesidades particulares de estos en función de los distintos grupos de edad y de sus circunstancias personales y sociales y, en consecuencia, redunden en su beneficio y futura reinserción en la sociedad. En coherencia con ello, la Directiva 2016/800 en su considerando 63 exige que se les forme «en particular en materia de derechos de los menores, técnicas adecuadas de interrogatorio, psicología infantil y comunicación mediante un lenguaje adaptado a los menores».

La especialización del personal que participa en el proceso judicial facilitará el derecho del menor a ser informado, esencial para el adecuado ejercicio de su derecho de defensa; en concreto, se le proporcionará al menor la información necesaria para la comprensión de las razones que le han llevado a estar sometido a un proceso penal, las distintas fases del mismo y los derechos que le asisten en cada momento. Todo ello le será transmitido en un lenguaje adaptado a su edad, estado emocional y necesidades específicas al contar la persona responsable para suministrarle toda esa información con la necesaria formación específica.

Esa especialización exigida por la norma europea es también esencial para que el abogado que asiste al menor en los distintos momentos del proceso pueda darle un completo asesoramiento a la vista de sus conocimientos específicos sobre derecho y proceso penal de menores; no obstante, la exigencia de la necesaria especialización no parece fácil de cumplir en el caso de la designación de abogado de confianza por el propio menor o, en su caso, el titular de la patria potestad, pues podría entenderse que se está limitando el derecho de elección de abogado que forma parte del derecho de defensa del menor. En cambio, ante la falta de designación de abogado de confianza por parte del menor y la necesaria designación del mismo por el Colegio de Abogado, el mismo deberá elegir, en todo caso, uno letrado especializado en menores.

El interés superior del menor lleva no solamente a la exigencia de la formación especializada en menores a todos los operadores que intervienen en el proceso sino también a la necesaria aportación al juez de toda la información sobre las características y circunstancias personales y sociales del menor, que le permitan adoptar la decisión que sea más beneficiosa, ya sea una medida de protección, o una medida cautelar o definitiva en la sentencia condenatoria. Por ese motivo, es fundamental la evaluación individual del menor por un equipo multidisciplinar, lo más detallada posible, actualizada y realizada en un momento inicial del proceso. Se ve aquí de forma clara la incorporación de instrumentos propios de las ciencias de la conducta en el proceso para conseguir una respuesta que promueva el bienestar el menor. Además, el menor tendrá derecho también a un reconocimiento realizado por un médico u otro personal especializado; con el mismo se trata no sólo de garantizar su protección durante el desarrollo del proceso, especialmente si está privado de libertad, sino de facilitar al juez la información necesaria sobre la capacidad del menor para conocer la adecuación de las medidas que se van adoptando en relación al mismo, sobre todo las que se impondrán en la sentencia condenatoria.

De especial importancia es la atención que dedica la Directiva 2016/680 a la privación de libertad, en especial a la detención, a la vista de los riesgos que supone esa situación para los menores en cuanto se puede ver afectado su desarrollo físico, mental y social; por ese motivo, recuerda, en coherencia con la normativa internacional que sólo podrá acudirse a la misma cuando sea absolutamente imprescindible, por el menor tiempo posible y siempre a la vista de las circunstancias personales y sociales del menor. Una vez acordada la privación de libertad se detallan por el legislador europeo las condiciones en que debe desarrollarse la misma a efectos de garantizar el bienestar del menor. Al respecto, debe destacarse el derecho del menor a reunirse con el titular de la patria potestad u otro adulto responsable, que se reitera en la Directiva 2016/800 al regular la privación de libertad del menor pero que se configura como un derecho genérico en cuanto el menor podrá estar acompañado en las vistas y en otras actuaciones siempre que redunde en su interés y no perjudique el desarrollo del proceso. Este acompañamiento, ya sea del titular o de otro adulto responsable cuando el primero no se localice, no esté identificado, o su presencia sea contraria al interés del menor o comprometa el desarrollo del proceso, es esencial para la estabilidad emocional del menor y para su bienestar.

Para finalizar, debe reiterarse la importancia de la Directiva 2016/800 pues, en cuanto norma de armonización, trata de unificar los sistemas de los 27 Estados miembros de la UE que están obligados a adoptar sus legislaciones a los

requerimientos que en materia de derechos y garantías se prevén en la norma europea para garantizar una igualdad de trato a todos los menores que, en el espacio europeo, se vean involucrados en un proceso penal. De acuerdo con esto, sin duda, las legislaciones de los Estados miembros deben incorporar los principios inspiradores de la TJ en los términos expuesto, lo que, sin duda, supone un gran avance en la humanización de la justicia juvenil. No se puede olvidar que los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros tienen muchas diferencias entre ellos pues proceden de tradiciones jurídicas distintas y esta norma trata de establecer un estándar mínimo de derechos y garantías de los menores sospechosos y acusados en los procesos penales con clara orientación de TJ.

16. Referencias

ARANGÜENA FANEGO, Coral; DE HOYOS SANCHO Montserrat y VIDAL FERNÁNDEZ, Begoña (Dirs. y Coord.), *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

ARANGÜENA FANEGO, Coral; DE HOYOS SANCHO, Montserrat y RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, Carmen (Dirs. y Coord.), Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Análisis teórico-práctico de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

FERNÁNDEZ MOLINA, Esther; VICENTE MÁRQUEZ, Lidia y TARANCÓN GÓMEZ, Pilar, «Derechos procesales de los menores extranjeros: un estudio de su aplicación práctica en la justicia penal», *InDret*, núm. 2, 2017, www.indret.com.

FREIXES SANJUÁN, Teresa, «Derechos Fundamentales en la Unión Europea. Evolución y perspectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4, 2005, págs. 48 y ss.

JIMÉNEZ ARROLLO, Sandra, «Garantías procesales del menor infractor en el marco de la violencia filio parental. Aportaciones desde la Directiva 2016/800 UE», en *Revista de Estudios Europeos*, núm. extraordinario monográfico, 1-2017, http://www.ree-uva.es

JIMENO BULNES, Mar (dir.), Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar, Bosch, Barcelona, 2016.

PILLADO GONZÁLEZ, Esther (dir.), Hacia un proceso penal más reparador y resocializador: avances desde la Justicia terapéutica, Madrid, 2019.

PILLADO GONZÁLEZ, Esther, «Implicaciones de la Directiva (UE) 2016/800, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los

procesos penales, en la Ley de responsabilidad penal del menor» (RI §421435), *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 48, 2019, págs. 58 a 97.

RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, Carmen, Obtención y admisibilidad en España de la Prueba Penal Transfronteriza. De las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Derecho Penal Juvenil Europeo*, Dykinson, Madrid, 2005.

Capítulo X Justicia terapéutica e intervención con ofensores

Rui ABRUNHOSA GONÇALVES, Marta SOUSA y Olga CUNHA

Universidad do Minho

1. Introducción

Existe un amplio consenso sobre el riesgo que representan los sujetos con trastorno de personalidad antisocial (DSM V: American Psychiatric Association, 2013) para la comisión de delitos. Además, cuando se trata de psicópatas, la proporción de participación en situaciones de mayor violencia y agresividad aumenta proporcionalmente. La literatura reconoce que los psicópatas presentan comportamientos más serios, más persistentes y de inicio más temprano (por ejemplo, Patrick, 2018), probablemente porque tienen déficits neurológicos más severos, con respecto a una menor reactividad de su sistema nervioso autónomo y menos activación cortical o incluso disfunción del lóbulo frontal (p. ej., Yang y Raine, 2018). Desde un punto de vista emocional, los sujetos antisociales y los psicópatas, en particular, tienden a exhibir niveles bajos o nulos de empatía, ausencia de remordimiento o sensibilidad afectiva, lo que conduce a comportamientos impulsivos, imprudentes, agresivos, manipuladores y utilitarios (Gonçalves, 2017; Hare y Neumann, 2008).

En otro nivel, es importante considerar lo que se llama el «estilo de pensamiento criminal» y el «estilo de vida criminal» (por ejemplo, Walters, 1990, 2017), es decir, la forma en que una personalidad se encarna en actitudes y conductas. Por lo tanto, también existe un amplio consenso de que los delincuentes tienden a usar ciertos procesos cognitivos (distorsiones cognitivas o errores de pensamiento sistemáticos) que les permiten legitimarse sus comportamientos antisociales y criminales y participar desproporcionadamente en conductas de riesgo, de las cuales el abuso de sustancias es el más frecuente.

Finalmente, también hay evidencia de que, además de la asociación de trastornos de personalidad graves con la comisión de delitos, estos pueden ser perpetrados por personas con problemas de salud mental, que se originan en patologías disociativas (por ejemplo, psicosis, depresión mayor) o de carácter esencialmente orgánico, como es el caso del retraso mental, la epilepsia u otras enfermedades eminentemente neurológicas (Hodgins y Muller-Isberner, 2004; Vogel, 2013), y la existencia de comorbilidades que involucran principalmente el abuso de sustancias también es común.

El enfoque que el paradigma de la Justicia Terapéutica (Pillado & Farto, 2019; Wexler, 2014) concede a los crímenes y a los criminales debe ser llevado en cuenta para todos los tipos de criminosos. Este capítulo revisa la intervención con delincuentes en relaciones íntimas y delincuentes sexuales, buscando ilustrar los beneficios de un enfoque terapéutico como complemento para cumplir la condena, o incluso reemplazarla, siempre que esto no sea contrario a las nociones de prevención general. y prevención especial que debe guiar la evaluación jurídica de la conducta criminal.

2. Desde el «nada funciona» hasta la eficacia basada en la evidencia

La intervención psicológica con los delincuentes constituye una necesidad cada vez más urgente con respecto a las demandas actuales de resocialización. La prevención de la reincidencia criminal y la (re) integración de los individuos en la sociedad son los pilares básicos de la mayoría de los sistemas legales y penales occidentales. Por esta razón, se ha puesto cada vez más énfasis en el desarrollo, aplicación y evaluación de la efectividad de los programas de intervención para delincuentes. Pero todavía quedan muchos restos del anatema «nada funciona» (Martinson, 1974) y cada vez que hay crisis económicas, surgen nuevas excusas para fortalecer las restricciones a las intervenciones psicosociales y recuperar las virtudes del modelo retributivo. Sin embargo, desde el momento en que el modelo R-N-R (Riesgo-Necesidades-Responsabilidad: Andrews y Bonta, 1994; Bonta y Andrews, 2017) ha tomado la delantera en intervenciones con delincuentes, es posible tener un enfoque realista de lo que funciona y que impacto tiene en la reducción del delito y la reincidencia criminal. Todavía, la controversia persiste con respecto al tamaño del efecto evidenciado en algunos de los primeros metanálisis sobre intervenciones con delincuentes (por ejemplo, Gendreau y Andrews, 1990; Gendreau y Ross, 1987; Rowson y McGuire, 1992).

En una de las revisiones más completas llevadas a cabo en esa década, que abarcó un total de 11 metanálisis que involucraron a casi mil estudios, Lösel (1993) encontró un efecto general de .10, lo que significa una disminución de la reincidencia de diez puntos porcentuales encontrados en los grupos de sujetos en los que se realizó la intervención en comparación con los grupos de control. En otra revisión de metanálisis en países europeos sobre el tratamiento de delincuentes juveniles y adultos, Redondo, Garrido y Sanchez-Meca (1997) encontraron un efecto general positivo de .15. Los mismos autores (por ej., Redondo, Sanchez-Meca y Garrido, 1999) más tarde verificaron, mediante un metanálisis realizado en 32 estudios europeos después de un período de seguimiento promedio de dos años, un efecto general positivo de .12 de reducción de la tasa de reincidencia.

Otros estudios han consolidado estos resultados (cf. Cullen y Gendreau, 2001), colocando el valor del efecto entre 10 y 14 puntos, que sin embargo fue cuestionado por su magnitud (por ejemplo, Lab & Whitehead, 1990), cuando debería ser analizado por su importancia. De hecho, la cantidad de varianza que representa un efecto es solo una de las muchas formas de pensar sobre su importancia. Por lo tanto, un tamaño de efecto pequeño no debería llevar a los investigadores a cuestionar sus conclusiones y los méritos de su trabajo. En el caso de los delincuentes, si tomamos en cuenta el tipo de población (individuos con un largo historial de marginación, conductas de riesgo y privación socioeconómica), las contingencias del contexto institucional en el que se lleva a cabo la intervención y los efectos de la estigmatización y del etiquetado social que se cuelan a los penados, se comprende que el riesgo de fracaso es naturalmente mayor. De hecho, cualquier intervención que genere un efecto positivo es buena, independientemente de su magnitud, si hasta ahora no se ha encontrado un método mejor (más efectivo y más barato) para resolver el problema. En un artículo de revisión de varias docenas de metanálisis, Lipsey y Wilson (1993) han revelado, por ejemplo, que el efecto encontrado para la efectividad de la quimioterapia en el cáncer de seno es entre 0.08 y .10, pero a nadie se le ocurre decir que este tipo de tratamiento debe descartarse solo porque su tasa de éxito es baja. Como afirman Prentice y Miller (1992), un efecto bajo no debe llevar a los investigadores a cuestionar o incluso rechazar sus conclusiones, sino a enfrentarlas desde el punto de vista de que, incluso en condiciones metodológicas más débiles el efecto aparece, esto significa que es realmente importante, porque resistió la prueba más dura que se podría haber hecho. Por lo tanto, es necesario no confundir magnitud con importancia.

También se puede discutir sobre la relevancia de las intervenciones con delincuentes, utilizando un análisis de costo-beneficio de ellas. Por lo tanto, Farrington et al. (2001) mostraron a través de un análisis de varias intervenciones con delincuentes que los beneficios obtenidos a través de programas para prevenir la reincidencia, son mayores que los costos de su implementación en un rango entre 1.13 y 7.14 dólares. Esto significa que, por cada dólar gastado en el programa, el rendimiento obtenido para el gobierno, los contribuyentes en general y las víctimas en particular, estaba en el rango ya mencionado, mientras que un estudio sobre varios programas de intervención en ambiente carcelario también identifica altos rendimientos económicos de no retorno a prisión en individuos sometidos a programas de intervención (Welsh, 2004). En la intervención con delincuentes juveniles, los resultados apuntan a valores aún más alentadores. Por lo tanto, considerando a las personas en régimen de prueba, por cada $1.467 gastados en proporcionar terapias de control de la agresión, el retorno de los

beneficios alcanzó los $36.000 (National Research Center, 2013). Para los delincuentes sexuales, los estudios apuntan a un retorno de ingresos de £23,494 en el Reino Unido para los delincuentes que se someten al programa Círculos de Apoyo y Responsabilidad (CoSA) (Elliott & Beech, 2013). Finalmente, con respecto a los delincuentes conyugales, Blatch y sus colegas (2017) analizaron una muestra de 1,030 delincuentes australianos que cumplían condenas en la comunidad y acuden a un programa para abusadores domésticos (DAP), señalando que la disminución de la tasa de reincidencia en los sujetos que se sometieron a la intervención tuvo un impacto en la reducción de los costos del sistema de justicia penal en US $1.754 millones (8,92 M para el grupo DAP en comparación con 10,67 M para el grupo de control).

Los datos revisados tenían la intención de mostrar cuán beneficiosa puede ser la aplicación de sanciones con un aspecto terapéutico para el beneficio general de la sociedad. A lo largo de este capítulo trataremos de dilucidar las ventajas de esta formulación a expensas de los enfoques centrados únicamente en el castigo, tomando como ejemplo a los delincuentes en las relaciones íntimas y los delincuentes sexuales.

3. Intervención con los ofensores en relaciones de intimidad

La violencia en las relaciones íntimas es un grave problema de salud pública con repercusiones a nivel físico, psicológico, sexual, reproductivo y social para sus víctimas (Campbell, 2002). Los datos internacionales estiman que el 30% de las mujeres en todo el mundo y el 25.3% de las mujeres europeas han experimentado, en algún momento de su vida, violencia física y / o sexual por parte de una pareja íntima (Organización Mundial de la Salud, OMS, 2013). Una encuesta realizada en 2017 por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) encontró que una de cada cinco mujeres que mantenían relaciones íntimas ya había sido agredida física y / o sexualmente desde la edad de 15 años (FRA, 2017). Concomitantemente, en Portugal, una encuesta realizada en 2007 reveló que el 38,1% de las mujeres portuguesas informaron haber experimentado al menos un acto de violencia física, emocional y / o sexual (Lisboa, Barroso, Patricio y Leandro, 2009).

La severidad y frecuencia de estos comportamientos intensifica las preocupaciones sobre la seguridad de las víctimas y el desarrollo de estrategias para superarlas. Aunque las medidas de prevención se centraron inicialmente en la figura de la víctima, su consecuente fracaso (es decir, la mayoría de las víctimas no tenían intención de abandonar la relación) (Stith, Rosen, McCollum y Thomsen, 2004), dirigieron el enfoque hacia trabajar con los agresores. En la

década de 1970, surgieron los primeros programas de intervención para delincuentes de pareja en forma de psicoterapia o grupos educativos no estructurados (Gondolf, 2004), entre los cuales el Proyecto de Intervención de Abuso Doméstico, generalmente llamado Modelo Duluth (Pence & Paymar, 1993), basado en un enfoque feminista. Gradualmente, los programas de intervención para delincuentes conyugales comenzaron a incorporar elementos de enfoques psicoeducativos y / o cognitivo-conductuales (Babcock, Green y Robie, 2004; Cunha y Gonçalves, 2015; Feder y Wilson, 2005; Gondolf, 2007). Entre estos, destacamos las estrategias dirigidas a creencias disfuncionales en relación con la violencia hacia las mujeres y los roles de género, déficits en el autocontrol y déficits en términos de habilidades sociales y de comunicación. Aunque diferentes estudios muestran que los programas para delincuentes en relaciones íntimas demuestran ser efectivos en términos de reducir la reincidencia y promover las habilidades sociales (por ejemplo, Cunha y Gonçalves, 2015; Lila, Gracia y Catalá-Miñana, 2017), los resultados de diferentes revisiones sistemáticas y metaanálisis continúan teniendo efectos controvertidos en cuanto a la efectividad de dichos programas (Arias, Arce y Vilariño, 2013; Babcock *et al.*, 2004; Feder y Wilson, 2005; Ferrer-Pérez y Bosch-Fiol, 2016). Por ejemplo, Babcock *et al.* (2004) concluyeron que los programas incluidos en su estudio (es decir, Duluth / psicoeducativo, cognitivo-conductual) solo demostraron ser marginalmente significativos en la reducción de la recidiva y que no hubo diferencias en los tamaños del efecto entre los diferentes tipos de tratamiento. Arias *et al.* (2013) también concluyeron que los programas para perpetradores de violencia en las relaciones íntimas tuvieron un efecto positivo, pero no significativo y que, por lo tanto, sus pruebas no fueron concluyentes. Estos estudios esencialmente han puesto en discusión las considerables tasas de abandono (dropout) y las consecuentes implicaciones para la reincidencia (Aaron y Beaulaurier, 2017; Bennett, Stoops, Call y Flett, 2007; Crane, Eckhardt y Schlauch, 2015). De hecho, se supone que el abandono es un tema importante con respecto a la reincidencia entre los perpetradores de violencia en las relaciones íntimas, ya que las variables que predicen el abandono son las mismas que también predicen la reincidencia (Jewell y Wormith, 2010).

Entre otras variables, uno de los factores identificados en la literatura como asociados con tasas de abandono más altas es la motivación (Daly y Pelowski, 2000), o más bien el hecho de que la mayoría de los programas de intervención para los perpetradores de violencia íntima incluyen esencialmente estrategias de confrontación, que parecen ser ineficaces con individuos mal motivados (Alexander, 2007). También es importante el hecho de que muchos de estos programas operan en el contexto del sistema de justicia penal, es decir, en el que

estos individuos terminan siendo referidos a estos programas en el contexto de cumplir con las medidas judiciales y no porque estén realmente motivados para cambiar. En vista de lo anterior, lo que los diferentes investigadores han defendido es que los programas de intervención para delincuentes en relaciones íntimas no evalúan adecuadamente la motivación de las personas ni las involucran en el proceso de cambio (Lila, Gracia y Catalá-Miñana, 2018). Del mismo modo, la mayoría de los programas para estas personas no consideran sus necesidades y características individuales como una estrategia de intervención, lo que les ayudaría a mantener la intervención y promover su motivación ante el cambio (Lee, Uken y Sebold, 2004). En este sentido, el trabajo de motivar al individuo a cambiar ha demostrado ser un método innovador para trabajar con esta población (Crane y Eckhardt, 2013; Dia, Simmons, Oliver y Cooper, 2009; Eckhardt *et al.*, 2013), lo que permite al usuario explorar y resolver su ambivalencia en relación con el cambio (Miller y Rollnick, 2002).

Cada vez más, los programas de intervención actuales con agresores en relaciones íntimas han incluido estrategias terapéuticas con evidencia científica entre poblaciones más resistentes, como es el caso de las técnicas de entrevista motivacional, el modelo de las etapas de cambio o los enfoques basados en el potencial de los individuos. (Babckok *et al.*, 2016; Eckhardt *et al.*, 2013, Lila *et al.*, 2018). La inclusión de estas técnicas, y en particular las estrategias de motivación, ha sido un enfoque prometedor para la efectividad de los programas de intervención con perpetradores de violencia en las relaciones íntimas (Alexander *et al.*, 2010; Babckok *et al.*, 2016; Eckhardt *et al.*, 2013, Lila *et al.*, 2018).

4. Intervención con ofensores sexuales

Los delincuentes sexuales representan uno de los grupos de delincuentes que más temor infunden a las personas, tanto en vista de las diversas consecuencias negativas que se originan en las víctimas y sus familias (OMS, 2002) o por el sentimiento de inseguridad que transmiten en la comunidad. Además, el hecho de que sean el grupo con mayor repercusión mediática ha contribuido al desarrollo por parte de la comunidad de percepciones, opiniones y actitudes negativas hacia este tipo de delincuentes (Iglesia, Sol y Li, 2011; Klein, 2017). En general, parece haber un gran escepticismo sobre el éxito de los programas de intervención dirigidos a esta población, una situación que ha promovido varios cambios en las leyes vigentes en todo el lugar, valorando las políticas punitivas en detrimento de la rehabilitación (Church *et al.*, 2011).

Sin embargo, existe consenso de la efectividad de la intervención psicológica con delincuentes sexuales para reducir la reincidencia sexual y general (Lösel y

Schmucker, 2005; Soldino y Carbonell-Vayá, 2017), con la presencia de un efecto positivo promedio de 14 puntos en comparación con los grupos de control. Por lo tanto, en un metanálisis con 23 estudios que respetaron los criterios básicos de calidad, Hanson *et al.* (2009) mostraron que las tasas de reincidencia sexual y general no ponderada de los delincuentes sexuales seleccionados fueron más bajas que las tasas observadas en los grupos de comparación (10.9% [n = 3,121] versus 19.2% [n = 3,625] para reincidencia sexual; 31.8% [n = 1,979] versus 48.3% [n = 2,822] para cualquier reincidencia). Además, se ha demostrado que la terapia cognitivo-conductual es la más efectiva con estos ofensores (Redondo, 2008; Mpofu, Athanasou, Rafe y Belshaw, 2018), cuando añadida a los principios subyacentes del modelo R-N-R.

El conocimiento de las características individuales de los delincuentes sexuales también emerge como un aspecto importante para el desarrollo de intervenciones más efectivas. Por lo tanto, las intervenciones deben abordar las diferentes necesidades criminógenas de los individuos (es decir, factores de riesgo dinámicos que predicen la reincidencia) (Mpofu *et al.*, 2018; Robertiello y Terry, 2007; Yates, 2013), así como su especialización criminal. En el metaanálisis de Seto y Lalumiere (2010), con adolescentes que habían cometido delitos sexuales, los autores descubrieron que otras tendencias antisociales no estaban presentes, lo que nos permite afirmar que este tipo de delincuentes tiende a no presentar trastornos de personalidad asociados con el tipo de delito sexual que han cometido. Sin embargo, cuando se observan tendencias antisociales, estos factores predicen la reincidencia general, pero no la reincidencia sexual (Soldino y Carbonell-Vayá, 2017), por lo que deben abordarse como objetivos adicionales en la intervención.

Por lo tanto, los programas de intervención existentes tienen como objetivo la discusión de las distorsiones cognitivas, el desarrollo de las competencias sociales y sexuales, así como la autorregulación, la eliminación de los intereses sexuales desviados y el desarrollo de planes de seguridad hace la futura liberación (Marshall, 2018; Yates, 2013). Al mismo tiempo, surgen otros factores que los programas de intervención tienden a contemplar, aunque no se consideran predictores de recidiva (es decir, el desarrollo de la empatía hacia las víctimas de sus delitos; la asunción de responsabilidad por los actos realizados) (Mann y Barnett, 2012; Yates, 2013). En el caso específico del componente empático, hay resultados que muestran que este componente es considerado emocionalmente difícil de trabajar por los delincuentes, por lo que, debido a la falta de apoyo empírico, queda la duda sobre la necesidad y relevancia de la presencia de ello en los programas de intervención (Mann y Barnett, 2012).

En general, la literatura ha demostrado que la intervención psicológica con delincuentes sexuales es necesaria y útil. Sin embargo, es esencial tener una práctica de intervención psicológica fundada en modelos de efectividad basados en evidencia, sin descuidar nunca los factores que predicen la reincidencia y, por supuesto, los recientes avances en la literatura en esta área.

5. Justicia Terapéutica: punición, tratamiento y control

Si, como vimos anteriormente, ahora es posible comprender qué es lo más probable que resulte o falle en la intervención con los delincuentes, ahora es importante desarrollar procedimientos que aseguren la consolidación del cambio o que, al menos, ofrezcan un incremento de garantías en el sentido de que este cambio está continuamente sujeto a escrutinio y reevaluación. Por lo tanto, creemos que es útil trabajar desde un modelo integrado de intervención sobre los delincuentes, cualesquiera que sean, que contemple lo que consideramos los tres ángulos del problema: punición, tratamiento y control (véase la Figura 1).

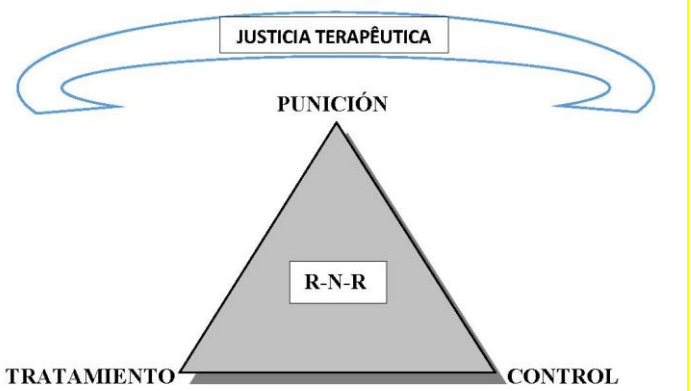


Figura 1 – Esquema general de la intervención con ofensores con el enfoque del modelo R-N-R y el "sombrero" de la Justicia Terapéutica.

Este modelo se funda principalmente en la necesidad de una evaluación correcta de cada delincuente, el riesgo actual que representa y el establecimiento de un pronóstico para su tratamiento. Son relevantes para este análisis, dependiendo de los casos, variables de naturaleza sociodemográfica (por ejemplo, edad, estado civil, escolaridad, entorno profesional, red de apoyo social y familiar...), jurídico-penal (por ejemplo, tipo de crimen, antecedentes penales, transcurso adaptativo

de la condena de prisión o en la comunidad,...) y clínicas (por ejemplo, presencia / ausencia de psicopatía, enfermedad mental, parafilias, retraso cognitivo, abuso de drogas o alcohol, actitudes pro-criminales u otras circunstancias adversas).

En vista de este análisis, es posible defender un plan de intervención que, a partir del momento punitivo, se centre de manera equilibrada en el lado del tratamiento o en el lado del control o ambos simultáneamente, produciendo cuando sea necesario y conveniente el «retorno» a la instancia punitiva como estrategia para recordar cuál debería ser el propósito de la intervención con los agresores: el bienestar social, que debe superponerse al bienestar individual. Por lo tanto, es esencial dejar claro al sujeto que este es un proceso que, en cualquier momento, puede interrumpirse siempre que el terapeuta tenga evidencia confiable de que el agresor amenaza con volver a participar en comportamientos abusivos que condujeron al proceso actual (o en otros, igualmente censurables), con la consiguiente reactivación del procedimiento punitivo.

Sin embargo, el enfoque en el tratamiento también es inequívoco. No hay rehabilitación sin intervención o tratamiento. La ley establece que la sanción debe ser punitiva, pero sobre todo volver a socializar. Por lo tanto, la prisión debe ofrecer condiciones de ocupación laboral, educación, capacitación profesional y algún tiempo de recreo deportivo y cultural, que contribuyan a la adquisición de habilidades por parte de los reclusos, pero también debe promover, a través de programas de habilidades relacionales e interpersonales, un cambio de actitudes, pensamientos, creencias, valores, comportamientos y estilos de vida. Por otro lado, para los que cumplen condena en la comunidad, que es la mayoría, los jueces deben reforzar la introducción de varias reglas de conducta, sobre todo, la necesidad de asistir a programas o consultas especializadas sobre el problema subyacente de los delitos cometidos. Por ejemplo, en el caso de agresores de pareja, la experiencia de ser detectado e identificado como un perpetrador y la consiguiente sujeción a sanciones legales, monitoreo y derivación para intervención parece ser suficiente para causar el cese de la violencia para la mayoría de estos delincuentes (Babcock *et al.*, 2016).

La intervención debe hacerse con el consentimiento del delincuente, pero también recurriendo a su naturaleza obligatoria, ya que no es porque las personas inicialmente no muestran motivación o interés en el cambio, que no son modificables. Las intervenciones de apoyo diseñadas para mejorar la frecuencia del programa y la motivación para el cambio han producido resultados consistentemente alentadores, incluidos efectos significativos en la asistencia al programa, el cumplimiento de completar las tareas de intervención, un mayor cambio personal y los esfuerzos para buscar autoayuda (Murphy y Ting, 2010).

Por lo tanto, defendemos un modelo en el que, aunque el consenso entre las partes sea deseable, no tendrá que ser obligatorio, especialmente porque en muchos casos la motivación para el cambio debe ser un objetivo terapéutico.

Y finalmente, control. Es desde el control que la efectividad de la intervención se prueba mejor, teniendo en cuenta que, al cumplir la condena en la comunidad, el sujeto ya es autónomo y vive una vida diaria similar a la de la mayoría de las personas. Dado que es cierto que las dificultades de reintegración asociadas con el estigma de ser un ex-recluso son reales, esto no debería servir para promover la auto-alienación y la auto-exclusión de los condenados. Es por eso que se debe ejercer un control equilibrado basado en la evaluación de riesgos previa. Por lo que es necesario que los programas siempre incluyan módulos de prevención de recaídas, involucrando al individuo, pero también a aquellos cercanos a él como parte integral de su proceso de rehabilitación.

6. Conclusión

Desde el momento en que el modelo R-N-R (Risk-Needs-Responsiveness: Andrews & Bonta, 1994; Bonta & Andrews, 2017), tomó el papel principal en la intervención con delincuentes, fue posible definir un enfoque realista de lo que funciona y lo que resulta con sujetos comúnmente conocidos como antisociales. De hecho, la evaluación de riesgos, es decir, el riesgo de reincidencia o violencia, permitió el establecimiento de niveles según los cuales una intervención es más o menos relevante y debe ser más o menos intensiva. Hasta entonces, como se ha demostrado ampliamente en muchas revisiones de literatura (Mills, 2017; Monahan, 2013), predominaban esencialmente evaluaciones clínicas basadas en la experiencia del técnico / terapeuta, con resultados poco confiables.

A pesar del nihilismo terapéutico en relación con el cambio de individuos antisociales, especialmente psicópatas, ya existe literatura que respalda la efectividad del tratamiento de conductas antisociales crónicas y estilos de vida disfuncionales (Bonta y Andrews, 2017; Lipsey, 2009; McGuire, 2008). En este sentido, la intervención debe abordar el cambio en los comportamientos antisociales crónicos y sin control, mientras que las características afectivas e interpersonales como la manipulación y la mentira, se controlan cuidadosamente para minimizar su interferencia en el tratamiento (Wong *et al.*, 2012).

La intervención psicológica con los delincuentes es hoy una realidad cada vez más presente, pero sobre todo una necesidad en vista de las demandas de re-socialización y (re) integración en la sociedad. A pesar de los resultados positivos generales con respecto a la efectividad de tales iniciativas, quedan diferentes desafíos en esta área. En primer lugar, se destaca la necesidad de crear programas

adecuados a las necesidades, características y nivel de riesgo de las personas (modelo de respuesta al riesgo-necesidades), lo que refuerza la necesidad de una evaluación adecuada de los delincuentes para garantizar que los programas se adaptan efectivamente a sus necesidades. Por otro lado, las características de estos individuos (por ejemplo, ausencia de o reducida motivación; negación/minimización de las ofensas; manifestación de actitudes hostiles; características de personalidad antisocial) no deben ser descuidadas. El hecho de que, en su mayor parte, la intervención se desarrolla por imposición judicial como una alternativa a las penas de prisión y el contexto de intervención es aparentemente hostil (por ejemplo, la obligación del técnico de emitir opiniones periódicas para los juzgados), puede promover la resistencia a la intervención y comprometer su éxito (Carbajosa, Boira y Tomás —Aragonés, 2013). En vista de estas circunstancias, es urgente adoptar un enfoque motivacional en el trabajo de preparación para la intervención y el cambio de comportamientos y actitudes. Este componente es especialmente importante dadas las características y la resistencia a la intervención que muestran estos individuos. Por ultimo, la capacitación específica de los técnicos que trabajan en estos contextos también es esencial, así como su adopción de un conjunto de pautas éticas en su práctica personal y profesional.

Nuestra propuesta de intervención es que el «sombrero» de la Justicia Terapéutica es el más apropiado para abarcar todo esto. Aunque inicialmente se tenga que punir, no podemos dejar de tratar y luego controlar. Es una forma de aproximar la justicia de la sociedad sin que ambas se olviden a la vez de sus delincuentes. En verdad, si persistimos en la idea de la punición, solo estamos enviando el mensaje de que penas de prisión más largas son hechas para hacernos sentir mejor y no para que nos sintamos más seguros o promover la rehabilitación (Stabenow, 2011).

7. Referencias

AARON, Sharon, Beaulaurier Richard, «The need for new emphasis on batterers intervention programs», *Trauma, Violence, & Abuse*, n.º 4, 2017, págs. 1 a 8.

ALEXANDER, Pamela, Stages of change and the group treatment of batterers: Final report to National Institute of Justice, Department of Justice, Washington, 2007.

ALEXANDER, Pamela, MORRIS, Eugene, TRACY, Allison, FRYE, Alice, «Stages of change and the group treatment of batterers: A randomized clinical trial», *Violence and Victims*, n.º 25, 2010, págs. 571 a 587.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Diagnostic and statistical manual of mental disorders (DSM-5)* (5th. ed.). Washington, DC: American Psychiatric Association, 2013.

ARIAS, Esther, ARCE, Ramón, VILARIÑO, Manuel, «Batterer intervention programmes: A meta-analytic review of effectiveness», *Psychosocial Intervention*, n.º 2, 2013, págs. 153 a 160.

BABCOCK, Julia, ARMENTI, Nicholas, CANNON, Clare, LAUVE-MOON, Katie, BUTTELL, Fred, FERREIRA, Regardt,..., SOLANO, Ingrid, «Domestic violence perpetrator programs: A proposal for evidence-based standards in the United States», *Partner Abuse*, n.º 7, 2016, págs. 355 a 460.

BABCOCK, Julia, GREEN, Charles, ROBIE, Chet, «Does batterers' treatment work? A meta-analytic review of domestic violence treatment», *Clinical Psychology Review*, n.º 8, 2004, págs. 1023 a 1053.

BENNETT, Larry, STOOPS, Charles, CALL, Christine, FLETT, Heather, «Program completion and re-arrest in a batterer intervention system», *Research on Social Work Practice*, n.º 1, 2007, págs. 42 a 54.

BLATCH, Chris, WEBBER, Andrew, O'SULLIVAN, Kevin, VAN DOORN, Gerard, «Cost-benefits of a domestic abuse program for Australian offenders», *Journal of Criminological Research, Policy and Practice*, n.º 1, 2017, págs. 61 a 74.

BONTA, James, ANDREWS, Donald, *The psychology of criminal conduct (6th ed.)*, Routledge, New York, 2017.

CHURCH, Wesley, SUN, Fei, LI, Xiao, «Attitudes toward the treatment of sex offenders: A SEM analysis», *Journal of Forensic Social Work*, n.º 1, 2011, págs. 82 a 95.

CRANE, Cory, ECKHARDT, Christopher, «Evaluation of a single-session brief motivational enhancement intervention for partner abusive men», *Journal of Counseling Psychology*, n.º 2, 2013, págs. 180 a 187.

CRANE, Cory, ECKHARDT, Christopher, SCHLAUCH, Robert, «Motivational enhancement mitigates the effects of problematic alcohol use on treatment compliance among partner violent offenders: Results of a randomized clinical trial», *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, n.º 83, 2015, págs. 689 a 695.

CUNHA, Olga, GONÇALVES RUI, Abrunhosa, «Efficacy assessment of an intervention program with batterers», *Small Group Research*, n.º 4, 2015, págs. 455 a 482.

DALY, Jennifer, PELOWSKI, Susan, «Predictors of dropout among men who batter: A review of studies with implications for research and practice», *Violence and Victims*, n.º 15, 2000, págs. 137 a 160.

DIA, D. A., SIMMONS, C. A., OLIVER, M. A., & COOPER, R. L., «Motivational interviewing for perpetrators of intimate partner violence», in P. Lehmann y C. A. Simmons (Eds.), *Strengths-based batterer intervention: A new paradigm in ending family violence*, Springer, New York, 2009, págs. 87 a 111.

ECKHARDT, Christopher, MURPHY, Christopher, WHITAKER, Daniel, SPRUNGER, Joel, DYKSTRA, Rita, WOODARD, Kim, «The effectiveness of intervention programs for perpetrators and victims of intimate partner violence», *Partner Abuse*, n.º 2, 2013, págs. 196 a 231.

ELLIOTT, Ian, BEECH, Anthony, «A U.K. cost-benefit analysis of circles of support and accountability interventions», *Sex Abuse*, n.º 3, 2013, págs. 211 a 229.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, «Fundamental rights report 2017», Publications Office of the European Union, https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/a20529c6-4673-11e7-aea8-01aa75ed71a1/language-en, 2017.

FARRINGTON, David, PETROSINO, Anthony, WELSH, Brandon, «Systematic reviews and cost-benefit analysis of correctional interventions», *The Prison Journal*, n.º 3, 2001, págs. 339 a 359.

FEDER, Lynette, WILSON, David, «A meta-analytic review of court-mandated batterer intervention programs: Can courts affect abusers' behaviour?», *Journal of Experimental Criminology*, n.º 2, 2005, págs. 239 a 262.

FERRER-PEREZ, Victoria, BOSH-FIOL, Esperanza, «Batterer intervention in Spain: An analysis of their effectiveness», *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, n.º 4, 2016, págs. 11 a 13.

GENDREAU, Paul, ANDREWS, Donald, «Tertiary prevention: What the meta-analyses of the offender treatment literature tell us about "What works"», *Canadian Journal of Criminology*, n.º 1, 1990, págs. 173 a 184.

GENDREAU, Paul, ROSS, Robert, «Revivification of rehabilitation. Evidence from the 1980s», *Justice Quarterly*, n.º 3, 1987, págs. 349 a 407.

GONÇALVES RUI, Abrunhosa, «Psicopatia», in F. Vieira, A. S. Cabral y C. B. Saraiva, Coords., *Manual de Psiquiatria Forense*, Pactor, Lisboa, 2017, págs. 449-461.

GONDOLF, Edward, «Evaluating batterer counselling programs: A difficult task showing some effects and implications», *Aggression and Violent Behavior*, n.º 6, 2004, págs. 605 a 631.

GONDOLF, Edward, «Theoretical and research support for the Duluth model: A reply to Dutton and Corvo», *Aggression and Violent Behavior*, n.º 6, 2007, págs. 644 a 657.

HANSON, Karl, BOURGON, Guy, HELMUS, Leslie, HODGINS, Shannon, «The principles of effective correctional treatment also apply to sexual offenders: A meta-analysis», *Criminal Justice and Behavior*, n.º 9, 2009, págs. 865 a 891.

HARE, Robert, NEUMANN, Craig, «Psychopathy as a clinical and empirical construct», *Annual Review of Clinical Psychology*, n.º 1, 2008, págs. 217 a 246.

HODGINS, Sheilagh, MULLER-ISBERNER, Rudiger, *Violence, crime and mentally disordered offenders*. John Wiley & Sons Ltd, Chichester, 2004.

JEWELL, Lisa, WORMITH, Stephen, «Variables associated with attrition from domestic violence treatment programs targeting male batterers: A meta-analysis», *Criminal Justice and Behavior*, n.º 37, 2010, págs. 1086 a 1113.

KLEIN, J., «The media response to sex crimes», in T. Sanders (Ed.), *The Oxford handbook of sex offences and sex offenders*, Oxford University Press, Oxford, 2017, págs. 482 a 497.

LAB, Steven, WHITEHEAD, John, «From "nothing works" to the "appropriate works": The latest stop on the search for the secular grail», *Criminology*, n.º 3, 1990, págs. 405 a 417.

LEE, Moo, UKEN, Adriana, SEBOLD, John, «Accountability for change: Solution-focused treatment with domestic violence offenders», *Families in Society*, n.º 4, 2004, págs. 463 a 476.

LILA, Marisol, GRACIA, Enrique, CATALÁ-MIÑANA, Alba, «More likely to dropout, but what if they don't? Partner violence offenders with alcohol abuse problems completing batterer intervention programs», *Journal of Interpersonal Violence*, n.º 9-10, 2017, págs. 1 a 24

LILA, Marisol, GRACIA, Enrique, CATALÁ-MIÑANA, Alba, «Individualized motivational plans in batterer intervention programs: A randomized clinical trial», *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, n.º 4, 2018, págs. 309 a 320.

LÖSEL Friedrich, «The effectiveness of treatment in institutional and community settings», *Criminal Behaviour and Mental Health*, n.º 4, 1993, págs. 416 a 437.

LÖSEL, Friedrich, SCHMUCKER, Martin, «The effectiveness of treatment for sexual offenders: A comprehensive meta-analysis», *Journal of Experimental Criminology*, n.º 1, 2005, págs. 117 a 146.

LIPSEY, Mark, «The primary factors that characterize effective interventions with juvenile offenders: a meta-analytic overview», *Victims and Offenders*, n.º 2, 2009, págs. 124 a 147.

LIPSEY, Mark, WILSON, David, «The efficacy of psychological, educational and behavioral treatment: Confirmation from meta-analysis», *American Psychologist*, n.º 12, 1993, págs. 1181 a 1209.

LISBOA M., BARROSO Z., PATRÍCIO J., Y LEANDRO, A. *Violência e género: Inquérito nacional sobre a violência exercida contra mulheres e homens*, Comissão para a Igualdade e Cidadania e Igualdade de Género, Presidência do Conselho de Ministros, Lisboa, 2009.

MANN, Ruth, BARNETT, Georgia, «Victim empathy intervention with sexual offenders: Rehabilitation, punishment, or correctional quackery?», *Sexual Abuse*, n.º 3, 2013, págs. 282 a 301.

MARSHALL, William, «A Brief History of Psychological Theory, Research, and Treatment With Adult Male Sex Offenders», *Current Psychiatry Reports*, n.º 8, 2018, 20(8), págs. 57.

MCGUIRE, James, «A review of effective interventions for reducing aggression and violence», *Philosophical Transections of the Royal Society Biological Sciences*, n.º 1503, 2008, págs. 2577 a 2597.

MILLER, William, ROLLNICK, Stephen, *Motivational interviewing: Preparing people for change*, Guilford, n.º 2, New York, 2002.

MILLS, Jeremy, «Violence risk assessment: A brief review, current issues, and future directions», *Canadian Psychology*, n.º 1, 2017, págs. 40 a 49.

MPOFU, Elias, ATHANASOU, James, RAFE, Christine, BELSHAW, Scott, «Cognitive-behavioral therapy efficacy for reducing recidivism rates of moderate-and high-risk sexual offenders: A scoping systematic literature review», *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, n.º 1, 2018, págs. 170 a 186.

MURPHY, Christopher, TING Laura, «Interventions for perpetrators of intimate partner violence: A review of efficacy research and recent trends», *Partner Abuse*, n.º 1, 2010, págs. 26 a 44.

PATRICK, Christopher, *Handbook of Psychopathy*, Guilford, New York, 2018.

PENCE, Ellen, PAYMAR, Michael, Education groups for men who batter: The Duluth Model. Springer, New York, 1993.

PILLADO, Esther, FARTO, Tomás, Hacia un proceso penal más reparador y resocializador: Avances desde la justicia terapéutica, Dykinson, Madrid, 2019.

PRENTICE, Deborah, MILLER, Dale, «When small effects are impressive», *Psychological Bulletin*, n.º 1, 1992, págs. 160 a 164.

REDONDO, Santiago, Manual para el tratamiento psicológico de los delincuentes. Pirámide, Madrid, 2008.

REDONDO, Santiago, GARRIDO, Vicente, SANCHEZ-MECA, Julio, «What works in correctional rehabilitation in Europe: A meta-analytic review», in S. Redondo, V. Garrido, J. Pérez y R. Barberet, Eds., *Advances in psychology and law: International contributions*, de Gruyter, Berlin, 1997, págs. 499-523.

REDONDO, Santiago, SANCHEZ-MECA, Julio, GARRIDO, Vicente, «The influence of treatment programmes on the recidivism of juvenile and adult offenders: An European meta-analytic review», *Psychology, Crime and Law*, n.º 3, 1999, págs. 251 a 278.

ROBERTIELLO, Gina, TERRY, Karen, «Can we profile sex offenders? A review of sex offender typologies», *Aggression and violent behavior*, n.º 5, 2007, págs. 508 a 518.

ROWSON, B., MCGUIRE, J., EDS, *What works: Effective methods to reduce re-offending*, Greater Manchester Probation Service Conference Proceedings, Manchester, 1992.

SETO, Michael, LALUMIERE, Martin, «What is so special about male adolescent sexual offending? A review and *test* of explanations through a meta-analysis», *Psychological Bulletin*, n.º 4, 2010, págs. 526 a 575.

SOLDINO, Virginia, CARBONELL-VAYÁ, Enrique, «Effect of treatment on sex offenders' recidivism: a meta-analysis», *Anales De Psicología/Annals of Psychology*, n.º 3, 2017, págs. 578 a 588.

STABENOW, Troy, «A method for careful study: A Proposal for reforming the child pornography guidelines», *Federal Sentencing Reporter*, n.º 2, 2011, págs. 108 a 136.

STITH, Sandra, ROSEN, Karen, MCCOLLUM, Eric, THOMSEN, Cynthia, «Treating intimate partner violence within intact couple relationships: Outcomes of multi-couple versus individual couple therapy», *Journal of Marital and Family Therapy*, n.º 3, 2004, págs. 305 a 318.

WALTERS, Glenn, *The criminal lifestyle*. Sage, Newbury Park, 1990.

WALTERS, Glenn, Modelling the criminal lifestyle. Theorizing at the edge of chaos. Springer, New York, 2017.

WELSH, Brandon, «Monetary costs and benefits of correctional treatment programs: Implications for offender reentry», *Federal Probation*, n.º 2, 2004, págs. 9 a 13.

WEXLER, D. B., «New Wine in New Bottles: The Need to Sketch a Therapeutic Jurisprudence «Code» of Proposed Criminal Processes and Practices», Arizona Summit Law Review, 463, 2014, págs. 12 a 16.

WONG, Stephen, GORDON, Andrey, GU, Degiang, LEWIS, Kathy, OLIVER, Mark, «The effectiveness of violence reduction treatment for psychopathic offenders: Empirical evidence and a treatment model», *International Journal of Forensic Mental Health*, n.º 4, 2012, págs. 336 a 349.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO), *World Report on violence and health — Sexual Violence*. Retirado de https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/42512/9241545623_eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y, 2002.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO), Global and regional estimates of violence against women: prevalence and health effects of intimate partner violence and non-partner sexual violence, WHO Publications, Genève, 2013.

YANG, Y., RAINE, A., «The neuroanatomical basis of psychopathy: A review of brain imaging findings», in Christopher J Patrick, Ed, *Handbook of psychopathy (2nd. Ed.)*, Guilford, NY, 2018, págs. 380 a 400.

YATES, Pamela, «Treatment of sexual offenders: Research, best practices, and emerging models», *International Journal of behavioral consultation and therapy*, n.º 3-4, 2013, pág. 89.

Capítulo XI Justicia terapéutica y educación en la cárcel: una mirada desde la óptica brasileña

Daniel PULCHEIRO

Universidad Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

1. Introducción

La educación es reconocida como uno de los Derechos Humanos, destacado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Todo el conjunto de los Derechos Humanos tiene como paño de fondo la dignidad de la persona humana. Por tanto, la educación es presupuesto de la dignidad humana y debe ser resguardada incluso en la cárcel.

Además, se conoce que las cárceles son instituciones en las que ocurren una serie de violaciones de los derechos. A partir de la imposición de la pena, la cual debería solamente restringir el derecho de libertad de la persona, se puede observar que muchos abusos son sufridos por los encarcelados. Por cualquiera que haya sido su delito, u otra circunstancia personal, la cárcel no puede suprimir sus derechos fundamentales.

Por eso, y especialmente por las finalidades declaradas de la pena, el encarcelado posee el derecho a la educación, o la reeducación, como las teorías preventivas acostumbran a establecer.

En cuanto a la estructura de las cárceles, Erving Goffman afirma que todas las instituciones poseen tendencias de «aislamiento», en el sentido de que todas ellas poseen su propio mundo particular para los participantes. Sobre eso, explica que su «cierre» o su carácter total está simbolizado por la barrera de las relaciones sociales con el mundo exterior y por las prohibiciones de salida que a menudo se incluyen en el esquema físico (2013, p. 16).

De esa forma, podemos comprender que las instituciones totales son aquellas que ponen en sus participantes una marca de pertenencia que los imposibilita de «salir» de su condición de participante. Por más que la persona pueda liberarse de las barreras físicas de la cárcel, las marcas de su participación quedan clausuradas en la persona.

Esa reflexión será enfocada en las cárceles, instituciones destinadas a proteger a la comunidad de los peligros intencionales, dentro de las cuales el bienestar de las

personas aisladas no es el problema inmediato (Goffman, 2013, p. 17), o sea, está en un segundo plano de importancia (en el mejor de los casos).

Teniendo en cuenta la crisis del sistema carcelario y del Derecho Penal, así como el escenario que se ve en todo el mundo, no se cuenta con la voluntad política y con inversiones financieras capaces de generar una modificación de la estampa. Así, se comprende que el proceso de transformación que se propone en este trabajo necesita ser desarrollado de forma independiente de prescripciones externas. Para eso, las actividades relacionadas con la educación en la cárcel deben ser desarrolladas en conjunto con los encarcelados y por ellos mismos, tal cual sugiere Paulo Freire en su obra Pedagogía del Oprimido (2019).

Aunque las finalidades de la pena sean muy discutidas en todo el mundo, en Brasil el discurso oficial, que se encuentra en el Código Penal, es que la condena tiene por objetivo retribuir y prevenir el delito. Dicho de otro modo, nuestro ordenamiento jurídico adopta una teoría mixta sobre la pena.

Con esa orientación, Roxin (1976) comprende que el sistema penal debe ser construido como un «deber ser», con criterios normativos, de modo a aceptar los fines preventivos de la pena, los cuales son la resocialización, la reinserción y la reeducación, además de la función de retribuir el mal.

Como consecuencia de esa decisión, se entiende que el Estado busca, por lo menos en teoría y entre otras finalidades, la reinserción, resocialización y reeducación de la persona encarcelada.

Es discutido, como se ha dicho anteriormente referido a las finalidades de la pena, porque se entiende que ninguna teoría hasta hoy desarrollada posee condiciones de legitimar, efectivamente, la imposición de la pena. Muy objetivamente, se puede decir que, a partir del perfil de la población carcelaria de Brasil, los encarcelados no «pertenecen» a la sociedad, ya que no poseen ninguna o muy poca educación y no se presentan como personas calificadas y competitivas al mercado de trabajo. En el ambiente carcelario, al contrario que las teorías preventivas dicen, las personas acaban reforzando sus carencias y fragilidades, funcionando la cárcel como un sello del fracaso de la persona. Así, no se puede tener cualquier perspectiva sobre la persona y la cárcel solamente cumple su rol de «sacar de la circulación» un inconveniente social. La persona nunca dejará de tener su condición de expresidiario, como un muro invisible en torno a él, fruto del carácter total de la cárcel.

A pesar de todo eso, debido a la decisión política y jurídica de buscar la reeducación, el Estado no puede negar la realización de prácticas y actividades educativas para el encarcelado y así no contradecir lo que propone. Dicho de otro

modo, aunque se trate de una institución total con el objetivo de control social de los «indeseados» por la sociedad, se verifica una grieta en el sistema carcelario por la cual los fines declarados —aunque no buscados por la institución— pueden entrar con casi nula resistencia.

En esa perspectiva, se busca ofrecer la posibilidad de que el impacto causado por la aplicación de una pena sea mínimo, no por la reducción de todo el sufrimiento, si no por la creación de una oportunidad efectiva de algo bueno para el encarcelado por medio de la educación.

A partir de esa reflexión surge la necesidad y la posibilidad de introducir prácticas educativas en las cárceles por las grietas de su sistema retributivo, de una forma puntual, pero al mismo tiempo múltiple —en el sentido de que varias y variadas prácticas pueden ser desarrolladas en diferentes locales, aunque totalmente independientes una de la otra—, construyendo desde la base una estructura que pueda desarrollar una política pública de educación en la cárcel.

Así, se partirá de un análisis de los fines declarados y ocultos de la pena, pasando después a discutir la importancia y las formas de introducción de la educación en la cárcel para, al fin, proponer una estructuración de una política pública.

2. La finalidad de la pena y la cárcel como institución total

Para la corriente retribucionista, la pena se fundamenta en la retribución justa por parte del Estado a la violación de un derecho —de un bien jurídico— perpetrada por un delincuente. Esa condena se encuentra insertada en un derecho penal basado en la moral, tanto en tiempos del absolutismo como en la vigencia de la creencia en el contrato social de Rousseau. Se trata de la imposición de un mal (la pena) en razón de un otro mal anterior (el delito), anclado en la culpabilidad del autor que, por a vez, se encuentra en el libre albedrío (Bozza, 2013).

Las principales críticas a esa teoría se encuentran especialmente en los argumentos respecto a que la retribución no posee ninguna utilidad social y que la existencia de la culpabilidad, fundada en el libre albedrío, es indemostrable.

Con la intención de refutar el retribucionismo, por su carácter metafísico, en razón de la indemostrabilidad de la culpabilidad que supone el libre albedrío, pensadores como Hassemer, Marc Ancel y von Liszt buscaron desarrollar una teoría que ayudase a los fines sociales y la prevención de nuevos delitos.

Esa prevención ocurriría en dos ámbitos, la prevención general y la prevención especial, las cuales son divididas en positivas y negativas. La prevención especial trata específicamente del delincuente, buscando resocializarlo y reeducarlo (prevención positiva) o neutralizarlo/incapacitarlo (prevención negativa) como

medio de evitar que perpetre nuevos delitos. Por otro lado, la prevención general es dirigida a la sociedad no criminógena, ya que su objetivo sería desanimar a las personas a practicar delitos con la amenaza de una pena (prevención negativa) o reforzar la confianza de la población en el ordenamiento jurídico-penal (prevención positiva).

En relación a las teorías preventivas, las críticas son más contundentes, porque en cuanto en la retribución no se puede demostrar la justificación de la pena —y justamente aquí yace la crítica—, en relación a la prevención numerosos estudios presentan «a cualquiera que quiera ver» que los fines propuestos no son alcanzados.

Además de esas dos corrientes históricamente importantes, existen otras, llamadas mixtas o unificadoras, que consideran la presencia de los fines defendidos por los retributivistas y por los utilitaristas. Así, si por un lado tenemos todas las cualidades de las teorías, por otro, conllevan a su vez todas las críticas de ambas. Ferrajoli (2014) entiende la pena como un mal, pero un mal justificable, puesto que la imposición de ese mal tiene la capacidad de reducir un mal mayor en relación a la venganza u otras reacciones sociales, así como proteger a la persona de imposiciones informales y desproporcionadas. A su vez, Roxin (1976) entiende la pena como un instrumento de protección de la sociedad contra la producción de riesgos intolerables a la convivencia social armónica, sin olvidarse, de una finalidad preventiva al delito, asociada al fundamento de la culpabilidad (Bicudo, 2010).

Con una visión radical a lo anteriormente mencionado, Zaffaroni y Batista (2003, p. 238) desafían las finalidades de la punición y desarrollan la Teoría Agnóstica de la Pena. Para estos autores, se trata de una teoría negativa, al no reconocer ninguna finalidad positiva de la punición. Para los autores, la pena es una coerción, que impone una privación de derechos o un daño, que no repara ni restaura, ni detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes: la pena es un ejercicio de poder.

Se entiende, de esa forma, que las teorías hasta hoy presentadas no pueden ofrecer una respuesta adecuada a la finalidad de la pena, principalmente por su carácter selectivo, evidenciado de forma muy clara por la criminología crítica.

De acuerdo con el Consejo Nacional de Justicia (2018), Brasil cuenta con 602.217 encarcelados, de los cuales 95% son hombres. La gran parte de los presos (40,14%) son provisionales, mientras que 35,15% son condenados definitivos y el 24,72% cumplían condena provisional (modalidad esta que se revisión). En

cuanto a los regímenes carcelarios, el 74,09% están en régimen cerrado, el 24,13% en semi abierto, y el 1,76% en el abierto.

En cuanto a los delitos cometidos, se puede ver que el 27,58% están encarcelados por robo (sin muerte), el 24,74% por tráfico de drogas, el 11,27% por homicidio y el 8,63% por hurto. Se destaca que, de esas cuatro tipologías delictivas más prevalentes, tanto en el tráfico de drogas como en el hurto, no hay violencia o amenaza contra la víctima.

Los datos muestran que los encarcelados son jóvenes, registrándose que el 53,91% de ellos tienen entre 18 y 29 años.

Respecto a los años de educación de los encarcelados, se puede ver que gran parte posee muy poca instrucción. Así, con esos datos, se observa que el encarcelado de Brasil es un *hombre*, *joven*, sin o *con poco estudio*, condenado por delito de *robo* y *tráfico de drogas*. Además, según el Consejo Nacional de Justicia, se sabe que casi todos los encarcelados son personas de un nivel socioeconómico bajo.

Esa observación se añade al entendimiento de la criminología crítica de que la cárcel significa un mecanismo de refuerzo a la exclusión social de un grupo muy específico de personas socialmente con menos recursos sociales y económicos.

De este modo, la prisión desarrolla sus propios instrumentos para imposibilitar la convivencia de esas personas con la sociedad libre, constituyéndose en «instituciones totalitarias».

Zaffaroni (2001, p. 12) dice que «Se ha vuelto común describir la operatividad real de los sistemas penales en el sentido que nada tienen que ver con la forma en que los discursos jurídico-legales suponen que actúan. En otras palabras, la programación normativa se basa en una "realidad" que no existe y el conjunto de instituciones que deberían llevar a cabo esta programación actúan de una manera completamente diferente». Con eso, se tienen establecimientos carcelarios con características totalitarias y excluyentes, contrarias a aquella propuesta por las teorías clásicas.

En ese mismo sentido, Goffman (2013, p. 17-18) muestra algunas características procedimentales que las instituciones poseen justamente para asegurar su totalidad:

1) Todos los aspectos de la vida se realizan en el mismo espacio bajo una única autoridad.
2) Cada fase de la actividad diaria del participante es realizada en compañía inmediata de un grupo relativamente grande de otras

personas, todas ellas tratadas de la misma forma y obligadas a hacer las mismas cosas en conjunto.

3) Todas las actividades diarias están rigurosamente establecidas en horarios, puesto que una actividad lleva, tras un tiempo predeterminado, a la siguiente, y toda la secuencia de actividades es impuesta por un sistema de reglas formales explícitas de un grupo de funcionarios.

4) Las diferentes actividades obligatorias se reúnen en un plano racional único, supuestamente planeado para atender a los objetivos oficiales de la institución.

Goffman (2013) también indica que, aunque se tenga la necesidad de alguna comunicación entre los encarcelados y los dirigentes de la cárcel de los escalones más altos —como el director—, el equipo de guardas tiene la función de filtrar y limitar esa comunicación.

En ese mismo sentido, Michel Foucault (1991), en «Vigilar y Castigar», entiende las cárceles como «*instituciones completas y austeras*», puesto que todo lo que se realiza dentro de ellas es dirigido a la imposición del poder del Estado con finalidades transformadoras para la persona. Sus objetivos son domesticar u hacer dócil al encarcelado, para no resistirse al Estado, dejarlo sin posibilidad de cuestionamiento o crítica. De acuerdo con el autor:

> «La prisión debe ser un dispositivo disciplinario exhaustivo. De varias maneras: debe hacerse cargo de todos los aspectos del individuo, su entrenamiento físico, su aptitud para el trabajo, su comportamiento diario, su actitud moral, sus disposiciones; la prisión, mucho más que la escuela, el taller o el ejército, que siempre implica una cierta especialización, es "omnidisciplinaria". Además, la prisión no tiene exterior ni espacio; no se interrumpe a sí misma, excepto una vez que su tarea esté completamente terminada; su acción sobre el individuo debe ser ininterrumpida: disciplina incesante. De todos modos, otorga un poder casi total sobre los internos; tiene sus mecanismos internos de represión y castigo: disciplina despótica. Ejerce con una intensidad más fuerte todos los procesos que encontramos en otros dispositivos disciplinarios. Tiene que ser la maquinaria más poderosa para imponer una nueva forma al individuo pervertido; su modo de acción es la coerción de una educación total». (Foucault, 1991, p. 211).

Lo que se constata es que la cárcel funciona como un mecanismo de control absoluto sobre el individuo, control que hay sobre sus movimientos, rutinas, contactos, modo de actuar o del modo de desarrollar su personalidad.

Michel Foucault, en «La Sociedad Punitiva» (2015), denuncia, a partir de sus clasificaciones de sociedad, que los sujetos delincuentes, por quedarse alejados de la sociedad de consumo, se ven «excluidos», indeseados socialmente. La punición consiste en una táctica para evitar que esas personas puedan compartir «lugares comunitarios sagrados», excluyéndolos de las «*normas de hospitalidad*». La cárcel representa la muerte social, unida a, además de la exclusión, la imposición de una condición de deudor de una reparación, de sujeto unido simbólicamente a uno pago de una multa al Estado que lo subyuga, concretado en los antecedentes judiciales y el encarcelamiento como limitación física. Condiciones creadas para que se perpetúen en la vida del sujeto de forma que lo mantengan lejos de la posibilidad de pertenencia social.

Zaffaroni (2001, p. 27) dice «que el sistema penal está estructurado para que la legalidad procesal no funcione, pero que ejerza su poder con un alto grado de arbitrariedad selectiva dirigida, naturalmente, a sectores vulnerables». «los organismos ejecutivos tienen «espacio legal» para ejercer poder represivo sobre cualquier habitante, pero operan cuando y contra quien decidan. una vez que la envergadura legislativa autoriza la criminalización de toda persona.

Analizando desde esa perspectiva comienza a cobrar sentido el porqué del perfil del encarcelado en Brasil. Como se ha dicho anteriormente, la persona que está en la cárcel es hombre, joven, pobre, que ha cometido robo o tráfico de estupefacientes. De acuerdo con la óptica de la criminología crítica, se trataría de personas «indeseadas» por la sociedad, por no estar ajustados al modelo tradicional de consumo, y que deben ser sacadas de la convivencia social, ya que no logran portarse de un modo socialmente deseado, causando una dificultad para el desarrollo del sistema impuesto.

3. La (re)educación en cárcel: un abordaje terapéutico

Si actualmente tenemos en la privación de la libertad una ausencia absoluta de perspectivas del encarcelado, la óptica de la Justicia Terapéutica sobre los elementos y circunstancias que giran en ese contexto pueden traer grandes beneficios a los individuos. Cuando no se tiene nada, cualquiera cosa es una ganancia. Desde el punto de vista de la Justicia Terapéutica, la constatación de ganancia en la esfera psicoemocional del sujeto es constatada como un efecto terapéutico. Por eso, se comprende que proponer una asistencia educacional, prácticas educativas emancipatorias, que puedan ser desarrolladas a partir/con de los/los propios encarcelados y para ellos mismos, posee una potencialidad terapéutica con posibilidad de generar cambios importantes en la vida del sujeto.

De acuerdo con Winick y Wexler (2003), Justicia Terapéutica es el estudio sobre el impacto que una ley —usada como un agente (anti)terapéutico— provoca sobre la vida emocional y el bienestar psicológico de las personas afectadas por la aplicación de la norma. Es el estudio de las perspectivas que una legislación puede ejercer dentro de un contexto social. Puede decirse que la Justicia Terapéutica considera las políticas públicas como una fuerza social y que ellas pueden comportarse como un agente terapéutico sobre las personas que sufren su influencia (Wexler, 2018).

En el contexto de este trabajo, la Justicia Terapéutica tendría un rol destacado en la evaluación de las consecuencias generadas por los procedimientos usados para el ejercicio de las prácticas educativas, para evaluar si ellas están disminuyendo los efectos antiterapéuticos de la prisión y suponiendo ganancias psicoemocionales para los sujetos. Esas prácticas, o procedimientos, además de tener relación directa con las dichas finalidades de la pena, buscan elevarse a un nivel de política pública que, por cierto, generará impactos a los sometidos a ella.

Desde esas premisas de la Justicia Terapéutica, se pueden constatar cuestiones convergentes importantes en el contexto que se trabaja en este estudio. Lo que se busca aquí, en verdad, es ofrecer una posibilidad de cumplimiento de la condena más «terapéutica», en el sentido de que se tenga algún beneficio para el encarcelado. Esa ganancia es la construcción de un camino libertario y emancipatorio por medio de la educación en cárcel.

Así, lo que se entiende por una pedagogía libertaria y emancipadora es una ruptura con el modelo clásico de enseñanza donde el educador se encuentra en un lugar por encima del educando y tiene rol de entregarle el contenido que debe aprender. Lo que se propone, es que los encarcelados formen parte de su proceso de aprendizaje, que sean sujetos activos y no solamente objetos o sujetos pasivos en la relación establecida con el educador. El educador, en verdad, representa un mediador en el proceso de enseñanza-aprendizaje, en el cual los encarcelados desarrollan un proceso activo de participación reflexiva en la construcción del conocimiento. De acuerdo con Freire, sería un proceso por el cual el educador invita a los estudiantes a reconocer y revelar la realidad de manera crítica (Freire, 1985, p. 125).

> En ese mismo sentido, Menezes y Santiago (2014, p. 49) entienden que:
>
> «Para Freire, lo que hace posible una acción libre, creativa y determinante es el desarrollo de la conciencia, capaz de aprehender críticamente la realidad. Por esta razón, critica este tipo de educación que no permite la formación de la conciencia crítica, ya que se alienta a los estudiantes a

> memorizar el contenido y no conocerlo, ya que no realizan ningún acto cognitivo del objeto de conocimiento más allá personaje verbalista, narrativo».
>
> En continuidad, las autoras dicen que
>
> «Una educación como práctica de libertad, basada en la teoría de la acción dialógica, que reemplaza el autoritarismo presente en la escuela tradicional con el diálogo democrático en los diferentes espacios de experiencias y aprendizaje. Esta educación requiere que hombres y mujeres participen en la lucha para lograr la liberación, en un proceso incesante de conquista que tiene lugar en comunión con los demás, que resulta de una conciencia en la que hombres y mujeres (niños, jóvenes y adultos) entienden que su vocación ontológica e histórica es ser más» (Menezes e Santiago, 2014, pág. 50).

La educación liberadora busca producir en el sujeto una conciencia crítica sobre su contextualización en el mundo para superar las amarras de la opresión. Como ya se ha dicho, ocurre una modificación en el estatus del educando, quien pasa de ser objeto para ser sujeto consciente y crítico, siendo protagonista, junto con el educador, en una relación de diálogo que permite la problematización y la construcción del conocimiento. Con ese nuevo educando, hablante y escuchado, nace una persona propositiva, capaz de contribuir con la transformación de su comunidad y no solamente con un modelo puramente repetitivo proporcionado por la educación «clásica» que perpetúa una relación de poder que es muy destacada en el ambiente carcelario.

Para que eso todo haga sentido, Freire (2019) entiende que la estructura tradicional de la relación entre educador y educando necesita ser superada, cambiándose los locales de habla de los implicados, para que se tenga un diálogo bilateral y que el proceso educativo ocurra en los dos sentidos. Así, el autor establece que:

> «El educador ya no es el que solo educa, sino el que, mientras educa, es educado, en diálogo con el estudiante que, al ser educado, también educa. Ambos se convierten así en sujetos del proceso en que crecen juntos y en que los "argumentos de autoridad" ya no son válidos. En el cual, para ser funcionalmente una autoridad, uno necesita sentirse con libertad y no contra ella». (Freire, 2019, p. 95-96).

Dentro del sistema carcelario, lo que se propone es la creación de prácticas y procedimientos que puedan ser aplicados y desarrollados a partir/con de los/los encarcelados para ellos mismos con los cuidados de un maestro-mediador. Así se

tendría una educación carcelaria más alejada de las ataduras directivas del sistema tradicional de enseñanza impuesto a la población encarcelada. Ese proceso podría ocurrir de dos formas, siendo la primera desde la introducción de un educador mediador externo o se puede contar con algún encarcelado que tenga, eventualmente, el perfil de educador en los términos que se presentan aquí.

Ese es el desafío que se impone: introducir la educación en la cárcel y hacer que ella dialogue con el universo de los propios encarcelados. Que se tenga una mejor expectativa en la primera hipótesis presentada anteriormente, teniendo en cuenta que el perfil del encarcelado presenta un grado muy bajo de escolaridad, lo que dificulta mucho que asuma el rol de mediador en un primer momento.

Pereira (2011), cuando trata de la educación carcelaria, entiende que se trata de un camino de desarrollo cognitivo y social de los sujetos encarcelados, ofreciéndolos herramientas de reintegración social, tales como la escolarización y la profesionalización. A partir de eso, se entiende que es posible que el sujeto, cuando retorne a la vida fuera de los muros, tenga capacidad de reflexión y de escoger opciones prosociales entre las posibilidades que van a aparecer.

En el modelo tradicional, si es posible decir que hay algún modelo de educación en la cárcel, el encarcelado ha de tener conocimiento de reglas (que las debe obedecer) y valores (constituidos desde la realidad carcelaria). Todavía, ocurre que:

> «La mayoría de las veces, esta internalización es aceptada sin crítica porque el preso está en la posición de dominado, no tiene voz ni participación activa en cuanto a qué, cómo y por qué internalizar el capital de la prisión, al mismo tiempo que no tendrá los medios para producir otro capital en ese interior que él considere más justo, ya que los individuos que están en "posiciones dominadas" en el espacio social también están en posiciones dominadas en el campo de la producción simbólica y no está claro dónde están los instrumentos de producción simbólica que necesitan para expresar su propio punto de vista sobre lo social» (Bourdieu, 1998b, p. 152).

Esto hace que estas personas terminen aceptando reglas institucionales como una forma de preservar y sobrevivir dentro de la prisión; este es uno de los factores de permanencia de la estructura de la prisión con todas sus contradicciones; porque cada vez que

> «el individuo utiliza gradualmente los recursos que el estado institucional puede proporcionar» (Silva, 1997, p. 168), legitima las opresiones dentro de esa institución». (Pereira, 2011 online).

Se desafía, por tanto, al sistema carcelario a cambiar esa construcción y efectivar el derecho a la educación garantizado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Como dice Rezende (2012), debe haber una coherencia en el usufructo de los derechos, en el sentido de que, si el derecho de punir debe ser ejercido, también lo debe ser el derecho de la educación, incluso a las personas que están encarceladas. Como se dijo, se tiene en ese escenario un conjunto de personas muy carentes de ese derecho, con lo que se debe tener una preocupación del Estado y la debida inversión para cambiar esa realidad para que sea posible que una persona salga de la cárcel con una situación mejor de la que tenía antes de ingresar en prisión.

Entendiendo que la cárcel no es el mejor ambiente para la enseñanza y el aprendizaje, es la situación/posibilidad que se presenta para dichas personas. Así, teniendo en cuenta que existe espacio para realizar una (re)educación —espacio dado por la teoría preventiva y por la ley penal— se entiende que cualquier mecanismo que disminuya el sufrimiento o que suponga alguna especie de ganancia a la población carcelaria sea válida y «terapéutica».

Además, se sabe que el logro de esta propuesta puede traer, consecuentemente, ganancias para toda la sociedad, en una perspectiva de reducción de la violencia y de la criminalidad, especialmente si se asocia a políticas públicas sociales y económicas que posibiliten dignidad para los encarcelados. Eso se debe a que se entiende que la educación ejerce un rol muy importante como factor protector frente a la violencia.

Becker e Kassouf (2017) apuntan que, teniendo en cuenta que el tiempo de escolaridad afecta directamente las nociones de moralidad y civismo[1], es posible que cuanto mayor sea la educación recibida, más herramientas para evitar conflictos y para tratar mejor esas situaciones se tendrá. De acuerdo con los autores:

> «Los resultados encontrados indican que las intervenciones en la actividad educativa pueden ayudar a reducir la actividad criminal y agregar a la

[1] Se sabe que la forma en que se presenta la comprensión de los autores va en contra de las contribuciones de la criminología crítica. Dicha conclusión no demuestra ser válida en relación con los delitos de cuello blanco, cuyos delincuentes se caracterizan por tener un nivel económico más alto y una buena escolaridad, y una apariencia (falsa) de «moralidad» y «civilidad» en general. Sin embargo, se entiende que dicha conclusión de los autores se refiere a los crímenes seleccionados por el Derecho Penal, a menudo aquellos cometidos mediante el uso de violencia o amenaza grave contra la persona, de modo que la conclusión no se vuelva totalmente inválida y encaje en el contexto de esta reflexión que trata de la población encarcelada.

> literatura empírica que observa un efecto neto negativo en la relación entre las medidas educativas y el crimen». (Becker e Kassouf 2017).

Teixeira (2011) defiende una relación importante entre la prevalencia de abandono escolar y el crecimiento de las tasas de homicidio, mostrando que el alejamiento del sujeto de la educación facilita su aproximación con la violencia y con la criminalidad. Además, el autor apunta que cuanta menos violencia existe en el ambiente escolar, mayor es la tendencia de los alumnos a obtener un mejor desempeño en las clases de matemática y portugués.

Corroborando esa visión, Minayo (2013), presenta que:

«La educación formal y una mejor vida para la clase trabajadora hicieron más por la disminución de la violencia social y los homicidios en Europa que todos los dispositivos represivos. Es importante tener en cuenta que a principios del siglo XIX las tasas de muertes violentas en algunos países europeos alcanzaron más de 60/100,000. Doscientos años después no son más de entre 1 o 2 cada 100,000 habitantes (Chesnais, 1981). El mismo autor justifica su afirmación diciendo que cuando los seres humanos no pueden usar la palabra, no es suficiente para que el contendiente llegue a sus fines, en general, comienza a usar medios violentos como una forma de enfrentar conflictos. Y el proceso de educación formal, recuerda Chesnais, enseña el diálogo, la reflexión y la confrontación del «contrario», además de ser un instrumento fundamental de inclusión social y de oportunidades crecientes en el mundo laboral.

Del hecho presentado por la autora, importa destacar que su resultado implica un conjunto de factores que eran concomitantes en Europa, referido a que la educación, *per se*, muy probablemente no produciría ese mismo resultado. Si bien sin toda la inversión en la educación, de la misma forma, el resultado no sería el mismo, con lo que se concluye que la educación es un factor muy importante para el desarrollo humanístico y para la reducción de la violencia.

Así, es posible comprender que la adopción de prácticas educativas en el ambiente carcelario podría traer una doble ganancia: una para el sujeto encarcelado, que tendrá la oportunidad de evolucionar intelectualmente y buscar su emancipación/libertad a través del saber/conocimiento y otra para la sociedad, que tendrá una reducción de la tasa de criminalidad. Como se ve, las relaciones pueden ser establecidas y no parece haber ninguna novedad en esas afirmaciones. Desafortunadamente, esas probabilidades históricamente están siendo inviables por grandes dificultades de inversión en la educación y, especialmente en la población carcelaria. Es por eso que se busca aquí una inversión no financiera, que no tenga tanta participación del presupuesto del Estado, y que, aunque no

parta de los encarcelados, pueda ser mantenido y desarrollado por ellos y para ellos.

4. Consideraciones finales: la construcción de una política pública de educación para el encarcelado

Ahora, encaminando para las consideraciones finales de esta reflexión, se presenta un camino, tan estrecho como una grieta, pero presente en la cárcel en cuanto institución total, que permite la implantación de políticas públicas de educación para los encarcelados, para que ellos puedan, por medio del estudio, buscar su libertad y emancipación como ser humano.

En el contexto de la cárcel y desde las enseñanzas de Paulo Freire, sobre que el proceso educativo de los oprimidos debe partir de los propios oprimidos y destinarse a ellos mismos, se entiende que las políticas públicas a ser propuestas deben empezar en la base, desde experiencias puntuales en diferentes establecimientos hasta llegar al punto de que las prácticas educativas dentro de la cárcel sean visibles e innegables. Con eso, se piensa en un proceso de una pirámide invertida, por el hecho de que el trabajo podrá ser realizado desde una práctica específica, dentro de instituciones carcelarias aleatorias, y después logrando espacio en el ámbito provincial y, al fin reproducido en el ámbito nacional.

Esa idea se basa en la experiencia americana con los Tribunales de Tratamiento de Drogas. Creados en 1989, durante muchos años desarrollaron prácticas aisladas en diferentes contextos. Con el paso del tiempo, estas prácticas aisladas crecieron hasta llegar al punto de, a pesar de que no constituyan un programa institucional federal, recibir dinero público para financiar su continuidad y el buen funcionamiento y pueden ser consideradas como una política pública de abordaje al uso de drogas asociado a la criminalidad (Fensterseifer, 2017).

Así, partiendo de la comprensión de que las políticas públicas implican un proceso de construcción de un precepto, por medio de conductas practicadas por el Estado, que busquen el bienestar de la población, la felicidad, el desarrollo y la resolución de los conflictos de forma ética y pacífica (Dias; Matos, 2012), se entiende que es posible que la estrategia propuesta de volver visible e innegable un conjunto de prácticas aisladas de educación, que después exigiría organización por parte del Estado, puede contribuir de forma importante para la edificación de una política pública educativa carcelaria.

5. Referencias

BECKER, Kalinca Léia; KASSOUF, Ana Lúcia, «« Uma análise do efeito dos gastos públicos em educação sobre a criminalidade no Brasil »» *Economia e Sociedade*, 26(1), Campinas, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Banco Nacional de Monitoramento de Prisões — BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos, Conselho Nacional de Justiça, Brasília, 2018.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda, *Políticas Públicas — Princípios, Propósitos e Processos,* São Paulo: Atlas, 2012.

PULCHERIO FENSTERSEIFER, Daniel, *Construção de um Conceito de Justiça Terapêutica e Cortes de Drogas desde a Ótica da Therapeutic Jurisprudence,* Tese (Doutorado em Ciências Criminais), Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2017, pág. 384.

FOUCAULT, Michel, *A Sociedade Punitiva,* São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

Vigiar e Punir – H*istória da violência nas prisões. 9ª ed*. Petrópolis: Vozes, 1991.

FREIRE, Paulo, *Pedagogia do oprimido. 68ª. ed*., Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2019.

FREIRE, Paulo, The politics of education: culture, power, and liberation, Westport, CT: Bergin and Garvey, 1985.

GOFFMAN, Erving, *Manicômios, prisões e conventos. 8ª. ed.,* São Paulo: Perspectiva, 2013.

IBGE, Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira: 2015, Rio de Janeiro: IBGE, 2015.

MENEZES, Marilia Gabriela De; SANTIAGO, Maria Eliete, «Contribuição do pensamento de Paulo Freire para o paradigma curricular crítico-emancipatório», *Pro-Posições,* 25(3), págs. 45 a 62, 2014.

SOUZA MINAYO, María Cecilia de, «Violência e Educação: impactos e tendências», *Pedagógica,* 15(31), 2013.

PEREIRA, Antonio, «A educação-pedagogia no cárcere, no contexto da pedagogia social: definições conceituais e epistemológicas» *Rev. Ed. Popular*. Uberlândia. vol. 10, págs. 38 a 55, 2011.

VIEIRA DE REZENDE, Nair, «Reencantar a educação: a educação básica e a ressocialização dos presos», Dissertação (Mestrado em Ciências da Educação). Instituto de Ciências da Educação, Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologia, Lisboa, 2012, pág. 275.

ROXIN, Claus, Problemas básicos del Derecho Penal. Sentido y límites de la pena estatal, Madrid: Editorial Reus, 1976.

LOPES DA SILVA, María Isabel, «Prática Educativa, Teoria e Investigação», *Interacções*, 27, 2013, págs. 283 a 304.

CAMARGO TEIXEIRA, Evandro, «Dois ensaios acerca da relação entre criminalidade e educação», Tese (Doutorado em Economia Aplicada) — Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz, University of São Paulo, Piracicaba, 2011.

WEXLER, David B., «Justicia Terapéutica: una visión general», en Pulcherio Fensterseifer, Daniel (org.) *Therapeutic Jurisprudence: Lições e práticas que podem humanizar o direito*, Curitiba: CRV, 2018.

WINICK, Bruce J.; WEXLER, David B., *Judging in a Therapeutic Key: Therapeutic Jurisprudence and the Courts*, Durham: Carolina Academic Press, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raul, *Em Busca das Penas Perdidas*, 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

Capítulo XII Justicia Terapéutica e intervención con familias en conflicto: la coordinación de parentalidad

Francisca FARIÑA
Universidad de Vigo
Dolores SEIJO
Universidad de Santiago de Compostela
M.ª José VÁZQUEZ
Universidad de Vigo

1. Introducción

El cese de la convivencia, la separación o el divorcio[1] se considera uno de los eventos vitales más estresantes (Borelli y Sbarra, 2011; Fariña, 2019; Mitcham-Smith y Henry, 2007), siempre angustiante, y en mayor medida para las parejas con hijos menores de edad (Kreyenfeld y Trappe, 2020); pudiendo derivar en daño (Landis, 1960). Desafortunadamente, en el siglo XXI, a pesar de ser una experiencia común en las familias occidentales, todavía sigue resultando para muchos progenitores y sus descendientes un suceso traumático[2], llegando a provocar síntomas similares al Trastorno de Estrés Post Traumático (TEPT)[3] en

[1] En adelante, al cese de la convivencia de parejas sin unión matrimonial y con unión matrimonial se le denominará ruptura de pareja.

[2] Etimológicamente el término trauma proviene del griego τραῦμα, y se traduce al español como herida. El diccionario de la Real Academia Española establece tres acepciones para la palabra trauma, a saber: «Choque emocional que produce un daño duradero en el inconsciente», «Emoción o impresión negativa, fuerte y duradera» y «Lesión duradera producida por un agente mecánico, generalmente externo». Así, un evento se define como traumático cuando los recursos internos y externos de la persona son insuficientes para afrontarlo de manera efectiva (Katz y Haldar, 2016); provocándole sentimientos de impotencia, desconexión y pérdida de control (McKenna, y Holtfreter, 2020), y con efectos físicos o psicológicos negativos, que perduran a lo largo del tiempo, y que afectan a su bienestar (Substance Abuse and Mental Health Services Administration, 2014).

[3] El TEPT, siguiendo el DSM-V (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders), de la American Psychiatric Association (APA, 2013), puede provocar síntomas de ansiedad extrema, depresión, pensamientos abrumadores y recuerdos del evento, sospechas a veces alcanza la paranoia, actitud defensiva, impotencia y vulnerabilidad, y una pérdida percibida de control sobre las propias circunstancias y el entorno.

todas las personas involucradas (Ordway, Moore, Casasnovas, y Asplund, 2020). La angustia y el dolor pueden alcanzar niveles tan elevados que resultan comparables a la pérdida de un cónyuge (Arch, 2010). Si bien, como ante cualquier otra situación traumática, la reacción puede ser muy diversa y estar moderada por diferentes variables, como la fortaleza personal, o el apoyo social; así puede desencadenar una alta perturbación, convirtiéndola en altamente traumática, o apenas tener afectación. No obstante, a la mayoría les resulta difícil de superar sin que les deje una cierta huella negativa y tóxica, que llega a incidir en su salud mental (Novo, Fariña, Seijo, Vázquez, y Arce, 2019). Se ha encontrado que quienes se separan muestran mayor sintomatología depresiva y ansiedad (Amato, 2010; Blanco, Otero, López, Torres y Vázquez, 2017; Bourassa, Allen, Mehl y Sbarra, 2017; Kalmijn, 2010; Kamp, 2013). Además, la afectación psicológica y el sufrimiento se pueden ver incrementados por la existencia de vivencias traumáticas previas. Borelli, y Sbarra (2011) hallaron que cuántas más experiencias traumáticas en el pasado hayan tenido las personas, mayor angustia psicológica y autoculpa les genera la separación. Por consiguiente, todas estas dificultades y problemas de carácter psicoemocional dificultan una adaptación saludable a la nueva realidad familiar, menoscabando, a la vez, la competencia en el rol parental. La capacidad para apoyar emocionalmente a sus descendientes menores de edad se ve mermada, y en mayor medida si la ruptura les generó un trauma, lo que provoca situaciones de maltrato a los hijos (Shimkowski y Ledbetter, 2018). Como señala Taylor (2008), hasta que los progenitores no superen el trauma asociado con el divorcio, no pueden ejercer una influencia positiva para sus descendientes.

Igualmente, para los hijos e hijas la experiencia de la ruptura de pareja de los progenitores resulta difícil de aceptar y superar, pudiendo experimentarla como un suceso negativo, afectarles a su estado de salud en general, y desencadenar desequilibrio emocional con problemas graves de salud mental (Hengesch, Larra, Finke, Blumenthal, y Schächinger, 2017; Leopold, 2018; Schaan, et al, 2019). La ruptura impacta en su mente y frecuentemente les genera miedo intenso y confusión. Por ello, están expuestos a manifestar una serie de problemas asociados a la experimentación de vivencias traumáticas, necesitando, en esos momentos, gran atención y apoyo. Esto se magnifica cuando la separación es conflictiva, resultando para los hijos uno de los eventos más traumáticos de sus vidas (Van der Wal, Finkenauer, y Visser, 2019). En este sentido, quienes durante la infancia y la adolescencia han vivido el divorcio conflictivo de sus progenitores, de adultos, informan de más experiencias traumáticas en esa etapa que aquellos otros que no han experimentado esta contingencia (Schaan y Vögele, 2016). No es de extrañar, por lo tanto, que la ruptura de pareja de los progenitores se

considere una experiencia adversa en la infancia (Adverse Childhood Experiences, ACE)[4].

La investigación realizada sobre el impacto de las ACE, señala que las experiencias familiares adversas (AFE) más prevalentes son divorcio/separación de los progenitores, dificultades económicas, problemas de consumo de sustancias en la familia y enfermedad mental de los progenitores (Crouch, Probst, Radcliff, Bennett, y McKinney, 2019; Kasehagen, *et al.*, 2018). También se conoce que la combinación de varias ACE tiene un impacto acumulativo en los niños/as que las experimentan. Thompson, Alonzo, Hu, y Hasin (2017) hallaron que la ruptura de pareja de los progenitores y los antecedentes psiquiátricos de los padres interactúan y se combinan hasta impactar el doble, o incluso el triple, en los problemas de los niños en términos de salud. Durante la infancia el estrés derivado de la AFE se asocia con diferentes alteraciones en el estado de salud, que además se mantienen en la edad adulta (Beal, Wingrove, Mara, Lutz, Noll, y Greiner, 2019; Hengesch, et al, 2017, Van der Wal, *et al.*, 2019). Para la American Academy of Pediatrics (2012) no es la adversidad exclusivamente la que predice desajustes y patrones de salud desadaptativos en los niños, niñas y adolescentes, sino la ausencia de adecuadas relaciones familiares que les ofrezcan protección y apoyo. Por lo tanto, es indispensable que la ruptura de pareja no suponga una merma de apoyo familiar para los hijos e hijas, y que los progenitores mantengan una relación de coparentalidad positiva[5]; lo que habitualmente no es fácil de

[4] Las experiencias adversas en la infancia (Adverse Childhood Experiences, ACE) se refieren a aquellos eventos o situaciones que tienen lugar en el ambiente familiar (Adverse Family Experiences, AFE) o social (Adverse Social Experiences, ASE) que varían en severidad, que son eventualmente crónicos y que causan daño y estrés tóxico y ocurren en los momentos de crianza y desarrollo de los niños y niñas, incidiendo negativamente en su desarrollo físico y psicológico (AAP, 2012, Hornor, 2015; Kalmakis y Chandler, 2014; Middlebrooks y Audage, 2008).

[5] En la «Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida» que ha publicado el Consejo General del Poder Judicial de España, en 2020, se recoge (Biezma y Fariña, 2020, p. 22): *La parentalidad positiva, cuando los hijos tienen dos progenitores, se entronca con la coparentalidad. En un inicio este término se utilizó en el contexto del divorcio, pero actualmente hace referencia a cómo colaboran los progenitores en la crianza de sus hijos/as se encuentren divorciados o no (McHale, Kuersten-Hogan y Rao, 2004). De manera sucinta, Feinberg (2003) define la coparentalidad como la manera en que los progenitores se desempeñan juntos en su rol de padres. La coparentalidad positiva se puede establecer en la medida en que los progenitores acuerdan los asuntos relacionados con la crianza de sus hijos, distribuyen el trabajo relacionado con los niños, se apoyan o se coadyuvan mutuamente en su rol parental y gestionan conjuntamente los conflictos relacionados con la crianza de los hijos (Feinberg y Sakuma, 2011; Pilkington, Rominov, Brown y Dennis, 2019). Así, la coparentalidad positiva conlleva una relación colaboradora entre los progenitores fundamentados en el interés superior de sus descendientes, que indefectiblemente les obliga a que se apoyen y sean solidarios en su esfuerzo por responder a las necesidades de sus hijos/as.*

lograr. En general, los progenitores en el momento de romper su relación de pareja tienden a presentar un alto nivel de conflictividad, que suele incrementarse con las dinámicas propias de los procesos judiciales contenciosos; de manera especial si el proceso genera trauma en uno o en ambos. Los progenitores con afectación traumática, como otras víctimas postraumáticas, presentan inicialmente comportamientos defensivos (Landis, 1960), que indefectiblemente provocan enfrentamientos, pudiendo generar alto conflicto y permanencia de éste durante toda la crianza de sus descendientes, inclusive si estos no hubiesen nacido en el momento que se produce la separación de la pareja. Así, aunque se ha constatado que la hostilidad entre los progenitores decrece en los tres años posteriores al divorcio (Bacon y McKenzie, 2004; McIntosh y Long, 2005), algunos no sólo lo mantienen, sino que lo van incrementando con el transcurso del tiempo. A tenor de los trabajos de Maccoby y Mnookin (1992), Ahrons (1994) y Amato, Kane y James (2011) sólo entre el 26% y el 38% de los progenitores separados mantienen una parentalidad cooperativa; entre el 30% y 40% llevan a cabo una coparentalidad paralela, y entre un 26% y el 34% una coparentalidad conflictiva (Biezma y Fariña, 2020; Ramírez, 2016). Por su parte, Lamela, Figueiredo, Bastos y Feinberg (2016) informan que el 48% llevan a cabo una parentalidad cooperativa, un 39% una parentalidad minada, y un 13% en alto conflicto; Coates, Deutsch, Starnes, Sullivan, y Sydlik (2004) estimaron el alto conflicto en un porcentaje muy similar, entre 8% y 12% del total.

De esta forma, con independencia de las circunstancias que hayan motivado la ruptura, esta puede conllevar daño en las personas implicadas, que requiere de un proceso de curación (Taylor, 2008), y, en ocasiones, este ha de implicar a todos los miembros de la familia. Sin duda, quienes más lo necesitan son los que han judicializado su relación parental, y presentan un alto conflicto, pero también aquellos progenitores que siguen en conflicto abierto, aunque no existan denuncias ni demandas judiciales, y los que no mantienen ningún tipo de relación y el conflicto se encuentra latente. No se nos puede escapar que indefectiblemente el conflicto tóxico daña a las personas y les resta calidad de vida; al mismo tiempo, la falta de apoyo coparental afecta negativamente a los hijos, mermando su bienestar; por lo cual, el proceso de curación y restauración de relaciones familiares normalizadas podría incrementar el bienestar de todos los miembros de la familia.

Los profesionales involucrados en el tribunal de familia, independientemente del rol profesional, se encuentran con clientes o usuarios que presentan sintomatología causada por el trauma (Ordway, *et al.*, 2020). La gestión legal tradicional de los conflictos, basada en el abordaje contencioso, no ayuda a que

se produzca un proceso de curación, tampoco resuelve de manera conveniente los problemas y necesidades que presentan estas personas. Muy por el contrario, frecuentemente acrecienta sus problemas, y además les resulta iatrogénico. Adicionalmente, si se encuentran implicadas personas menores de edad, suele poner en riesgo su bienestar, al incidir el enfrentamiento de los adultos en el ejercicio de su responsabilidad parental o coparental. Sin embargo, la Justicia Terapéutica[6] (TJ) permite atender las necesidades de las personas, e incluso de existir un proceso traumático, tenerlo en cuenta en el trato que se le dispensa, permitiendo que resulte terapéutico.

2. La Justicia Terapéutica en procesos de familia

La Justicia Terapéutica es un nuevo paradigma legal, que estudia el papel que desempeña la Ley y la aplicación de la misma en el proceso legal como agente terapéutico, específicamente en cómo incide la Ley y su aplicación en el bienestar psicoemocional de los usuarios de la Justicia (Fariña, Seijo, Arce y Vázquez, 2017; Wexler, 1992); introduciendo así, como constructo relevante en el Derecho el bienestar emocional del justiciable (Fariña, 2019), ya sea demandado o demandante, víctima o victimario. A la vez, la TJ promueve la humanización del Derecho.

El proceso judicial tradicional no solventa los problemas que subyacen a la causa judicial, únicamente trata los síntomas a medida que quedan expuestos en el proceso (Bulatović, 2016). Al no ir a la raíz, el problema permanece, e incluso puede reforzarse, favoreciendo que las personas reincidan o se mantengan como usuarios del sistema legal. Por el contrario, la TJ asume que la práctica de este ha de encaminarse a resolver los conflictos. Para lograrlo, los operadores jurídicos deben entender plenamente las consecuencias sociales y psicológicas que tienen dichos conflictos para quienes se encuentran involucrados en ellos (Diesen, 2007). Esto obliga a disponer de una visión más amplia y distinta que la que el derecho tradicional sustenta, que requiere tomar necesariamente los conocimientos de otras ciencias, especialmente los provenientes de las ciencias del comportamiento. Este carácter y enfoque multidisciplinar ha sido, desde sus orígenes, una seña de identidad de la TJ (Wexler y Winick, 2009). Del mismo modo que promueve que todos los profesionales que participan en el proceso: jueces, fiscales, abogados,

[6] La Justicia Terapéutica es la adaptación al español de Therapeutic Jurisprudence. Si bien ha tenido diferentes traducciones, en el transcurso del primer congreso de la Asociación Iberoamericana de Justicia Terapéutica, en el año 2012, se aceptó oficialmente la denominación de Justicia Terapéutica, y manteniéndose el acrónimo original de TJ.

expertos, peritos y (en casos de familia, añadiríamos mediadores y coordinadores de parentalidad) se convierten en «agentes terapéuticos» (Diesen, 2007).

Sin embargo, si bien la TJ busca que las leyes tengan un fin terapéutico, de no tenerlo, no requiere cambios legislativos para poder aplicarse. Es evidente que «realizar cambios en las leyes y los procedimientos lleva tiempo, pero en los roles pueden ocurrir de forma inmediata. Incluso si las reglas y los procedimientos son antiterapéuticos, los profesionales que intervienen en el ámbito legal pueden mejorar el impacto terapéutico» (Stannard, 2020, p. 1). No obstante, a pesar que todos los operadores jurídicos desempeñan un papel relevante en la aplicación de TJ, es la labor de los abogados/as, y especialmente de los jueces y magistrados, la que más capacidad presenta para lograr el buscado bienestar de quienes acuden a los tribunales. Como señalan Katz, y Haldar (2016), se debe enseñar, a quienes van a ejercer el derecho, a desarrollar la empatía hacia sus clientes/usuarios, y a reconocer y comprender el trauma y el efecto que este les puede producir. A la vez, han de comprender lo que necesitan, que no siempre es lo que verbalizan directamente. Para ello requiere una formación complementaria a la convencional, en la que se incluya la adquisición de competencias de otras áreas de conocimiento, como la psicología. Entre ellas, detectar y gestionar emociones, llevar a cabo escucha activa, saber ser empático siendo imparcial, saber reconocer la violencia y el trauma en las personas y conocer cómo les puede afectar, saber preguntar a personas en situación de vulnerabilidad, saber dirigirse a ellas para lograr colaboración e implicación para el cambio, etc.

Comúnmente, las personas cuando acuden al profesional de la abogacía se encuentran en un momento de su vida vulnerable y con impacto emocional negativo y, si es a causa de un motivo traumático, invariablemente, comparten su historia de vida, inclusive detalles muy íntimos y dolorosos (Katz, y Haldar, 2016). Así, aunque buscan abiertamente asistencia legal, también requieren implícitamente de apoyo psicológico y de comprensión de su estado emocional, mostrando mucha receptividad a seguir las indicaciones de sus consejeros legales. A estos les permite desarrollar un enfoque terapéutico y conciliador; lo que no significa que actúe de forma paternalista con su cliente o minimice su autodeterminación, ni tampoco que no defienda los intereses de sus clientes. Muy por el contrario, es el máximo reflejo de supeditar toda su actuación al principio de defensa de los intereses del cliente, a través de la búsqueda de una resolución de sus conflictos que englobe la dimensión psicológica y social. Particularmente, en un caso de ruptura de pareja, puede incluir la recomendación de que asistan a programas de apoyo para ejercer una parentalidad o coparentalidad positiva y, mismo si necesitan de apoyo psicológico o emocional o presentan alguna

adicción, aconsejarles que acudan a un profesional de salud mental, por su bienestar y el de sus descendientes. En esta línea se pronuncia Ong (2020), al afirmar que el papel del abogado de familia ha cambiado, desempeñando un papel muy importante para ayudar a los progenitores a resolver los problemas. La mayor parte de su labor se centrará en asesorar adecuadamente a los progenitores, ayudándoles a que, desde el primer momento tomen decisiones adecuadas y a que alcancen acuerdos que sean razonables, justos, viables, duraderos y buenos para los hijos. Esta práctica será la que guíe a aquellos profesionales que deseen obtener un buen resultado. Las personas no deberían pensar que los abogados sirven solo para litigar, puesto que un abogado de familia puede ayudar a evitar litigios y a alcanzar acuerdos satisfactorios; brindando así un servicio de alta calidad, al ofrecer a sus clientes lo que más necesitan (Ong, 2020).

En cuanto a lo que compete a los jueces, al igual que los abogados han de ser empáticos con los usuarios y entender las necesidades reales que presentan, e igualmente, de existir en ellos trauma detectarlo y actuar en consecuencia, sin que su comportamiento resulte paternalista. La resolución que dicten ha de considerar la dimensión psicoemocional y social que impregna el conflicto para poderlo eliminar; siendo este tipo de resolución compatible con que la sentencia o decisión judicial emane de un procedimiento judicial tradicional, en el que se respeta la Ley y el juicio resulte justo (Bulatović, 2016). Es más, con base en los principios de la Justicia procedimental, el juez ha de ejercer su autoridad de manera imparcial y justa para lograr legitimidad, y es a través de ésta con la que obtiene el respeto y la cooperación de los usuarios de la justicia (Tyler, Jackson, y Bradford, 2014), para erradicar el problema que dio lugar al proceso judicial y mejorar el bienestar de las personas implicadas en él. Lo que sin duda requiere una visión y una postura diferente a la de un juez tradicional.

En particular, en los procesos de familia, la TJ asume que los tribunales han de facilitar relaciones familiares más positivas, y fortalecer un funcionamiento normalizado de la familia, buscando el bienestar de todos sus miembros (Babb, 1997, 2014); resultando prioritario promover la permanencia de la familia y su armonía, disminuir la confusión emocional, y proteger de las repercusiones negativas asociadas con la ruptura, a corto y largo plazo (Town, 1994). Con posterioridad a la separación, es importante crear dinámicas facilitadoras, en las que ambos progenitores asuman la responsabilidad de apoyar a sus hijos financiera y emocionalmente (Bryan, 2006). En este sentido, los jueces en relación a la custodia de los hijos o cualquier otra cuestión que tenga que ver con la responsabilidad parental, pueden motivarlos de diferentes formas sus sentencias o mandatos, sin embargo, han de buscar aquella que facilite que ambos

progenitores cumplan lo establecido (Tyler, Jackson, y Bradford, 2014). En este punto, cobra importancia crucial la comunicación y el diálogo que se mantiene con los progenitores, mediado por el lenguaje verbal y el no verbal. En cuanto al primero, como señalan Bonilla y Fernández-Alaya (en prensa) aunque los juristas precisan utilizar un lenguaje jurídico para referirse a reglas y conceptos, del que no pueden prescindir; esto no es óbice para que no se lleve a cabo un esfuerzo encaminado a que el lenguaje que se emplee en sala y en los escritos jurídicos resulte más comprensible para los legos en materia legal, prescindiendo de cultismos innecesarios y, de expresiones que puedan ser interpretadas como reproche injusto o que provoquen en el usuario de la justicia rechazo o desafección.

Adicionalmente, si la Ley no lo contempla, el juez puede derivarlos a mediación familiar o a programas de apoyo[7] para ejercer una parentalidad o coparentalidad positiva. Igualmente, de ser preciso, solicitar un peritaje psicológico para poder tomar una decisión más fundamentada; este, siguiendo a Lund (2015) ha de tener una orientación de TJ[8]. Por otra parte, puede indicar a las familias en alto conflicto que reciban terapia forense[9] o la intervención de la coordinación de parentalidad. Mismo, de existir en ellos afectación psicoemocional o problemas de salud mental y adicciones, motivarles a pedir apoyo profesional.

---

[7] En la década de los 80, del siglo pasado, en Estados Unidos y Canadá surgen programas de apoyo para las familias con progenitores divorciados (Salem, 1995), implantándose de forma generalizada a lo largo de los años 90 (Blaisure y Geasler, 1996). Estos ofrecen a los progenitores una intervención primaria para evitar y/o limitar el impacto negativo del divorcio en los niños (Hardman *et al.*, 2019); existiendo también programas dirigidos específicamente a los hijos e hijas, y algunos que incluyen a todos los miembros de la familia, con intervención diferenciada para progenitores y descendientes. El primer programa en Iberoamérica de apoyo a las familias con progenitores separados fue «Ruptura de Pareja, no de Familia» de (Fariña, Novo, Arce, y Seijo, 2002).

[8] Lund (2015) señala que los procesos de evaluación de custodia deben de reducir, cuando no eliminar, la exposición de los hijos al conflicto, y detectar los casos de especial riesgo para los menores (Violencia doméstica, abuso infantil, etc. Los evaluadores deben: procurar que los progenitores se centren en las necesidades de sus hijos y no en el conflicto; transmitir las conclusiones verbales y escritas de forma comprensiva para progenitores y operadores jurídicos; ayudar a los progenitores a entender el informe, manejar sus reacciones emocionales y a valorar sus posturas en términos de coste económico y emocional para la familia. El informe más allá de la evaluación debe procurar dar soluciones.

[9] La terapia forense se realiza por parte de un profesional de salud mental, con conocimiento y experiencia específica en entorno forense, designado de forma directa por el tribunal, para favorecer la estabilización del sistema familiar y prevenir la escalada conflictiva y sus efectos deletéreos para los hijos (Arch y Fábregas, en prensa).

Desafortunadamente, no siempre los progenitores cuentan con profesionales que les orientan a resolver sus conflictos, ni tampoco siempre siguen las recomendaciones de los profesionales, lo que los puede llevar a sostener un fuerte enfrentamiento durante años que, lejos de mermar se acrecienta, dando lugar al denominado alto conflicto. Este, considerando la literatura sobre el tema (p.e., American Bar Association 2005; Coates *et al.*, 2004; D'Abate, 2016; Fariña, Parada, Novo y Seijo, 2017; Shaw, 2017), comprende las disputas intensas que se prolongan en el tiempo, y que se caracterizan por falta de confianza entre los progenitores, elevados niveles de enfado entre ellos, incapacidad para comunicar sus sentimientos y necesidades de manera apropiada y uso frecuente del sistema judicial. Para estas familias, el conflicto lo abarca todo, y parece ineludible, para los hijos se considera como vivir en medio de una zona de guerra (Ordway, *et al.*, 2020) y para los tribunales de familia una sobrecarga, que representando aproximadamente un 10% de los casos les ocupa el 90% del tiempo (Neff y Cooper, 2004). En el marco de este escenario, y para dar una respuesta a estas familias nace la coordinación de parentalidad, figura todavía poco conocida en Latinoamérica.

3. La coordinación de parentalidad: un recurso de ayuda para las familias

El origen de la CP se sitúa entre 1985 y 1990, en Estados Unidos, en los estados de California y Colorado, como un nuevo procedimiento ADR para resolver los conflictos derivados del ejercicio de la parentalidad en los casos de ruptura de pareja con hijos menores de edad (Carter, 2011; Kelly, 2014; Sullivan, 2013). En la actualidad en todo el territorio norteamericano (tanto en Canadá como en Estados Unidos) este recurso se encuentra ampliamente asentado (Behrman, 2016; Parks, Tindall y Yingling, 2011). Las principales asociaciones del ámbito (Association of Families and Conciliation Court/AFCC, 2006,2019; American Psychological Association/APA, 2012) publican directrices para orientar la práctica de la CP, precisando aspectos como la designación del CP, sus funciones y objetivos, el proceso de intervención, así como la formación que han de poseer estos profesionales (Fariña *et al.*, 2017). Fuera de estos países, la CP está menos instaurada, si bien existen iniciativas en Europa y Australia (Kelly, 2014), así como en Nueva Zelanda (Arias y Bermejo, en prensa). En España, las primeras sentencias judiciales en las que se establecía una intervención de coordinación de parentalidad, fue en el año 2012; en concreto, falladas por la Sección n.º 12 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Avedillo, Carrasco, Guitart y Sacasas, 2015), rápidamente se extendió su práctica por todo el país. Pero esta no fue de forma homogénea, ni en cuanto a su desarrollo ni a las exigencias de formación, ni orientación de los profesionales, lo que ha provocado una enorme controversia

respecto a sus objetivos y su eficacia. De esta manera, en el año 2019, la Conferencia Universitaria para el Estudio de la Mediación y el Conflicto (CUEMYC) y el Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación de España (GEMME España) organizan el I Fórum de expertos para el desarrollo de la coordinación de parentalidad y la gestión de la alta conflictividad familiar (I Forum CP), que tuvo lugar en la ciudad de Tenerife, a la que fueron invitados a participar tanto la asociación nacional de Coordinación de Parentalidad, como los profesionales y académicos que, de alguna manera, se encontraban vinculados a este recurso. De este I Fórum se derivó la publicación del Documento base para el desarrollo de la coordinación de parentalidad (Rosales, Fernández-Alaya y Fariña, 2019). En 2020, tuvo lugar, en Madrid, el II Fórum de expertos para el desarrollo de la coordinación de parentalidad y la gestión de la alta conflictividad familiar (II Forum CP) en la que se constituyó oficialmente el Fórum Estatal de la Coordinación de Parentalidad (FECPA), como una plataforma permanente para promover y velar por una implantación adecuada de la figura de la coordinación de parentalidad, así como detectar el uso impropio de la misma.

En Latinoamérica no existe todavía práctica en coordinación de parentalidad, sin embargo, en los últimos tiempos, ha despertado un gran interés, incrementado de manera sustancial en el último año, en países como México, Colombia, Chile, Ecuador y Perú. Situación especial es el caso de Argentina, donde cuentan con el servicio de Mediación Terapéutica, adscrito a los Juzgados de Familia de Buenos Aires, con funciones y atribuciones semejantes a las propias de la coordinación de parentalidad (Arias y Bermejo, en prensa), pese a ello, la coordinación de parentalidad está suscitando interés.

3.1. ¿En qué situaciones interviene un coordinador de parentalidad?

La coordinación de parentalidad nace para intervenir en casos de alto conflicto parental tras la ruptura de pareja, siempre con el objetivo de proteger a los hijos y las hijas del mismo. Posteriormente, las casuísticas en las que puede actuar se han ampliado, entre ellas los conflictos entre padres biológicos y padres adoptivos; o entre padres y abuelos. En la Tabla 1 se recogen las principales situaciones de intervención (Rosales, Fernández-Alaya y Fariña, 2019).

Tabla 1. Situaciones de intervención del CP
(Tomado de Rosales, Fernández-Alaya y Fariña, 2019)

1. Historia referida o explícita de resistencia de los menores a relacionarse con uno de los progenitores, y de ser el caso con otros familiares.

2. Necesidad de establecer o restablecer el contacto de las personas menores de edad con uno de sus progenitores/as u otros familiares, tales como, abuelos/as, hermanos/as, u otros miembros significativos para ellas, así como en casos de sustracción o retención ilícita de las personas menores de edad.

3. Necesidad de vincular o revincular a las personas menores de edad o con capacidades modificadas judicialmente con uno/a de sus progenitores/as u otros familiares, tales como, abuelos/as, hermanos/as, u otros miembros significativos para ellas.

4. Necesidad de modificación del sistema de guarda y/o de relaciones paternofiliales en los casos muy graves y de carácter contencioso en que se den las problemáticas descritas.

5. Reiteración de discrepancia en expedientes de jurisdicción voluntaria, que afecte al adecuado ejercicio de la parentalidad o coparentalidad positiva, tales como, reiteración de desacuerdos en situaciones cotidianas, educativas, formativas, sanitarias y de cuidado relacionadas con la patria potestad o la guarda, que condiciona el bienestar y desarrollo de las personas menores de edad.

6. No aceptación, rechazo o abandono de otras intervenciones, especialmente, mediación familiar, terapia forense o psicológica.

7. Conflictos familiares en situaciones de acogimiento y adopción que interfiera en el buen desarrollo y bienestar de la persona menor de edad.

8. Cuando se requiera la ampliación y/o especificidad del plan de parentalidad en cuestiones no sustanciales, en ámbitos como el educativo, sanitario, etc.

9. Cuando sea necesario supervisar el cumplimiento del plan de parentalidad, atendiendo a las características particulares de la familia.

10. Situaciones familiares en que el CP debe de intervenir para proteger a las personas menores de edad.

Dentro de las situaciones familiares que requieren protección de los hijos e hijas, en dicho documento se especifica: la existencia de adicciones (juego, drogas, etc.), que interfieran en las relaciones paternofiliales o interparentales; historia de violencia familiar (Violencia de género, filioparental, maltrato infantil); trastornos psicológicos o psiquiátricos que interfieran en las relaciones paternofiliales o interparentales; y situaciones de privación de libertad de alguno/a de los/las progenitores/as. Obviamente quedan excluidos de la intervención de la Coordinación de Parentalidad aquellos casos de posible riesgo de la integridad de

cualquiera de las personas implicadas en la intervención, y especialmente de las personas menores de edad.

Para la intervención del CP, siguiendo las conclusiones del II Forum CP, es relevante considerar el concepto y modelo de Gatekeeping. Este, con una perspectiva integradora y positiva, considera la coparentalidad positiva y el conflicto parental (Biezma y Fariña, 2020), dando además cabida a la introducción de la perspectiva de género. Permite dejar atrás la visión simplista de que toda oposición de un progenitor a que sus hijos se relacione con el otro se debe a un proceso de interferencia parental, y ajustándose a los resultados de la investigación más reciente (Walper, Amberg, Thönnissen, y Christ, 2020). Adicionalmente, permite incorporar la visión de la ruptura de pareja como vivencia traumática.

El concepto de gatekeeping fue acuñado por Kurt Lewin (1943), vinculándolo al proceso de responsabilidad/control que realizaban los progenitores en el hogar, según su rol; en concreto las madres sobre los alimentos que comía la familia, y los padres sobre los recursos económicos de la misma. Años más tarde, se retomó el concepto para dar cuenta de las relaciones de coparentalidad en familias intactas, y más tarde a aquellas en las que los progenitores habían roto la relación de pareja.

En los casos de ruptura de pareja, siguiendo a Austin, Pruett, Kirkpatrick, Flens, y Gould (2013), Austin y Rappaport (2018) y Saini, Drozd, y Olesen (2017) el gatekeepig hace referencia al conjunto de creencias, actitudes y comportamientos que cada progenitor (padre o madre) mantiene sobre la relación de su hijo/a con el otro progenitor. Pruett, Williams, Insabella y Little (2003) lo definieron como «las funciones ejercidas por uno o ambos progenitores que determinan quién tendrá acceso a sus hijos y la naturaleza de ese acceso» (p. 171). En un primer momento, se dirigió a definir las estrategias y conductas de carácter restrictivo que mantenía un progenitor respecto al otro (Ganong, Jensen, Sanner, Chapman, y Coleman, 2020); posteriormente se amplió para incluir actitudes y comportamientos de facilitación y protección (Altenburger, Schoppe-Sullivan, y Dush, 2018; Austin y Rappaport, 2018; Austin, *et al.*, 2013; Pruett, Williams, Insabella y Little, 2003; Sano, Richards, y Zvonkovic, 2008).

En esta manera de entender el gatekeeping, la actitud y conducta de los padres y de las madres hacia el otro progenitor va a determinar el tipo de gatekeeping que presenta, dentro de un continuo que va desde muy facilitador a muy restrictivo (Austin, *et al.*, 2013). Como estos autores concretan, un progenitor gatekeeping facilitador es el que «apoya y propicia el contacto con el otro progenitor, promueve una imagen positiva del otro, es flexible en el reparto de los tiempos

de permanencia y comunicación con los hijos/as, se esfuerza para mantener la comunicación con el otro. Por el contrario, un gatekeeping restrictivo, desaprueba y obstaculiza el contacto de sus hijos/as con el otro progenitor, lo/la desprecia, se niega a comunicarse con él/ella; es rígido con el reparto de los tiempos de permanencia y comunicación con los hijos/as» (Biezma y Fariña, 2020, p. 23).

En cuanto al enfoque de gatekeeping de protección (Austin y Rappaport, 2018), este asume que oponerse o impedir la relación del otro progenitor con los hijos puede reflejar la preocupación por el bienestar de estos (Nixon y Hadfield, 2018; Thomas y Holmes, 2020), léase existencia de consumo de sustancias, problemas mentales severos, abuso sexual, etc. En estas circunstancias, el gatekeeping restrictivo se debe al deseo de proteger a los niños del riesgo que supone el comportamiento del otro progenitor o su entorno, o incluso, como señala (Saini, Drozd, y Olesen, 2017) puede darse si el plan de crianza establecido se considera nocivo para los niños (Walper, *et al.*, 2020).

El gatekeeping de protección permite establecer la tipología de gatekeeping adaptativo y no adaptativo. El gatekeeping adaptativo se produce cuando los progenitores buscan alentar y apoyar el sentido de seguridad y bienestar de sus descendientes; pudiendo ser un progenitor con gatekeeping adaptativo facilitador, o gatekeeping adaptativo «restrictivo-protector». El primero, manteniendo la creencia de que el otro progenitor resulta positivo para sus hijos promueve su relación y vinculación (Saini, Drozd, y Olesen, 2017). El gatekeeping adaptativo «restrictivo-protector» limita o impide el contacto con el otro progenitor, como ya se ha señalado, para promover la seguridad y el bienestar de su hijo/a. Por el contrario, el gatekeeping desadaptativo hace referencia a la abdicación de un progenitor que permite que el hijo/a esté con el otro progenitor sin tener en cuenta el impacto de este contacto en el bienestar y sentimientos del hijo/a (desadaptativo facilitador); o desadaptativo restrictivo motivado por su incapacidad para separar sus propios sentimientos de ira y/o traición (Saini, Drozd, y Olesen, 2017). El gatekeeping facilitador de carácter adaptativo en ambos progenitores establece el ambiente propicio para ejercer una labor de coparentalidad positiva tras el cese de la convivencia, mientras que el gatekeeping restrictivo desadaptativo, sin duda lo impide (Biezma y Fariña, 2020).

4. Comentarios finales

Ha quedado expuesto que, si tras un período de convivencia, una pareja se separa, indefectiblemente sus miembros sienten emociones negativas intensas, que suelen ser más pungentes de existir descendientes menores de edad; pudiendo experimentarse como un proceso muy doloroso e incluso traumático. Malestar y

dolor que puede incrementarse a lo largo de la tramitación legal, especialmente si se realiza a través de un procedimiento contencioso, el cual además suele incrementar las discrepancias y el enfrentamiento entre los miembros de la pareja, lo que, a su vez, de compartir hijos, les impide ejercer una coparentalidad positiva. Las consecuencias que esto tiene para los hijos/as nos llevan a afirmar que el enfoque de TJ, para las familias que sus progenitores se divorcian no es una opción, sino una necesidad. Así, coincidimos con Ong (2020) en que la TJ en los procesos de ruptura de pareja con hijos no es un enfoque completamente nuevo, puesto que, en todo el mundo, independientemente del modo que se plantee, se está defendiendo que en estos procedimientos se deben incluir elementos de Justicia Terapéutica; aunque no siempre se les denomine de esta manera. Sin duda, como plantea esta autora, la diferencia radica en el nivel de compromiso formal que se adquiere. Este, a nuestro entender, debería ser alentado por las escuelas y facultades que forman a los profesionales, principalmente del área del Derecho, pero también a los restantes operadores jurídicos. Igualmente, los Poderes Judiciales de los diferentes países deberían implicarse en este objetivo. En esta línea, el Consejo General del Poder Judicial de España (2020), ha editado la «Guía de Criterios de Actuación Judicial en Materia de Custodia Compartida», en la que se afirma que es «importante proporcionar a todos los operadores jurídicos formación en materia de Justicia Terapéutica y mecanismos de solución pacífica de conflictos interpersonales. Los conocimientos y habilidades adquiridas en estos campos pueden ayudar notablemente a reducir los efectos negativos de los procesos contenciosos de custodia sobre todos los miembros de la familia, de manera particular en las personas menores de edad, y favorecer su bienestar emocional durante la tramitación» (p. 226).

De esta manera, como venimos estableciendo, aún y si los progenitores recurren al sistema de justicia para dar solución a una problemática a la que no pudieron o quisieron acceder por otro medio, se le pueda devolver en dicho proceso la capacidad para la autodeterminación, la confianza en su capacidad para resolver problemas, la consciencia de la necesidad de ejercer una coparentalidad positiva; la concienciación sobre los beneficios personales, legales e incluso económicos, de la comunicación y la cooperación entre los progenitores, y hasta la revaloración del «otro» progenitor como persona importante en la vida de sus hijos. Extremo, este último, factible incluso para las familias inmersas en alto conflicto, a través de la coordinación de parentalidad. Procedimiento este muy útil para pacificar las familias y recuperar el bienestar, siempre que se realice por profesionales que cuenten con adecuada capacitación sobre la base de modelos teóricos basados en la evidencia. Esta les ha de permitir, entre otras cuestiones, entender y gestionar el trauma y el conflicto, para que su intervención, de ser lo deseable, posibilite a

los progenitores transitar desde un posicionamiento de gatekeeping restrictivo desadaptativo a un gatekeeping facilitador de carácter adaptativo. A la vez, ha de posibilitar discernir entre un gatekeeping restrictivo adaptativo o desadaptativo, única manera de garantizar el bienestar de todos los miembros de la familia, en especial de los hijos e hijas.

5. Referencias

AHRONS, C. R., The good divorce: Keeping your family together when your marriage comes apart, New York: Harper Collins, 1994

ALTENBURGER, L. E., SCHOPPE-SULLIVAN, S. J. y DUSH, C. M. K., «Associations between maternal gatekeeping and fathers» parenting quality», Journal of Child and Family Studies, 27(8), 2018, págs. 2678 a 2689.

AMATO, P. R., «Research on divorce: Continuing trends and new developments», Journal of Marriage and Family, 72, 2010, págs. 650 a 666.

AMATO, P. R., KANE, J. B. y JAMES, S., «Reconsidering the «good divorce»», Family Relations, 60(5), 2011, págs. 511 a 524.

AMERICAN ACADEMY OF PEDIATRICS, «Early childhood adversity, toxic stress and the role of paediatrician: Translating developmental science into lifelong health», Pediatrics, 129, 2012, págs. 224 a 231

AMERICAN BAR ASSOCIATION, «High conflict Custody Cases: Reforming the System for Children. Family Court Review», 39, 2005, págs. 146 a 157.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION., Diagnostic and statistical manual of mental disorders (5th ed.), Washington, DC: American Psychiatric Association, 2013.

AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION, «Guidelines for the Practice of Parenting Coordination», The American Psychologist, 67, 2012, págs. 63 a 71.

ARCH, M., «Divorcio conflictivo y consecuencias en los hijos.: implicaciones para las recomendaciones de guarda y custodia», Papeles del Psicólogo, 31(2), 2010, págs. 183 a 190.

ARCH, M. y FÁBREGAS, M., «Terapia forense: intervención terapéutica en casos de elevada complejidad», En F. Fariña y P. Ortuño (Eds.), Gestión positiva de la ruptura de pareja con hijos, Valencia: Tirant lo Blanch, en prensa.

ARIAS, F., Y BERMEJO, N., «La coordinación de parentalidad», En F. Fariña y P. Ortuño (Eds.) Gestión positiva de la ruptura de pareja con hijos, Valencia: Tirant lo Blanch, en prensa.

ASSOCIATION OF FAMILY & CONCILIATION COURTS, «Guidelines for Parenting Coordination», Family Court Review, 44, 2006, págs. 164 a 181.

ASSOCIATION OF FAMILY & CONCILIATION COURTS, Guidelines for parenting coordination, 2019.

AUSTIN, W. G., PRUETT, M. K., KIRKPATRICK, H. D., FLENS, J. R. y GOULD, J. W., «Parental gatekeeping and child custody/child access evaluation: Part I: Conceptual framework, research, and application», Family Court Review, 51(3), 2013, págs. 485 a 501.

AUSTIN, W. G. y RAPPAPORT, S., «Parental gatekeeping forensic model and child custody evaluation: Social capital and application to relocation disputes», Journal of Child Custody, 15(1), 2018, págs. 55 a 75.

AVEDILLO, M., CARRASCO, L., GUITART, E. y SACASAS, M., La coordinación de parentalidad: Cuando las familias ya no saben qué hacer, Barcelona: Huygens, 2015.

BABB, B. A., «An interdisciplinary approach to family law jurisprudence: application of an ecological and therapeutic perspective», Indiana Law Journal, 72, Iss. 3, 1997, Article 5.

BABB, B. A., «Commentaries on the IAALS» Honoring Families Initiative White Paper», Family Court Review, 52, 2014, págs. 639 a 641.

BACON, B. L. y MCKENZIE, B., «Parent education after separation-divorce impact of the level of parental conflict on outcomes», Family Court Review, 41(1), 2004, págs. 85 a 98.

BEAL, S., WINGROVE, T., MARA, C., LUTZ, N., NOLL, J. y GREINER, M., «Childhood Adversity and Associated Psychosocial Function in Adolescents with Complex Trauma», Child & Youth Care Forum, 48, 2019, págs. 305 a 322.

BEHRMAN, L., «It takes a Village-Taming high Conflict with the "2 PC Model"», Journal of Clinical Psychology, 72, 2016, págs. 469 a 483.

BIEZMA, J. y FARIÑA, F., «Impacto psicológico de la ruptura de la pareja sobre los miembros de la familia», En Consejo General del Poder Judicial: Guía de Criterios de Actuación Judicial en Materia de Custodia Compartida Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2020, págs. 9 a 28.

BLAISURE, K. R. y GEASLER, M. J., «Results of a survey of courtconnected parent education programs in US counties», Family Court Review, 34, 1996, págs. 23 a 40.

BLANCO, V., OTERO, P., LÓPEZ, L., TORRES, Á. y VÁZQUEZ, F. L., «Predictores del cambio clínicamente significativo en una intervención de prevención de la depresión», Revista Iberoamericana de Psicología y Salud, 8, 2017, págs. 9 a 20.

BONILLA, I. y FERNÁNDEZ-ALAYA, R., «La perspectiva de la Justicia Terapéutica en los procesos judiciales de ruptura de pareja con descendientes menores

de edad», En F. Fariña y P. Ortuño (Eds.) Gestión positiva de la ruptura de pareja con hijos, Valencia: Tirant lo Blanch, en prensa.

BORELLI, J. L. y SBARRA, D. A., «Trauma history and linguistic self-focus moderate the course of psychological adjustment to divorce», Journal of Social and Clinical Psychology, 30(7), 2011, págs. 667 a 698.

BOURASSA, K. J., ALLEN, J. J., MEHL, M. R. y SBARRA, D. A., «Impact of narrative expressive writing on heart rate, heart rate variability, and blood pressure after marital separation», Psychosomatic Medicine, 79, 2017, págs. 697 a 705.

BRYAN, P. E., Constructive divorce: procedural justice and sociolegal reform, Washington, DC: American Psychological Association, 2006.

BULATOVIC, A., «The Concept of Therapeutical Jurisprudence and Well Being», En I. Stevanović y A. Batrićević (eds.), Criminal Misdemeanor Sanctions and Measure: Imposing, Enforcement and Conditional Release, Belgrado: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, 2016, págs. 321 a 330).

CARTER, D. K., Parenting coordination: A practical guide for family law professionals, New York, NY: Springer Publishing Company, 2011.

COATES, C. A., DEUTSCH, R., STARNES, H., SULLIVAN, M. J. y SYDLIK, B., «Parenting coordination for high-conflict families», Family Court Review, 42, 2004, págs. 246 a 262.

CROUCH, E., PROBST, J., RADCLIFF, E., BENNETT, K. y MCKINNEY, S., «Prevalence of adverse childhood experiences (ACEs) among US children», Child Abuse & Neglect, 92, 2019, págs. 209 a 218.

D'ABATE, D., «Use of Solution-Focused and Family Narrative Approaches in Working with High Conflict Families: Strategies and Techniques that Can Be Utilized in Parenting Coordination and Co-Parenting Coaching», Journal of Child Custody, 13, 2016, págs. 269 a 288.

DIESEN, C., «Therapeutic Jurisprudence an Introduction from a Swedish Perspective», Scandinavian Studies in Law, 51, 2007, págs. 131 a-162.

FARIÑA, F., «La mediación familiar, una manifestación de Justicia Terapéutica», En I. Luján (Coord.), Conflictos y mediación en contextos plurales de convivencia, Las Palmas de Gran Canarias: Universidad de Las Palmas de gran Canarias, 2019, págs. 125 a 148.

FARIÑA, F., NOVO, M., ARCE, R. y SEIJO, D., «Programa de intervención «Ruptura de pareja, no de familia» con familias inmersas en procesos de separación», Revista de Psicopatología Clínica, Legal y Forense, 2, 2002, págs. 67 a 85.

FARIÑA, F., PARADA, V., NOVO, M. y SEIJO, M., «El Coordinador de Parentalidad: Un análisis de las resoluciones judiciales en España», Acción Psicológica, 14(2), 2017, págs. 157 a 170.

FARIÑA, F., SEIJO, D., ARCE, R. y VÁZQUEZ, M. J., «Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma», Anuario de Psicología Jurídica, 27(1), 2017, págs. 107 a 113.

FEINBERG, M. E., «The internal structure and ecological context of coparenting: A framework for research and intervention», Parenting Science and Practice, 3, 2003, págs. 95 a 131.

FEINBERG, M. E. y SAKUMA, K.-L., «Coparenting interventions for expecting parents», en J. P. McHale, y K. M. Lindahl (Eds.), Coparenting: A conceptual and clinical examination of family systems, Washington, DC: American Psychological Association. 2011, págs. 171 a 190.

GANONG, L., JENSEN, T., SANNER, C., CHAPMAN, A. y COLEMAN, M., «Stepparents» Attachment Orientation, Parental Gatekeeping, and Stepparents «Affinity-Seeking with Stepchildren», Family Process, 59(2), 2020, págs. 756 a 777.

HARDMAN, A. M., BECHER, E. H., MCCANN, E., POWELL, S. E., GARBOW, J., RAJASEKAR, N. y MARCZAK, M. S., «Theoretical and Empirical Foundations of Divorce Education: Connecting Program Theory and Curricular Content», Journal of Human Sciences and Extension, 7(3), 2019, págs. 260 a 280.

HENGESCH, X., LARRA, M., FINKE, J., BLUMENTHAL, T. y SCHÄCHINGER, H., «Enhanced startle reflexivity during presentation of visual nurture cues in young adults who experienced parental divorce in early childhood», International Journal of Psychophysiology, 120, 2017, págs. 78 a 85.

HORNOR, G., «Childhood trauma exposure and toxic estrés: What the PNP needs to know», Journal of Pediatric Health Care, 29(2), 2015, págs. 191 a 198.

KALMAKIS, K. A. y CHANDLER, G. E., «Adverse childhood experiences: towards a clear conceptual meaning», Journal of Advanced Nursing, 70(7), 2014, págs. 1489 a 1501

KALMIJN, M., «Country differences in the effects of divorce on well-being: The role of norms, support, and selectivity», European Sociological Review, 26, 2010, págs. 475 a 490.

KAMP, D. C., «Marital and cohabitation dissolution and parental depressive symptoms in fragile families», Journal of Marriage and Family, 75, 2013, págs. 91 a 109.

KASEHAGEN, L., OMLAND, L., BAILEY, M., BISS, C., HOLMES, B., *ET AL*., «Relationship of adverse family experiences to resilience and school engagement

among Vermont youth», Maternal and Child Health Journal, 22(3), 2018, págs. 298 a 307.

KATZ, S. y HALDAR, D., «The pedagogy of trauma-informed lawyering», Clinical Law Review, 22, 2016, págs. 359 a 393.

KELLY, J. B., «Including Children in the Parenting Coordination Process: A Specialized Role»; En S. A. Higuchy y S. J. Lally (Eds.), Parenting Coordination in Post Separation Disputes: A Comprehensive Guide for Practitioners, Washington, DC: American Psychological Association, 2014, págs. 143 a 170.

KREYENFELD, M. y TRAPPE, H. (2020). Introduction: Parental Life Courses After Separation and Divorce in Europe. En M., Kreyenfeld y H., Trappe (Eds.), Parental Life Courses after Separation and Divorce in Europe (pp. 3-21). Cham, Suiza: Springer Open

LAMELA, D., FIGUEIREDO, B., BASTOS, A. y FEINBERG, M., «Typologies of post-divorce coparenting and parental well-being, parenting quality and children's psychological adjustment», Child Psychiatry & Human Development, 47(5), 2016, págs. 716 a 728.

LANDIS, J. T., «The trauma of children when parents divorce», Marriage and Family Living, 22(1), 1960, págs. 7 a 13.

LEOPOLD, T., «Gender differences in the consequences of divorce: A study of multiple outcomes», Demography, 55(3), 2018, págs. 769 a 797.

LEWIN, K., «Forces behind food habits and methods of change», Bulletin of the National Research Council, 107, 1943, págs. 35 a 65.

LUND, M. E., «The place for custody evaluations in family peacemaking», Family Court Review, 53(3), 2015, págs. 407 a 417.

MACCOBY, E. E. y MNOOKIN, R. H., Dividing the child: Social and legal dilemmas of custody. Cambridge, MA Harvard University Press, 1992

MCHALE, J. P., KUERSTEN-HOGAN, R. y RAO, N., «Growing points for coparenting theory and research», Journal of Adult Development, 11(3), 2004, págs. 221 a 234.

MCINTOSH, J. y LONG, C., «Current findings on Australian children in postseparation disputes: Outer conflict, inner discord», Journal of Family Studies, 11(1), 2005, págs. 99 a 109.

MCKENNA, N. C. y HOLTFRETER, K., «Trauma-Informed Courts: A review and integration of justice perspectives and gender responsiveness», Journal of Aggression, Maltreatment & Trauma, 2020, págs. 1 a 211-21.

MIDDLEBROOKS, J. S. y AUDAGE, N. C., «The effects of childhood stress on health across the lifespan», National Center for Injury Prevention and Control of the Centers for Disease Control and Prevention. National Center for Injury Prevention and Control, 2008

MITCHAM-SMITH, M. y HENRY, W. J., «High-conflict divorce solutions: Parenting coordination as an innovative co-parenting intervention», The Family Journal, 15, 2007, págs. 368 a 373.

NEFF, R. y COOPER, K., «Parental conflict resolution: Six, twelve, and fifteen-month follow-ups of a high-conflict program», Family Court Review, 42, 2004, págs. 99 a 114.

NIXON, E. y HADFIELD, K., «Construction of single mothers» roles as gatekeepers between children and nonresident fathers», Journal of Family Issues, 39(14), 2018, págs. 3732 a 3752.

NOVO, M., FARIÑA, F., SEIJO, D., VÁZQUEZ, M. J. y ARCE, R., «Assessing the effects of an education program on mental health problems in separated parents», Psicothema, 31(3), 2019, págs. 284 a 291.

ONG, D., Family Justice Courts Workplan 2020: Today is a New Day, mayo 2020.

ORDWAY, A. M., MOORE, R. O., CASASNOVAS, A. F. y ASPLUND, N. R., «Understanding Vicarious Trauma, Burnout, and Compassion Fatigue in High-Conflict Divorce», The Family Journal, 28(2), 2020, págs. 187 a 193.

PARKS, L. S., TINDALL, H. L. y YINGLING, L. C., «Defining Parenting Coordination with State Laws», Family Court Review, 49, 2011, págs. 629 a 641.

PILKINGTON, P., ROMINOV, H., BROWN, H. K. y DENNIS, C. L., «Systematic review of the impact of coparenting interventions on paternal coparenting behaviour», Journal of Advanced Nursing, 75(1), 2019, págs. 17 a 29.

PRUETT, M. K., WILLIAMS, T. Y., INSABELLA, G. y LITTLE, T. D., «Family and legal indicators of child adjustment to divorce among families with young children», Journal of Family Psychology, 17, 2003, págs. 169 a 180.

RAMÍREZ, M., Las Custodias Infantiles. Una Mirada Actual, Madrid: Biblioteca Nueva, 2016.

ROSALES, M., FERNÁNDEZ-ALAYA, R. y FARIÑA, F., Documento base para el desarrollo de la coordinación de parentalidad. I fórum de expertos para el desarrollo de la coordinación de parentalidad y la gestión de la alta conflictividad familiar, Santiago de Compostela: Andavira, 2019.

SAINI, M. A., DROZD, L. M. y OLESEN, N. W., «Adaptive and maladaptive gatekeeping behaviors and attitudes: Implications for child outcomes after separation and divorce», Family Court Review, 55(2), 2017, págs. 260 a 272.

SALEM, P., «Divorce education for parents: A new direction for family courts», Hofstra Law Review, 24(4), 1995.

SANO, Y., RICHARDS, L. N. y ZVONKOVIC, A. M., «Are mothers really "gatekeepers" of children? Rural mothers» perceptions of nonresident fathers» involvement in low-income families», Journal of Family Issues, 29, 2008, págs. 1701 a 1723.

SCHAAN, V. K. y VÖGELE, C., «Resilience and rejection sensitivity mediate long-term outcomes of parental divorce», European Child & Adolescence Psychiatry, 25, 2016, págs. 1267 a 1269.

SCHAAN, V. K., SCHULZ, A., SCHÄCHINGER, H. y VÖGELE, C., «Parental divorce is associated with an increased risk to develop mental disorders in women», Journal of Affective Disorders, 257, 2019, págs. 91 a 99.

SHAW, M., «Commentary Regarding Parenting Coordination in Cases of High Conflict Disputes», Journal of Child Custody, 14, 2017, pág. 7376.

SHIMKOWSKI, J. R. y LEDBETTER, A. M., «Parental divorce disclosures, young adults» emotion regulation strategies, and feeling caught», Journal of Family Communication, 18(3), 2018, págs. 185 a 201.

STANNARD, E., Therapeutic Jurisprudence in Aotearoa New Zealand's Family Justice System (Tesis Doctoral, Universidad de Otago), 2020.

SUBSTANCE ABUSE AND MENTAL HEALTH SERVICES ADMINISTRATION, SAMHSA's concept of trauma and guidance for a trauma-informed approach, HHS Publication N.º (SMA), 2014, págs. 14 a 4884.

SULLIVAN, M. J., «Parenting Coordination: Coming of Age?», Family Court Review, 51, 2013, págs. 56 a 62.

TAYLOR, R. J., «Therapeutic intervention of trauma and stress brought on by divorce», Journal of Divorce & Remarriage, 41(1-2), 2008, págs. 129 a 135.

THOMAS, C. R. y HOLMES, E. K., «Are father depression and masculinity associated with father perceptions of maternal gatekeeping?», Journal of Family Psychology, 34 (4), 2020, págs. 490 a 495

THOMPSON, R.G., ALONZO, D., HU, M. C. y HASIN, D.S., «The influences of parental divorce and maternal-versus-paternal alcohol abuse on offspring lifetime suicide attempt», Drug Alcohol Review, 36, 2017, págs. 408 a 414.

TOWN, M. A., The Unified Family Court: Therapeutic justice for families and children, Rockville, MD: National Institute of Justice, 1994.

TYLER, T. R., JACKSON, J. y BRADFORD, B., «Psychology of procedural justice and cooperation», En G. Bruinsma y D. Weisburd (Eds), Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice, Nueva York: Springer-Verlag. 2014, págs. 4011 a 4034.

VAN DER WAL, R. C., FINKENAUER, C. y VISSER, M. M., «Reconciling mixed findings on children's adjustment following high-conflict divorce», Journal of Child and Family Studies, 28(2), 2019, págs. 468 a 478.

WALPER, S., AMBERG, S., THÖNNISSEN, C. y CHRIST, S. L., «The Role of Gatekeeping in Non-Resident Fathers» Contact with Their Children: Mothers» and Fathers» Views», En M. Kreyenfeld y H. Trappe (Eds.), Parental Life Courses after Separation and Divorce in Europe, Cham, Suiza: Springer Open, 2020, págs. 169 a 191.

WEXLER, D., «Putting mental health into mental health law: Therapeutic jurisprudence», Behavioral Science and the Law, 16, 1992, págs. 27 a 38.

WEXLER, D. B. y WINICK, B., «Therapeutic Jurisprudence», En R. Ries, D. A. Fiellin, S.C. Miller, y R. Saitz (Eds.) Principles of Addiction Medicine, Philadelphia, PA: Lippincott Williams and Wilkins, 2009, págs. 1519 a 1520).

Capítulo XIII Vecinos salidos del infierno: resolución de problemas y legislación sobre vivienda en los Países Bajos[1]

Michel VOLS

Universidad de Groningen

Traducción realizada por Carla MÍGUEZ y Miguel CUEVAS (Universidad de Vigo)

1. Introducción

Los vecinos pueden enriquecer nuestra vida, pero también arruinarla. El comportamiento antisocial asociado a la vivienda, como las molestias causadas por ruido, acoso, acaparamiento, cultivo de cannabis y tráfico de drogas a pequeña escala, pueden tener efectos devastadores en los vecinos (en adelante: «víctimas»). Desafortunadamente, el número y la dimensión de este tipo de problemas han experimentado un enorme crecimiento.

Por esta razón, la década pasada fue testigo del rápido crecimiento de varias formas de abordar este tipo de comportamiento antisocial en todo el mundo. Por ejemplo, en el Reino Unido y Australia, las sociedades de viviendas sociales y las autoridades locales tienen derecho a solicitar que un tribunal emita una «orden judicial preventiva civil» que prohíba a las personas actuar de manera antisocial[2].

En los Estados Unidos, las autoridades locales pusieron en marcha «programas de paliación de molestias o perturbaciones» para combatir el comportamiento problemático[3]. En Bélgica, las autoridades locales tienen la facultad de imponer una «sanción administrativa municipal» a aquellos vecinos que molesten[4].

---

[1] Original: Vols, M. (2013). Neighbors from hell: problem-solving and housing laws in the Netherlands. Ariz. Summit L. Rev., 7, 507.

[2] Véase: Home Departament, Putting Victims First: More Effective Responses To Anti- Social Behavior, 2012, Cm. 8367 (Reino Unido); Andrew Millie, Anti-Social Behaviour (2009); Thomas Crofts, *The Law and (Anti-Social Behavior) Order Campaign in Western Australia*, 22 Current Issues Crim. Just. 399 (2011); John Flint & Judy Nixon, *Governing Neighbors: Anti-social Behavior Orders and New Forms of Regulating Conduct in the UK*, 43 Urb. Stud. 939 (2006).

[3] Véase: Eli B. Silverman, Nypd Battles Crime: Innovative Stregies in Policing 135-37 William J. Bratton, T*he New York City Police Department's Civil Enforcement of Quality-of-Life Crimes*, 3 J.L. & Pol'y 447, 448-50 (1995); Terance J. Rephann, *Rental Housing and Crime: The Role of Property Ownership and Management*, 43 Annals Regional SCI. 435, 435-51 (2009).

[4] Véase: Tom Meeuws, *Toegegeven: er is Overlast in Antwerpen* [El comportamiento antisocial existe en Antwerp], in Mark Cools *Et al.*, Overlast En De Maatschappelijke Aanpak Ervan [Cómo

En los Países Bajos, las autoridades locales están facultadas para emitir órdenes de clausura, que provocan el cierre de una casa y la pérdida de la vivienda del «vecino infernal» (de ahora en adelante: «el infractor»)[5]. Además, los propietarios neerlandeses tienen la capacidad para conseguir una orden de desahucio del tribunal de vivienda si un infractor causa graves molestias a sus víctimas. Después de obtener esta orden de desalojo, el propietario tiene derecho a sacar al inquilino antisocial de las viviendas.

Abordar el fenómeno de la conducta antisocial asociada a la vivienda ha cobrado importancia a la luz de los recientes acontecimientos en los Países Bajos. En Ámsterdam, las asociaciones de vivienda (formada por los propietarios que proporcionan viviendas públicas/sociales), la autoridad local y la policía concuerdan en la creación del multiorganismo «Enfoque de Acoso» («Treiteraanpak»): un infractor que acosa a sus vecinos será acosado por las autoridades. Desplegarán todos sus recursos del derecho privado y público sobre el infractor.

Según el burgomaestre de Ámsterdam, un infractor tiene que dejar de molestar a sus víctimas o, de lo contrario, debe abandonar la ciudad[6]. En agosto de 2013, el Enfoque de Acoso «celebraba» su primer triunfo: Una familia que estuvo causando graves problemas durante más de trece años tuvo que abandonar su casa después de la asociación de vivienda obtuviese (con el apoyo del burgomaestre y la policía) una orden de desahucio del tribunal de vivienda[7].

---

abordar el comportamiento antisocial en la sociedad] (2008); Elke Devroe, A Swelling Culture Of Control? De Genese En Toepassing Van De Wet Op De Gemeenteluke Administratieve Sancties In Belgie [¿Una cultura del control en aumento? El incremento y la aplicación de las multas administrativas municipales en Bélgica] (2012).

[5] Véase Michel Vols, Woonoverlast En Het Recht Op Privéleven: De Aanpak Van Overlastveroorzakers In Nederland, Engeland, Wales En België [Comportamiento antisocial asociado a la vivienda y el derecho a respetar la vida privada: hacer frente al comportamiento antisocial en los Países Bajos, Inglaterra, Gales y Bélgica] (2013); Jan G. Brouwer & Jon E. Schilder, *Woonoverlast en de Persoonlijke Levenssfeer: Naar een Balans Tussen Bescherming en Beperking* [Comportamiento antisocial asociado a la vivienda y el derecho al respeto de la vida privada: hacia un equilibrio entre la protección y la restricción], 36 NJCM-BULL. 307, 307-24 (2011) (Países Bajos).

[6] Véase: City Of Ámsterdam, Actieplan: De Treiteraanpak [Plan de acción del Enfoque de Acoso] (2013).

[7] Véase: Hof – Ámsterdam, 8 de agosto de 2013, caso n.º: ECLI:NL:RBAMS:2013:4935, disponible en: www.rechtspraak.nl (visitado por última vez el 1 de abril de 2014) (Rochdale/Defendants) (Países Bajos).

Esta familia es solo uno de los muchos infractores que se enfrentan al desahucio por causar molestias. Cada año, en los Países Bajos, las asociaciones de vivienda solicitan a los tribunales aproximadamente 1500 órdenes de desahucio debido a un grave comportamiento antisocial asociado a la vivienda[8]. En todos los casos, la conducta problemática de un vecino perjudica seriamente el bienestar de la víctima. Un estudio reciente realizado por la Oficina Central de Estadística Neerlandesa («CBS» por sus siglas en inglés) reveló que un 6% de los 72 000 encuestados tenían que soportar, de manera constante, las graves conductas antisociales por parte de sus vecinos y que un 13% dijo experimentar molestias ocasionales[9].

En los Países Bajos, han surgido interrogantes sobre la legalidad de este instrumento de expulsión (como resultado de una orden de desahucio o clausura) a la hora de abordar la conducta antisocial relacionada con la vivienda[10]. Aunque parezca extraño, el gran impacto económico de los organismos de vivienda (pública) y las autoridades locales (se estima en 60 000 euros los costes de un desahucio)[11] con respecto a la capacidad de resolución de problemas de un «enfoque orientado al desahucio» nunca ha sido objeto de un debate serio. Esta falta de debate es incluso más sorprendente si consideramos que, la mayor parte del tiempo, los infractores (y las víctimas) hacen frente simultáneamente a otros problemas diversos, por ejemplo: el abuso de sustancias, problemas de salud

---

8 Véase: *Huisuitzettingen 2012*, AEDES, NL, http://www.aedes.nl/binaries/downloads/schuldhulpverlening/huisuitzettingen-2012/20130319-huisuitzetting-2012.pdf (visitada por última vez el 1 de abril de 2014).

9 Véase: *Alle huishoudens, overlast door directe buren*, CENTRAAL BUREAU VOOR DE STATISKIEK, http://www.cbs.nl (visitada por última vez el 1 de abril de 2014).

10 Véase Brouwer & Schilder, *supra* note 4. *Cf.* DAVID COWAN HOUSING LAW AND POLICY (2011); John Flint & Hal Pawson, *Social Landlords and the Regulation of Conduct in Urban Spaces in the United Kingdom*, 9 CRIMONOLOGY & CRIM. JUST. 415, 415-35 (2009); Caroline Hunter, Judy Nixon & Michele Slatter, *Neighbors Behaving Badly: Anti-social Behavior, Property Rights and Exclusion in England and Australia*, 5 MACQUARIE L.J. 149, 149-76 (2005); Jan Luba, *Eviction by the Magistrates: the New Closure Orders*, 13 LANDLORD & TENANT REV. 171, 171-73 (2009)

11 Véase ROB BOGMAN & FRANK VAN SUMMEREN, PREVENTIVE WOONBEGELEIDING: EVALUATIE VAN DE PILOT WOONBEGELEIDNGSPROJECT [Supervisión preventiva de viviendas; evaluación del programa piloto de vivienda supervisada] 5-7 (2010).

(mental), falta de habilidades sociales, problemas familiares, desempleo y pobreza[12].

Dejar a un infractor sin hogar no resuelve las causas subyacentes de su comportamiento antisocial. Una orden de desahucio no tiene ningún efecto terapéutico ni para los infractores ni para sus víctimas. A nivel macroeconómico, desahuciar a las familias es una pérdida de dinero y de tiempo. Por esta razón, en este trabajo planteo las siguientes preguntas: ¿Se podría aplicar la ley de vivienda neerlandesa en una forma más orientada hacia la búsqueda de soluciones? ¿Es posible aplicar el derecho privado de una forma más terapéutica para combatir el comportamiento antisocial y sus causas subyacentes en una fase temprana? ¿Es posible reducir el número de desahucios y reservar el instrumento de expulsión para casos excepcionales en los que la terapia y el diálogo ya hayan dejado de ser una solución?

Este artículo trata de contestar a esas preguntas analizando la Ley de Vivienda Neerlandesa (arrendador-arrendatario) con la ayuda de los resultados de la Justicia Terapéutica (de ahora en adelante «TJ» por sus siglas en inglés) y las investigaciones sobre la justicia de resolución de problemas. Tanto el análisis como las recomendaciones pueden ser útiles para otras jurisdicciones que desahucian a los inquilinos con un comportamiento antisocial asociado a la vivienda tales como Australia[13], Bélgica[14], Canadá[15], China[16], Finlandia[17],

---

12 Véase: Maureen Crane & Anthony M. Warnes, *Evictions and Prolonged Homelessness*, 15 Housing Stud. 757, 757-73 (2000); Caroline Hunter & Judy Nixon, *Taking the Blame and Losing the Home: Women and Anti-social Behavior*, 23 J. SOC. Welfare & Fam. L. 395, 395-410 (2001); Igor van Laere *et al.*, *Evaluation of the Signalling and Referral System for Households at Risk of Eviction in Amsterdam*, 17 Health & Soc. Care Community 1, 1-8 (2008); Igor van Laere *et al.*, *Preventing Evictions as a Potential Public Health Intervention: Characteristics and Social Medical Risk Factors of Households at Risk in Amsterdam*, 37 Scandinavian J. Pub. Health 697, 701-03 (2009) [de ahora en adelante: Laere *et al.*, *Preventing Evictions*]; Gert Schout & Gideon de Jong, Leren van Huisontruimingen [Lecciones de desahucios], 20 J. Soc. Intervention: Theory & Prac. 21, 23 (2011).

13 Véase: Hunter, Nixon & Slatter, nota a pie n.º 9.

14 Véase: Wonen Aan De Onderkant [Viviendo en el fondo del mercado inmobiliario] 337 (Pascal de Decker, Luc Goossens & Isabelle Pannecoucke eds., 2005).

15 Véase: Linda Lapointe, Analysis Of Evictions Under The Tenant Protection Act In The City Of Toronto: The Non-Profit Housing Sector 4 (2004).

16 Véase: Yung Yua, *On the Anti-social Behavior Control in Hong Kong's Public Housing,* 26 Housing Stud. 701, 701-22 (2011).

17 Véase: David P. Varady & Harry Schulman, *Social Disorders in the Early Stages of Public Housing Decline: A Helsinki Case Study*, 22 Housing Stud. 313, 313-32 (2007).

Alemania[18], la República de Irlanda[19], el Reino Unido[20] y los Estados Unidos de América[21].

Este artículo está dividido en cuatro partes. En la primera se presenta una breve introducción a la TJ y a la justicia de resolución de problemas en los Estados Unidos. La segunda parte examinará la ley de vivienda neerlandesa y el enfoque actual orientado al desahucio. En la tercera parte, la TJ analiza el modo en que se aborda el comportamiento antisocial relacionado con la vivienda en los Países Bajos. La cuarta parte ofrece sugerencias para adaptar el enfoque de desahucio y establecer una forma de resolución de problemas que permita hacer frente al comportamiento antisocial.

2. Justicia terapéutica y justicia para la resolución de problemas

La Justicia Terapéutica contempla la ley como «un instrumento terapéutico»[22]. Esto significa que la ley es una fuerza social que puede tener «consecuencias terapéutica o anti-terapéuticas»[23]. La TJ propone que «la exploración de maneras en las que, siguiendo los principios de la justica, el conocimiento, las teorías y el entendimiento de la ley de salud mental y las disciplinas relacionadas puedan contribuir a *dar forma* al desarrollo de la ley»[24]. Emplea «las ciencias sociales para

---

18 Véase: Martin Häublien, BGB § 569 *Auberordentliche fristlose Kündigung aus wichtigem Grund*, in 6 Münchener Kommentar Zum BGB vol. 3, capítulo 5 (2012).

19 Véase: Michelle Norris & Cathal O'Connell, *Local Authority Housing Management Reform in the Republic of Ireland: Progress to Date—Impediments to Future Progress*, 2 Eur. J. Housing Pol'y 245, 257-60 (2002)

20 Véase Housing, Urban Governance And Anti-Social Behavior (John Flint ed., 2006); David J. Hughes, *The Use of the Possessory and Other Powers of Local Authority Landlords as Means of Social Control, Its Legitimacy and Some Other Problems*, 29 ANGLO-AM. L. REV. 167, 167-201 (2000).

21 Véase: Gerald Lebovits & Daniel J. Curtin, Jr., *Nuisance Holdovers in New York*, 33 N.Y. Real Prop. L.J. 68, 68-77 (2005); Nicole Strand, *Restructuring Public Housing: an Examination of the Strict Interpretation of the «One Strike and You're Out» Policy*, 24 Hamline J. Pub. L. & Pol'y 111, 111-46 (2002).

22 Law in a Therapeutic Key xvii (David B. Wexler & Bruce J. Winick eds., 1996); Rehabilitating Lawyers: Principles of Therapeutic Jurisprudence for Criminal Law Practice 6 (David B. Wexler ed. 2008) [de ahora en adelante: Rehabilitating Lawyers].

23 Judging in a Therapeutic Key 7 (Bruce J. Winick & David B. Wexler eds., 2003).

24 Law in a Therapeutic Key, nota a pie n.º 21, pág. Xvii.

estudiar en qué medida una norma o práctica legal favorece el bienestar psicológico y físico de las personas a las que afecta»[25].

La TJ proporciona la base teórica para los tribunales de resolución de problemas y los enfoques orientados a la solución[26]. Los tribunales de resolución de problemas son «tribunales especializados establecidos para tratar problemas específicos, a menudo relacionados con personas que necesitan servicios sociales, de salud mental o de tratamiento de drogodependencia»[27]. Según Winick y Wexler, «los jueces que actúan en calidad de solucionadores de problemas, tratando como lo hacen con los problemas humanos, necesitan entender algunos principios de psicología, la ciencia del comportamiento humano» de la misma forma que «los jueces que se ocupan de casos antimonopolio necesitan entender los principios básicos de la economía y los jueces que se ocupan de los casos de patentes deben conocer los principios básicos de la ingeniería[28].

Los tribunales de resolución de problemas se caracterizan por su «implicación judicial activa y el uso explícito de la autoridad judicial para motivar a los individuos a aceptar los servicios que necesitan y monitorizar su cumplimiento y progreso»[29]. Usan «su autoridad para forjar nuevas respuestas a problemas sociales, humanos y jurídicos crónicos, incluyendo problemas como la disfunción familiar, la adicción, la delincuencia y la violencia doméstica, cuya resistencia a las soluciones convencionales ha quedado demostrada»[30]. Los tribunales de resolución de problemas no se centran en la mera resolución de un caso sino en «conseguir una variedad de resultados tangibles asociados con evitar la reaparición del problema»[31]. Una serie de jurisdicciones (por ejemplo: los Estados Unidos y Australia) tienen buenas experiencias con el establecimiento de tribunales de resolución de problemas y la implementación de técnicas de solución de

---

[25] Christopher Slobogin, *Therapeutic Jurisprudence: Five Dilemmas to Ponder*, 1 Psychol. Pub. Pol'Y & L. 193, 196 (1995).

[26] Bruce J. Winick, *Therapeutic Jurisprudence and Problem Solving Courts*, 30 Fordham Urb. L.J. 1055, 1062 (2002).

[27] Judging in a Therapeutic Key, nota a pie n.º 22, pág. 3.

[28] *Idem*, pág. 7.

[29] *Idem*, pág. 5.

[30] Greg Berman & John Feinblatt, *Problem-solving Courts: A Brief Primers*, in Judging In A Therapeutic Key, nota a pie n.º 22, pág. 73.

[31] Judging In A Therapeutic Key, nota a pie n.º 22, pág. 5.

problemas en los tribunales convencionales[32]. Los Países Bajos no tienen mucha experiencia con los tribunales de resolución de problemas, aunque el Consejo de la Magistratura de los Países Bajos («Raad voor de Rechtspraak») se declaró abiertamente a favor de la justicia centrada en la solución[33].

Aunque los enfoques de la TJ y de la justicia de resolución de problemas se emplean para analizar casi todas las áreas del derecho, parece que todavía no se ha aplicado de todo de manera extensiva a la legislación sobre vivienda[34]. El objetivo de este artículo es llenar este vacío en el conocimiento existente y determinar si los enfoques en TJ y la justicia para la resolución de problemas pueden ser útiles en el análisis y la aplicación de la legislación en materia de vivienda. Sin embargo, antes de que se pueda realizar un análisis completo de la TJ acerca del enfoque neerlandés respecto del comportamiento antisocial relacionado con la vivienda, es necesario comprender mejor el sistema de leyes en materia de vivienda de los Países Bajos.

3. Legislación neerlandesa en materia de vivienda y comportamiento antisocial asociado a la vivienda

32 Véase: John Feinblatt & Greg Berman, Good Courts: The Case for Problem-Solving Justice 21 (2005).

33 Véase: Raad van de Rechtspraak, Visie op de Rechtspraak [Opinión sobre la administración de la justicia] 30 (Frans van Dijk *et al.*, eds., 2010). *Cf.* Suzan Verberk, Probleemoplossend Strafecht en het Ideaal van Responsieve Rechtspraak [Leyes penales de resolución de problemas y el ideal de respuesta de la justicia administrativa] (2011); Stijn Franken, P*robleemoplossende Rechtspraak als Alternatief voor Strafrechtelijke Repressie* [La justicia de resolución de problemas como alternativa para la represión en el derecho penal], 34 Recht der Derkelijkheid 66, 70-71 (2013).

34 La importancia de la vivienda en el éxito de la reinserción de los ex convictos que vuelven de prisión es reconocida en la bibliografía sobre TJ. Véase: Tamar M. Meekins, *You Can Teach Old Defenders New Tricks: Sentencing Lessons From Specialty Courts*, in Rehabilitation Lawyers, nota a pie n.º 21, pp 143 y 144. Además, en Australia se ha mostrado la relación existente entre los desahucios y la TJ. Según el presidente del Tribunal Civil y Administrativo de Victoria «los inquilinos que se representan a sí mismos siguen siendo desahuciados por las instituciones de justicia siguiendo el enfoque de la Justicia Terapéutica. Pero el objetivo es que se haga de una manera digna y humana. Esto puede implicar dar consejos sobre asistencia de emergencia en la vivienda. De ahí la importancia, en términos terapéuticos, de la iniciativa reciente del tribunal de crear una base de datos de asistencia social que esté disponible en el ordenador de mesa de todos los miembros». Kevin Bell, Victorian Civil & Admin. Tribunal, One VCAT: President's Review on VCAT 82 (2009).

En 2012, el número de viviendas en los Países Bajos era de casi 7,5 millones[35]. En comparación con otros países europeos y con los Estados Unidos, los Países Bajos tienen un alto porcentaje de viviendas de alquiler. Casi el 56% de las viviendas estaban ocupadas por sus propietarios y el 44% estaban alquiladas a asociaciones de vivienda y propietarios privados[36]. Las asociaciones de vivienda, en concreto, tienen mucho peso en el mercado del alquiler. En 2010, estas eran propietarias de 2,3 millones de viviendas (el 31% del total de viviendas y el 74% de todas las viviendas de alquiler)[37].

Desde 1993, las asociaciones de vivienda se consideran empresas privadas que, no obstante, siguen estando obligadas a proporcionar viviendas asequibles al público y están sujetas a un alto control del gobierno. El Reglamento Gubernamental en el Sector de la Vivienda Social («Besluit Beheer Sociale-Huursector», de ahora en adelante «BBSH» por sus siglas en neerlandés), prescribe las condiciones bajo las cuales un propietario es considerado una asociación de vivienda[38]. El BBSH obliga a las asociaciones de vivienda a proporcionar vivienda a todas aquellas personas con un ingreso anual relativamente bajo (hasta 34 229 euros en 2013) y a las personas vulnerables como los ancianos y/o personas con discapacidad[39]. Además, el artículo 12(a) del BBSH obliga a estas asociaciones a mejorar la calidad de vida de los vecindario en los que están presentes[40]. Debido a esta última obligación, las asociaciones de vivienda colaboran con las autoridades locales para hacer frente al comportamiento antisocial relacionado

---

35 Véase: *Woningvoorraad naar bewoning; regio 2008-2012*, Centraal Bureau Voor De Statiskiek, (4 de marzo de 2014), http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?VW=T&DM=SLNL&PA=81293NED&D1=a&D2=0&D3=a&HD=140407-1102&HDR=T&STB=G1,G2.

36 Véase: *Woningvoorraad naar bewoning; regio 2008-2012*, Centraal Bureau Voor De Statiskiek, (4 de marzo de 2014), http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?VW=T&DM=SLNL&PA=71446NED&D1=0-2,4-5&D2=0,5-16&D3=a&HD=140407-1104&HDR=T,G2&STB=G1

37 Véase: *E´en op de drie woningen eigendom van woningcorporatie*, Centraal Bureau Voor De Statiskiek, (5 de diciembre de 2011), http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/bouwen-wonen/publicaties/ artikelen/archief/2011/2011-3520-wm.htm.

38 Véase: B*esluit Beheer Sociale-Huursector*, Rijksoverheid, disponible en: http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/besluiten/2005/07/01/besluit-beheer-sociale-huursectorbbsh.html (visitado por última vez el 12 de abril de 2014).

39 *Idem.*

40 *Idem.*

con la vivienda. El Programa de Acoso de Ámsterdam (mencionado antes) es solo uno de los muchos ejemplos de esta relación público-privada[41].

3.1. Legislación en materia de vivienda neerlandesa tal como está escrita

Según la ley de vivienda de los Países Bajos, no está permitido que el arrendatario incurra en comportamientos antisociales asociados a la vivienda[42]. La mayoría de las veces, el arrendador y el arrendatario incluyen disposiciones sobre esto en un contrato de arredramiento escrito («huurovereenkomst») que prohíben al arrendatario causar molestias a otras personas durante el uso de las instalaciones. Debido a que la libertad de contrato es una de las bases del derecho privado neerlandés, el propietario y el inquilino tienen amplia libertad para incluir las disposiciones que consideren en el contrato de alquiler. No obstante, según el artículo 13 del Libro 3 (3:13) del Código Civil Neerlandés (de ahora en adelante «DCC» por sus siglas en inglés), un contrato de alquiler no puede violar ni el orden público ni la moral pública[43].

Además, algunas disposiciones de la ley prohíben al inquilino actuar de manera antisocial. En primer lugar, el Artículo 7:213 del DCC obliga al inquilino a usar la vivienda como un «inquilino prudente»[44]. Esto significa que, por ejemplo, no puede molestar a sus vecinos ni utilizar la vivienda como punto de tráfico de drogas. En segundo lugar, el Artículo 7:214 obliga al inquilino a usar la vivienda como residencia y no para fines comerciales, como el cultivo de cannabis o la cría de perros[45]. En tercer lugar, el Artículo 7:217 obliga al inquilino a reparar la propiedad si fuese necesario[46]. En cuarto lugar, el Artículo 7:219 hace responsable al inquilino de los actos de terceros, si estos causan molestias dentro o alrededor de la propiedad[47].

---

41 *Cf.* Kevin J. Brown, *The Developing Habitus of the Anti-Social Behavior Practitioner: From Expansion in Years of Plenty to Surviving the Age of Austerity*, 40 J.L. & SOC'Y 375, 396- 400 (2013).

42 A.M. Kloosterman *Et al.*, Hoofdlijnen In Het Huurrecht: Met Vragen En Antwoorden (2008); H. Hielkema, Burenoverlast. Remedies Tegen De Overlastgevende Huurder (2ª edición revisada, 2012).

43 Burgerlijk Wetboek [BW] [Código Civil] art. 3:13 (Países Bajos).

44 *Idem*, art. 7:213.

45 *Idem*, art. 7:214.

46 *Idem,* art. 7:217.

47 *Idem,* art. 7:219.

Si este tiene un comportamiento antisocial relacionado con la vivienda, el arrendador tiene derecho a anular el contrato de arrendamiento. Sin embargo, el Artículo 7:231 del DCC proporciona protección judicial completa al inquilino contra la pérdida de su vivienda[48]. Un contrato de alquiler solo puede ser anulado por un tribunal de vivienda («kantonrechter») excepto en aquellos casos en los que la autoridad local expida una orden de clausura y cierre el local por tráfico de drogas o alguna violación grave del orden público[49].

Según el Artículo 6:265 del DCC y la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Países Bajos, el tribunal de vivienda debe anular el contrato de alquiler si el propietario demuestra que el inquilino ha infringido el contrato de alquiler o ha violado algunas de las obligaciones legales antes mencionadas[50]. No obstante, el inquilino tiene derecho a defenderse: puede alegar en su defensa que el comportamiento antisocial no fue lo suficientemente grave como para anular el contrato de arrendamiento, o que dicha anulación tiene consecuencias graves y desproporcionadas para él/ella y para los miembros de su familia. Si un inquilino interpone esta defensa, el tribunal tiene la facultad de rechazar la petición del propietario de anular el contrato de alquiler. En el caso de que este pruebe que el inquilino actuó de manera antisocial y se desestime la defensa del inquilino, el tribunal anulará el contrato de alquiler y emitirá una orden de desahucio. Después de emitir dicha orden, se le concederá al inquilino un período para desocupar la propiedad (generalmente dos semanas). Si permanece en la propiedad después de la expiración de este período, el propietario tiene derecho a desalojarlo con la intervención de la policía.

En determinadas circunstancias, la asociación de viviendas no ejecuta la orden de desahucio sino que en su lugar aplica una «política de la última oportunidad» («laatste-kansbeleid»)[51]. En este caso, la asociación de viviendas ofrece al infractor un nuevo lugar de residencia, con la condición de que este firme un «contrato de alquiler de última oportunidad» con cláusulas adicionales y específicas sobre (la

---

[48] *Idem,* art. 7:231.

[49] Véase: Brouwer & Schilder, nota a pie n.º4; Michel Vols & Suzanne D. van Wijk, *Wet Victor en de Proportionaliteitstoets uit Artikel 8 EVRM* [Terminación extrajudicial del contrato de alquiler y el criterio de proporcionalidad del Artículo 8 Echr], 20 Wr Tijdschrift Voor Huurrecht 128 (2011).

[50] Véase HR 22 de octubre de 1999, 197 (De Bruin/Meiling) (Países Bajos).

[51] Véase: Sten-Ake Stenberg *et al.*, Locked Out in Europe: A Comparative Analysis of Evictions Due to Rent Arrears in Germany, the Netherlands and Sweden, 5 Eur. J. Homelessness 39 (2011).

prevención de) el comportamiento antisocial[52]. El infractor debe abstenerse de llevar a cabo ciertos comportamientos o bien comportase de una forma determinada: por ejemplo, debe asistir a un programa de gestión de la ira[53]. Si el infractor no cumple con el nuevo contrato, la asociación de viviendas tiene derecho a solicitar al tribunal de vivienda una orden de desahucio[54].

3.2. Legislación en materia de vivienda holandesa en acción

En la vida diaria, se pueden distinguir tres niveles de comportamiento antisocial asociado a la vivienda. En sentido figurado, estos tres niveles forman una pirámide[55]. El primer nivel, la base de la pirámide, consiste en incidentes molestos que tienen un impacto relativamente bajo en las víctimas. En la mayoría de casos de este tipo, los vecinos son capaces de llegar a una solución en conjunto o con una pequeña ayuda por parte de mediadores, agentes de policía o personal de la asociación de viviendas.

El segundo nivel, el centro de la pirámide, consiste en los casos de comportamiento antisocial en los que las víctimas se ven seriamente perjudicadas por el comportamiento del infractor. Lamentablemente, los vecinos no pueden llegar a una solución porque, por ejemplo, el perpetrador no está dispuesto (o no puede) hablar con las víctimas o con el personal de la asociación de viviendas. En este tipo de casos, es necesaria una intervención más seria por parte de una autoridad como el tribunal de vivienda. Sin embargo, la asociación de viviendas no solicitará una orden de desahucio ya que el comportamiento antisocial no es lo suficientemente grave como para justificar la pérdida de la vivienda. Por esta razón, las asociaciones de viviendas inician la recopilación de tantas pruebas como sea posible para poder obtener una orden de desahucio. Sin embargo, esto puede durar meses o incluso años. Por ejemplo, en uno de los casos mencionados sobre

---

[52] *Idem*.

[53] *Idem*.

[54] Véase: *Idem*; Cf. Jill Morgan, Family Intervention Tenancies: the De(marginalization) of Social Tenants, 32 J. SOC. Welfare & Fam. L. 37, 37-46 (2010).

[55] Véase: Michel Vols, Dwing Veroorzakers van Burengerucht Hun Gedrag te Veranderen [Obligar a los vecinos molestos a mejorar su comportamiento], Trouw (15 de julio de 2013, 5:27 PM), http:// www.trouw.nl/tr/nl/4492/Nederland/article/detail/3476131/2013/07/15/Dwing-veroorzakers-vanburengerucht-hun-gedrag-te-veranderen.dhtml.

el Enfoque de Acoso, una familia problemática causó molestias graves durante trece años[56].

El tercer nivel, la cima de la pirámide, se corresponde con los incidentes que terminan en los tribunales de vivienda. En estos casos, la asociación de viviendas considera que el comportamiento antisocial es lo suficientemente grave como para solicitar una orden de desahucio. En los Países Bajos, el procedimiento de desahucio en los tribunales de vivienda no ha sido lo suficientemente estudiado y no se han recogido datos sistemáticos[57]. Sin embargo, Aedes, la organización que agrupa a las asociaciones de vivienda neerlandesas, ha publicado una serie de datos rudimentarios sobre las órdenes de desahucio solicitadas. Según Aedes, las asociaciones de viviendas presentaron 23 700 solicitudes de desahucio en 2012[58]. La mayoría (más del 90%) se basan en atrasos en el pago de alquileres[59]. En casi 1 400 casos, la solicitud de una orden de desahucio fue resultado de un comportamiento antisocial relacionado con la vivienda[60].

Debido a la ausencia de datos detallados, he analizado toda la jurisprudencia disponible desde el año 2000 al 2012 sobre órdenes de desahucio y el comportamiento antisocial relacionado con la vivienda, que se publicó en la página web de la judicatura neerlandesa y en las revistas pertinentes de la ley de vivienda[61]. En total, encontré y analicé 244 casos. En la mayoría de ellos (90%) el arrendador que solicitaba la orden de desahucio era una asociación de viviendas. A partir de los datos que aparecen en la Tabla 1, se desprende que los

---

[56] Véase: Hof's-Amsterdam 8 de agosto de 2013, Caso N.º ECLI:NL:RBAMS:2013:4935, *disponible en* www.rechtspraak.nl (visitado por última vez el 27 de marzo de 2014) (Rochdale/Defendants) (Países Bajos).

[57] Véase: Laere *et al.*, *Preventing Evictions*, nota a pie n.º 11; Stenberg *et al.*, nota a pie n.º 50.

[58] *Idem.*

[59] *Idem*

[60] *Idem.* El número de casos en los que el comportamiento antisocial juega un papel es probablemente mayor porque, en algunos casos de este tipo, la asociación de viviendas tiene la opción de conseguir una orden de desahucio por los atrasos en los pagos del alquiler sin mencionar el comportamiento antisocial. *Cf.* Hunter, Nixon & Slatter, nota a pie n.º 9, pág. 165.

[61] Véase, de manera general: De Rechtspraak, Hoge Raad Der Nederlanden, http:// www.rechtspraak.nl (visitado por última vez el 1 de abril de 2014); Kort Geding (la fuente es un periódico que publica casos, incluido en el archivo del autor); WR Tijdschrift voor Huurrecht (la fuente es un periódico que publica casos, incluido en el archivo del autor). En conjunto, estas tres fuentes nos han proporcionado todos los casos disponibles sobre los desahucios de vecinos antisociales en los Países Bajos.

arrendadores han convencido con relativa facilidad al tribunal de vivienda para que conceda las órdenes de desahucio: en el 69% de los casos el tribunal de vivienda concedió dicha orden. Lo interesante de estos datos es que los tribunales de vivienda suelen ser rigurosos con los perpetradores implicados en comportamientos antisociales relacionados con las drogas. Los tribunales parecen ser menos estrictos si la asociación de viviendas solo puede probar que el infractor causó molestias por ruido.

Tabla 1[62]

Tipo de comportamiento antisocial	Casos totales	Órdenes de desahucio denegadas	Órdenes de desahucio otorgadas	Porcentaje de órdenes otorgadas
Combinación (ruido, drogas, molestias y comportamiento violento)	66	16	50	75%
Solo molestias por drogas	105	30	75	71%
Solo comportamiento violento	27	8	19	70%
Solo molestias por ruidos	25	12	13	52%
Otros tipos	21	10	11	52%
Total	244	76	168	69%

4. Análisis de la Justicia Terapéutica

En los Países Bajos, la mayoría de casos de comportamiento antisocial relacionados con la vivienda no terminan en el tribunal de la vivienda. La mayor parte del tiempo, esta falta de intervención judicial tiene sentido porque los infractores y las víctimas llegan a una solución juntos. Sin embargo, en un número significativo de casos es necesaria la intervención de la asociación de viviendas o

[62] Véase, en general, las fuentes citadas en la nota a pie n.º 60.

del tribunal de vivienda para erradicar la molestia. Si el caso termina eventualmente en un tribunal, lo más probable es que el infractor sea desahuciado. En este párrafo, llevaré a cabo un análisis basado en la TJ del enfoque orientado a desahucios con respecto al comportamiento antisocial relacionado con la vivienda.

4.1. Consecuencias antiterapéuticas para el infractor

En primer lugar, el procedimiento judicial y la amenaza de desahucio tienen varias consecuencias antiterapéuticas, que probablemente agraven los problemas causados por el infractor y el comportamiento problemático del mismo. Si una asociación de viviendas que solicita una orden de desahucio lleva a juicio al infractor, tanto el procedimiento como la amenaza de desahucio pueden llegar a ser una experiencia traumática e intimidante para el infractor y su familia. La amenaza de perder su hogar provoca un estrés y un descontento considerables y trastorna gravemente la vida de todos los miembros de la familia[63].

En segundo lugar, el procedimiento empleado para erradicar el comportamiento antisocial requerirá mucho tiempo porque obtener una orden de desahucio en una etapa inicial no es una opción. Las investigaciones muestran que, durante este período, la relación entre el infractor y el propio personal de la asociación de viviendas se deteriora[64]. El infractor está molesto con el «comportamiento entrometido» y la «actitud amenazadora» del personal de esta asociación[65]. El personal se exaspera con el infractor porque su comportamiento antisocial no cesa y no pueden ayudar a las víctimas[66]. Como resultado, el personal empieza a recopilar tantas pruebas como sea posible para obtener una orden de desahucio y animan a las víctimas a hacer lo mismo. Obviamente, esta estrategia se focaliza en el recrudecimiento y no resulta beneficiosa para la relación entre la víctima y el infractor.

En tercer lugar, abordar el comportamiento antisocial a través del desahucio no resuelve las causas subyacentes del comportamiento problemático y,

---

63 Véase: Sarah Nettleton *et al.*, Joseph Rowntress Found., The Social Consequences of Mortgage Repossession for Parents and Their Children (1999); Shelter, Eviction of Children and Families: the Impact and the Alternatives 3-4 (2009); Sarah Nettleton, *Losing a Home Through Mortgage Repossession: the Views of Children*, 15 Child. & Soc'Y 82, 82- 94 (2001); Schout & De Jong, nota a pie n.º 11, pág. 29; Stenberg *et al.*, nota a pie n.º 50, pág. 41.

64 Schout & De Jong, nota a pie n.º 11, pág. 29.

65 *Idem.*

66 Schout & De Jong, nota a pie n.º 11, págs. 28-30.

esencialmente, sirve como una vía hacia una situación de desamparo. Un hogar proporciona refugio, una de las necesidades humanas básicas. Además, la mayoría de las personas reciben beneficios psicosociales cuando tienen un hogar. Su hogar es un refugio, un lugar de autonomía, que les proporciona estatus social[67]. Si la asociación de viviendas ejecuta una orden de desahucio, el infractor y los miembros de su familia perderán su hogar y el beneficio psicosocial. Por esta razón, no resulta extraño que las investigaciones muestren que el desahucio y la falta de vivienda tengan consecuencias negativas graves[68], que no ayudarán a la hora de encontrar una solución a los problemas del infractor. Lee y Schreck hallaron que «las personas sin hogar son frecuentemente objeto de una victimización desproporcionada, tanto en un sentido absoluto como al compararlas con sus homólogos con un domicilio»[69]. Otras investigaciones demuestran que, del mismo modo, el estrés resultante de la incertidumbre de no saber cuándo se tendrá una vivienda permanente puede caracterizarse como antiterapéutico[70]. Además, el infractor y su familia serán excluidos de su red de apoyo y se alterará la educación de los niños[71]. Debido a que la falta de hogar agudizará los problemas del infractor y su familia, el desahucio probablemente transforme el comportamiento antisocial relacionado con la vivienda en un comportamiento antisocial más serio en la calle.

Obviamente, en algunos casos la «política de última oportunidad» y «los contratos de alquiler de última oportunidad» van a mitigar los efectos antiterapéuticos del desahucio para el infractor. De hecho, estos mecanismos pueden tener efectos terapéuticos para el infractor y su familia. Sin embargo, estos instrumentos no se

---

67 Véase: Ade Kearns *et al.*, *#Beyond Four Walls#. The Psycho-social Benefits of Home: Evidence from West Central Scotland*, 15 Housing Stud. 387, 387-400 (2000).

68 Véase, por ejemplo: *ídem*, pág. 388 («[el] estrés y las enfermedades relacionadas con el estrés se asocian con la inseguridad sobre la propiedad de la vivienda»). Véase también: Barett A. Lee & Christopher J. Schreck, *Danger on the Streets: Marginality and Victimization Among Homeless People*, 48 Am. Behav. Scientist 1055, 1056 (2005), (donde se detallan varios de los retos a los que las personas sin hogar tienen que hacer frente tal y como se describe en la investigación), véase también: Shelter, nota a pie n.º 62, pág. 9 (se establece que «el desahucio y los problemas en la vivienda… pueden tener un efecto perjudicial en la salud física y mental de los adultos…»).

69 Lee & Schreck, nota a pie n.º 67, pág. 1074.

70 Véase: Shelter, nota a pie n.º 62, pág. 7.

71 Véase, *ídem*, págs. 7-9; Laere *et al.*, *Preventing Evictions*, nota a pie n.º 11; Anita Palepu *et al.*, *Quality of Life Themes in Canadian Adults and Street Youth Who are Homeless or Hard-to-house: a Multi-site Focus Group Study*, 10 Health & Quality Life Outcomes 1, 1-11 (2012), disponible en: http://www.hqlo.com/content/10/1/93.

utilizan en todos los casos y, cuando se aplican, la situación ya se ha agravado y el tribunal de vivienda ya ha emitido una orden de desahucio. Sería beneficioso, tanto para los infractores como para las víctimas, emplear este tipo de herramientas en una fase más temprana.

En cuarto lugar, un infractor desahuciado no podrá acceder a una vivienda proporcionada por las asociaciones de viviendas durante un período de hasta cinco años. La asociación de viviendas pondrá al inquilino en su lista negra y compartirá el historial de este con otras asociaciones. Por ejemplo, un infractor que cultivaba marihuana en su casa estuvo dos años en la lista negra[72]. Por tanto, en algunos casos, una orden de desahucio provoca una situación prolongada de desamparo tanto para el infractor como para su familia[73].

En quinto lugar, desde un punto de vista jurídico, el desahucio interfiere con el derecho del infractor al respecto de la vida privada y el hogar. Este derecho está codificado en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales («CEDH»)[74]. En repetidas ocasiones, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (de ahora en adelante: «Tribunal Europeo») ha calificado la pérdida del hogar como «la forma más extrema de injerencia en el derecho al respecto del hogar»[75]. Aunque el desahucio no siempre provoca una violación del Artículo 8 de la CEDH, el Tribunal Europeo establece que el método de corrección del comportamiento antisocial relacionado con la vivienda siga los principios de proporcionalidad y subsidiariedad[76]. Debido a que el desahucio no aborda las causas que subyacen al

---

[72] Hof's-Groningen 18 de abril de 2013, Caso n.º: ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ7896, *disponible en*: www.rechtspraak.nl (visitado por última vez el 1 de abril de 2014) (Nijestee/Defendants) (Países Bajos).

[73] *Cf.* Hunter, Nixon & Slatter, nota a pie n.º 9, pág. 169.

[74] Eur. Ct. Hum. Rts. European Convention On Human Rights: As Amended By Protocols Nos. 11 And 14, Supplemented By Protocols Núms. 1, 4, 6, 7, 12 And 13, Convention For The Protection Of Human Rights And Fundamental Freedoms, del artículo 8 (2010).

[75] Buckland v. United Kingdom, Apágs. n.º 40060/08, Eur. Ct. H.R. (2012) (Cuarta Sección); McCann v. United Kingdom, n.º 19009/04, Eur. Ct. H.R. (2008) (Cuarta Sección); *Cf.* Vols & Van Wijk, nota a pie n.º 48; Sarah Nield & Nicolas Hopkins, *Human Rights and Mortgage Repossession: Beyond Property Law Using Article 8*, 33 Legal Studies 431 (2012).

[76] Eur. Ct. Hum. Rts, nota a pie n.º 73.

comportamiento antisocial, es cuestionable que un enfoque orientado al desahucio esté en consonancia con esos principios[77].

4.2. Consecuencias antiterapéuticas para las víctimas

La mayoría de los casos de comportamiento antisocial grave no terminan en un tribunal de vivienda porque la molestia no justifica la falta de vivienda del infractor. Esto puede caracterizarse como un efecto positivo para los infractores. Sin embargo, la falta de medidas contra el comportamiento antisocial grave tiene efectos perjudiciales para las víctimas. Si la asociación de viviendas consigue obtener una orden de desahucio del tribunal, el desahucio del perpetrador puede tener efectos terapéuticos en las víctimas. No obstante, esta «sensación de alivio» probablemente no compensará los años durante los cuales las víctimas tuvieron que soportar un comportamiento antisocial crónico y grave. Independientemente del desahucio del perpetrador, la falta de intervención (temprana) tiene consecuencias antiterapéuticas para la víctima.

En primer lugar, experimentar una conducta antisocial puede tener graves efectos en el bienestar mental y físico de las víctimas[78]. El ruido de un vecino es un indicador válido de una salud mental y vitalidad deficientes y puede provocar depresión, ansiedad, náuseas, temores, responsabilidad, alteraciones del sueño, disminución del apetito y síntomas de estrés, como tensión arterial alta y enfermedades cardiovasculares[79]. Los investigadores encontraron mayor riesgo de enfermedades cardiovasculares en las personas que habían denunciado conductas antisociales crónicas graves relacionadas con la vivienda[80]. Las víctimas también presentaban un mayor riesgo de depresión[81]. Los niños que sufren de estrés provocado por las molestias que causa el comportamiento antisocial tienen más probabilidades de sufrir enfermedades en el sistema respiratorio[82]. Las molestias

---

77 Véase: Vols, nota a pie n.º 4.

78 Véase: Caroline Hooijdonk, Area Environment And Health In The Netherlands (2009); Gerrit Breeuwsma, *Verlos Mij van des Menschen Overlast* [Libérame de la opresión del hombre], 27 Justitiële Verkenningen 10, 10-24 (2001); véase, en general, Jane Donoghue, *Reflections on Risk, Anti-social Behavior and Vulnerable/Repeat Victims*, 53 Brit. J. Criminology 805 (2013).

79 Véase: Hillary Guite *et al.*, *The Impact of the Physical and Urban Environment on Mental Well-being*, 120 Pub. Health 1117, 1117-26 (2006).

80 *Idem.*

81 *Idem*, pág. 1125.

82 Véase: Christian Maschke & Hildegard Niemann, *Health Effects of Annoyance Induced by Neighbor Noise*, 55 Noise Control Engineering J. 348, 348-56 (2007).

provocan estrés y tienen efectos directos en el rendimiento humano. Las molestias por ruido, sobre todo el de las conversaciones, tienen un efecto negativo en las funciones perceptuales y cognitivas[83]. Además, el comportamiento antisocial puede tener efectos graves en el sueño[84]. Las molestias acústicas retrasan la aparición del sueño y provocan vigilias nocturnas, alteraciones en las fases del sueño, desvelos y movimientos del cuerpo y respuestas vegetativas u hormonales[85]. Esto disminuye la calidad del sueño que uno mismo percibe. Como consecuencia, las molestias acústicas pueden causar fatiga diurna, que se asocia con una disminución de la capacidad de trabajo y un mayor riesgo de accidentes[86].

En segundo lugar, la falta de intervención (temprana) decepcionará seriamente a las víctimas porque sienten que nadie les ayuda y que las autoridades no prestan atención a sus problemas[87]. Esto puede dar lugar a una «victimización secundaria»[88], que hace referencia a «la victimización que se produce, no como resultado directo del acto delictivo sino a través de la respuesta de las instituciones y los individuos hacia la víctima»[89]. Como resultado, la falta de acción por parte de la asociación de viviendas contra el comportamiento antisocial empeora el trauma de las víctimas.

En tercer lugar, la falta de medidas puede resultar en una violación del derecho a la vida privada de las víctimas de comportamientos antisociales. En este caso, las autoridades no son capaces de cumplir con «las obligaciones positivas» que se derivan del derecho de la víctima a la vida privada. En algunos casos, el Tribunal Europeo ha decidido que el comportamiento antisocial relacionado con la

---

83 Véase: Arend W. van Gemmert & Gerard P. van Galen, *Stress, Neuromotor Noise, and Human Performance*: A Theoretical Perspective, 23 J. Experimental Psychol. Hum. Perception Performance 1299, 1299-1313 (1997); James L. Szalma & Peter A. Hancock, *Noise Effects on Human Performance: A Meta-analytic Synthesis*, 137 Psychol. Bull., 682, 688, 696 (2011).

84 Véase: Alain Muzet, *Environmental Noise, Sleep and Health*, 135 Sleep Med. REV., 135, 135-42 (2007).

85 *Idem.*

86 *Idem.*

87 Véase: Tom de Leeuw & Ren´e van Swaaningen, *Veiligheid in Veelvoud: Beeld, Beleid en Realiteit in Rotterdams Oude Westen* [Una serie de problemas de seguridad: Imágenes, política y realidad en Rotterdam-West], 6 Tijdschrift Voor Veiligheid 26, 35 (2011).

88 Véase: Christian Diesen, *Therapeutic Jurisprudence and the Victim of Crime*, *en* Tjoe I. Oei & Marc S. Groenhuijsen, Progression In Forensic Psychiatry: About Boundaries 579, 586- 89 (2012).

89 Social Injuries and Secondary Victimization, Victiminfo.Com, http://www.victiminfo.com/#!victimization/c87c (visitado por última vez el 2 de abril de 2014).

vivienda sí que produjo una «injerencia de terceros en el derecho a una vida privada» y consideró la falta de medidas contra el comportamiento antisocial como una violación de los derechos de las víctimas[90].

En cuarto lugar, si un tribunal desestima emitir una orden de desahucio, puede tener consecuencias antiterapéuticas graves para las víctimas. En primer lugar, existe la posibilidad de que el infractor «victorioso» pero enfurecido tome represalias contra las víctimas que colaboraron con la asociación de viviendas y testificaron en su contra. Es muy posible que el comportamiento antisocial se intensifique porque la relación entre vecinos ha sido completamente destruida. Además, desde el punto de vista de las víctimas, el nivel de frustración y de «victimización secundaria» aumentará. La víctima experimentará la «pasividad» del tribunal de vivienda como otro ejemplo de la falta de voluntad de las autoridades para combatir el comportamiento antisocial relacionado con la vivienda.

4.3. Enfoque generador de problemas hacia la conducta antisocial relacionada con la vivienda

Este análisis orientado a la TJ de la forma en la que las asociaciones y los tribunales de vivienda neerlandeses abordan la conducta antisocial en el ámbito de la vivienda nos permite llegar a la conclusión de que el enfoque actual no es beneficioso ni para el infractor, ni para sus víctimas ni para la asociación de viviendas. Por tanto, en lugar de trabajar hacia una solución sostenible, el procedimiento se centra en el agravamiento de la situación y en (la amenaza de) una situación de desamparo. Un enfoque orientado al desahucio no aborda las causas que subyacen al comportamiento antisocial.

Por último, aunque no menos importante, en las circunstancias económicas actuales, erradicar el comportamiento antisocial mediante el desahucio tampoco resulta beneficiosa para los contribuyentes. Desahuciar a un infractor solo desplazará el problema y tendrá un impacto financiero enorme en las asociaciones de vivienda, tribunales, policía, autoridades locales, albergues, asistencia sanitaria y, por supuesto, en los infractores. En los Países Bajos, el coste estimado de desahuciar y realojar a un infractor puede estimarse en 60 000 euros[91]. En el Reino

[90] Véase: Mileva v. Bulgaria, Apágs. n.º 43449/02, 21475/04, 5 Eur. Ct. H.R. (2010) (Quinta Sección); Vols, nota a pie n.º 4; Susan Bright & Chara Bakalis, *Anti-social Behavior: Local Authority Responsibility and the Voice of the Victim*, 62 Cambridge L. J. 305, 305-34 (2003).

[91] Véase: Bogman Y Van Summeren, nota a pie n.º 10, págs. 5-7. *Cf.* Stenberg *et al.*, nota a pie n.º 50, pág. 51.

Unido, el coste estimado de un caso de una persona sin hogar puede oscilar entre los 12 000 y los 97 000 euros (15 000 a 83 000 esterlinas)[92].

La conclusión que podemos obtener de este análisis basado en la TJ es similar a la conclusión a la que llegó el Juez Principal del Estado de Nueva York, el juez Kaye, en el año 1999 sobre hacer frente a la delincuencia menor en Nueva York. El juez Kaye escribió sobre el «enfoque tradicional» de los tribunales penales respecto a este comportamiento problemático: «Cada derecho legal… está protegido, se siguen todos los procedimientos, y aun así no estamos haciendo mella en el problema subyacente. Esto no es bueno para las partes implicadas. No es bueno para la comunidad. No es bueno para los tribunales»[93]. Gracias a esta observación, la ciudad de Nueva York ha fundado varios tribunales de resolución de problemas que combaten con éxito la delincuencia menor[94]. ¿Cómo se deberían incorporar en las leyes de vivienda neerlandesas aquellos elementos de resolución de problemas que han demostrado ser eficaces para combatir el comportamiento antisocial relacionado con la vivienda de una manera más orientada a encontrar soluciones?

5. Hacia un enfoque más orientado a la solución de la conducta antisocial

Para desarrollar una forma más eficaz de hacer frente al comportamiento antisocial relacionado con la vivienda orientada a la resolución de problemas, debemos cumplir con tres principios orientados a la solución.

El primero prescribe que debemos asistir a las víctimas de la conducta antisocial desde una fase temprana. Debido a los efectos perjudiciales que la conducta antisocial relacionada con la vivienda tiene sobre el bienestar mental y físico de las víctimas, se las debe tomar en serio y debe evitarse la «victimización secundaria». El enfoque debe centrarse en la intervención temprana para que la situación no empeore y se alivie a las víctimas[95].

El segundo principio establece que, cuando sea posible, debe evitarse el desahucio del infractor y su familia. El propietario debe trabajar con otras autoridades (por

---

92 Véase: Shelter, nota a pie n.º 62, pág. 8.

93 *Making the Case for Hands-On Courts*, Newsweek (10 de octubre de 1999, 8:00 PM), http://www.newsweek.com/making-case-hands-courts-168134

94 *Idem.*

95Véase: Cait Clarke & James Neuhard, *Making the Case: Therapeutic Jurisprudence and Problem Solving Practices Positively Impact Clients, Justice Systems and Communities They Serve*, in Rehabilitating Lawyers, nota a pie n.º 21, págs. 257 y 261; Shelter, nota a pie n.º 62, págs. 11- 14.

ejemplo, el municipio, los organismos de salud mental y el tribunal de vivienda) e intentar evitar las injerencias más graves en el derecho al respeto de la vida privada[96]. En lugar de esperar un largo período hasta que la situación se haya agravado, el enfoque principal debería centrarse en intervenciones tempranas (del tribunal de vivienda) con instrumentos menos intrusivos que el desahucio. Sin embargo, en varios casos graves de conducta antisocial relacionada con la vivienda, el desalojo del perpetrador es la única opción posible para mejorar la situación y ayudar a las víctimas[97].

El tercer principio establece que el enfoque debe centrarse en abordar las causas subyacentes a la conducta problemática. En un gran número de casos de molestia, el infractor lidia con problemas de salud mental, abuso de sustancias, problemas familiares, desempleo y pobreza. En lugar de hacer que el infractor, ya de por sí vulnerable, se vuelva más vulnerable al quedarse sin hogar, el enfoque debería intentar atacar la raíz del comportamiento antisocial. En la medida de lo posible, las intervenciones del tribunal de vivienda (por ejemplo, una orden de conducta que obligue al infractor a abstenerse de un acto antisocial determinado o de actuar de una manera específica) deberían centrarse en la rehabilitación y hacer frente a las causas subyacentes del comportamiento antisocial[98]. Por supuesto, debemos estar atentos a posibles violaciones del derecho a la vida privada del infractor y a las amenazas de estigmatización, marginalización e intervenciones proteccionistas de las asociaciones de vivienda[99] o de los tribunales de vivienda[100].

Para cumplir con estos tres principios orientados a la solución, los tribunales de vivienda deberían incorporar una serie de técnicas de la justicia orientada a la resolución de problemas/TJ para abordar el comportamiento antisocial

---

[96] *Cf.* Winick, nota a pie n.º 25, págs. 1060-61; Brown, nota a pie n.º 40, págs. 396-400.

[97] Cf. Penny Gurstein & Dan Small, *From Housing to Home: Reflexive Management for those Deemed Hard to House,* 20 Housing Stud. 717, 726-28 (2005).

[98] Véase Fleinbatt & Bernam, nota a pie n.º 31, págs. 24-25; Morgan, nota a pie n.º 53.

[99] Véase: Elisabeth Burney, Making People Behave: Anti-social Behaviour, Politics and Policy 108-14 (2ª edición 2009); Jane Donoghue, Anti-social Behaviour Orders: A Culture of Control? (2010); Neil Cobb, *Patronising the Mentally Disorderd? Social Landlords and the Control of «Anti-social behavior» under the Disability Discrimination Act 1995*, 26 Legal Stud. 238, 238-66 (2006); Morgan, nota a pie n.º 53.

[100] Véase: Winick, nota a pie n.º 25, págs. 1071-72; Nicola Padfield, *The Anti-social Behaviour Act 2003: The Ultimate Nanny-state Act?*, 9 Crim. L. Rev. 712, 712-27 (2004); Vols, nota a pie n.º 4. *Cf.* Andrew Horwitz, Coercion, *Pop-Psychology, and Judicial Moralizing: Some Proposals for Curbing Judicial Abuse of Probation Conditions,* 57 Wash. & Lee L. Rev 75 (2000).

relacionado con la vivienda[101]. En primer lugar, para lograr una intervención temprana efectiva, el personal de la asociación de viviendas y los jueces de los tribunales de vivienda deben estar entrenados para identificar el abuso de sustancias, los problemas de salud mental y otros factores de riesgo con altas probabilidades de comportamiento antisocial[102]. En segundo lugar, el personal de la asociación de viviendas y los jueces de los tribunales de vivienda deben aplicar técnicas de «entrevistas motivacionales»[103] y «contratos de conducta»[104] para abordar el problema de comportamiento. Estas técnicas motivarán al infractor a cambiar y a tener un mayor sentido de la responsabilidad y del deber de rendir cuentas. Además, cuando se implementan estas técnicas, es probable que la tasa de cumplimiento se incremente, así como la satisfacción de las personas implicadas en el procedimiento[105]. En tercer lugar, los tribunales de vivienda deben estar involucrados desde una fase temprana para «aprovechar al máximo la autoridad judicial». Los jueces de los tribunales de vivienda deberían estar «implicados en cada caso durante todo el proceso» y deben «supervisar de cerca» el cumplimiento de las órdenes judiciales. La supervisión judicial es un factor clave en reforzar la responsabilidad y «ha sido central en el éxito de los tribunales de resolución de problemas»[106]. En cuarto lugar, los tribunales deben implicar a la red social del infractor (por ejemplo, su familia, amigos y vecinos deben participar en el procedimiento). Esta desempeña un papel clave apoyando al perpetrador en sus esfuerzos por dejar de actuar de manera antisocial y aumentando las posibilidades de que cumpla con las medidas como las órdenes de los tribunales de vivienda[107].

---

101 Véase: Rehabilitating Lawyers, nota a pie n.º 21, págs. 7 y 19.

102 Véase: Crane & Warnes, nota a pie n.º 11, pág. 767; Pascale Thys, *Housing for People Suffering Mental Distress: an Overlooked Issue in Housing Policies*, 7 Passerrelle 81, 83-84 (2012).

103 Winick, nota n.º 25, págs. 1080-81; Rehabilitating Lawyers, nota a pie n.º 21, págs. 8 y 31.; Astrid Birgden, *Dealing with the Resistant Criminal Client: a Psychologically-Minded Strategy for More Effective Legal Counseling*, in Rehabilitating Lawyers, nota a pie n.º 21, pág. 243, 243- 55.

104 Winick, nota a pie n.º 25, págs. 1084-86.

105 Véase, ídem, pág. 1077, 1084-86; Amy D. Ronner, Songs of Validation, Voice, and Voluntary Participation: Therapeutic Jurisprudence, Miranda and Juveniles, 71 U. CIN. L. REV. 89, 94-95 (2002).

106 Fleinblatt & Berman, nota n.º 31, págs. 35-36.

107 See Rehabilitating Lawyers, nota n.º 21, pág. 31; David B. Wexler, That's What Friends Are For: Mentors, LAP Lawyers, Therapeutic Jurisprudence, and Clients with Mental Illness (26 de octubre de 2013) (manuscrito no publicado), disponible en: http://ssrn.com/abstract=1962725. Cf. Liliana Sousa, Building on Personal Networks When Intervening with Multi-problem Poor

Para aplicar estos principios y técnicas orientados a las soluciones en los Países Bajos, debemos analizar si las normas jurídicas y los procedimientos legales («las botellas») son receptivas a las prácticas y técnicas profesionales de la TJ («el vino»). Si no se puede verter el vino dentro de las botellas (aquellos casos en los que las normas jurídicas se consideran «enemigas de la TJ») debemos instar al poder legislativo a revisar las normas y los procedimientos legales actuales[108].

Afortunadamente, la ley y los procedimientos de vivienda (de alquiler) neerlandesa son flexibles y, por tanto, relativamente favorables a la TJ. No existe una obligación legal de abordar la conducta antisocial relacionada con la vivienda a través de una orden de desahucio. Al contrario, la ley de vivienda neerlandesa ofrece otras disposiciones e instrumentos utilizables en un enfoque orientado a la solución. Por ejemplo, el Artículo 3:296 de la DCC otorga a la asociación de vivienda la facultad para solicitar una «orden de conducta» («gedragsaanwijzing») al tribunal de vivienda si el inquilino no cumple las obligaciones legales o contractuales[109]. El tribunal de vivienda está autorizado a emitir una orden que obligue al inquilino a llevar a cabo una determinada ejecución obligatoria, si así lo requiere el demandante.

Las asociaciones de viviendas y sus abogados no suelen solicitar orden de conducta tan específica; sin embargo, hay disponibles numerosos ejemplos de órdenes orientadas a la solución. Bajo la petición de una asociación de viviendas, un tribunal de vivienda obligó a los infractores a renunciar a un perro que ladraba en lugar de desahuciar al infractor por las molestias causadas por el ruido[110]. Otro tribunal de vivienda autorizó la propuesta de emitir una orden de alejamiento al hijo antisocial de un inquilino en lugar de desahuciar a sus desesperados padres[111].

Families, 19 J. SOC. Work Prac. 163, 163-79 (2005); Liliana Sousa *et al.*, Are Practitioners Incorporating a Strengths-focused Approach When Working with Multi-problem Poor Families?, 17 J. Community & applied soc. Psychol. 53, 53-66 (2007).

108 Véase: David B. Wexler, New Wine in New Bottles: the Need to Sketch a Therapeutic Jurisprudence «Code» of Proposed Criminal Processes and Practices, 7 Ariz. Summit l. Rev. (en prensa, 2014).

109 Burgerlijk Wetboek [BW] [Código Civil] art. 3:296 (Países Bajos).

110 Véase: Ktr.-Utrecht 14 Maart 2008 Case N.º ECLI:NL:RBUTR:2008:BC6701, *disponible en* www.rechtspraak.nl (visitado por última vez el 1 de abril de 2014) (Mitros/Defendants) (Países Bajos).

111 Véase: Ktr.-Dordrecht 25 de septiembre de 2008, Caso N.º: ECLI:NL:RBDOR:2008:BF2284, *disponible en* www.rechtspraak.nl (visitado por última vez el 1 de abril de 2014) (Woningstichting Union/Defendants) (Países Bajos).

Otro ejemplo de instrumento orientado a la solución son los ya mencionados «instrumentos de última oportunidad» que pretenden prevenir la falta de vivienda mediante la imposición de normas de conducta a los infractores. Al mismo tiempo, para abordar el comportamiento antisocial de una manera más orientada a la solución, las técnicas de TJ recomiendan que ese «acuerdo de última oportunidad» se modifique y se convierta en un «acuerdo de conducta aceptable» que pueda aplicarse en una fase más temprana de lo que se hace actualmente. Para desarrollar un enfoque más orientado a las soluciones, las asociaciones de vivienda neerlandesas deben empezar a experimentar esas posibilidades.

6. Conclusiones

En los Países Bajos, los tribunales utilizan las órdenes de desahucio para abordar el comportamiento antisocial relacionado con la vivienda. Este ensayo ha demostrado que este «enfoque orientado al desahucio» tiene efectos perjudiciales y problemáticos para el infractor y sus víctimas. El bienestar físico y mental del infractor y su familia se ven seriamente afectados ante la amenaza de quedarse sin techo. Las investigaciones revelan que las causas subyacentes a la conducta antisocial no se están abordando desde una perspectiva de resolución de problemas. Además, el desahucio es un instrumento muy drástico que elimina la posibilidad de una intervención temprana. Esta es la razón por la que el enfoque orientado al desahucio también genera graves efectos negativos en el bienestar mental y físico de las víctimas. Por otra parte, un desahucio conlleva un enorme impacto financiero para las asociaciones de viviendas y las autoridades locales.

Los resultados del análisis de la TJ corroboran la idea de que los tribunales neerlandeses deberían adaptar la forma actual de hacer frente al comportamiento antisocial relacionado con la vivienda a un enfoque más orientado a la resolución de problemas. En primer lugar, las asociaciones y los tribunales de vivienda deben ayudar a las víctimas del comportamiento antisocial desde una fase temprana. En segundo lugar, debe evitarse el desahucio del infractor y su familia. Por último, las intervenciones deben centrarse en abordar las causas subyacentes a la conducta problemática.

Estos resultados sugieren que las asociaciones y los tribunales de vivienda deberían incorporar técnicas propias de la justicia de resolución de problemas/orientadas hacia la TJ, como las entrevistas motivacionales, los contratos de conducta y la supervisión judicial, en la forma en la que tratan la conducta antisocial relacionada con la vivienda. Por suerte, la ley neerlandesa de vivienda (de alquiler) es flexible y, por tanto, está receptiva a estas prácticas y técnicas de la TJ.

En un número significativo de jurisdicciones, el desahucio es también el enfoque principal. Las investigaciones futuras podrían explorar si la legislación en materia de vivienda de otros países es receptiva y apropiada para un enfoque orientado a la solución de la conducta vinculada a la vivienda.