Sustento del uso justo de Materiales Protegidos

derechos de autor para fines educativos

UCI
Universidad para la Cooperación Internacional

UCI
Sustento del uso justo de materiales protegidos por
derechos de autor para fines educativos

El siguiente material ha sido reproducido, con fines estrictamente didácticos e ilustrativos de los temas en cuestión, se utilizan en el campus virtual de la Universidad para la Cooperación Internacional – UCI – para ser usados exclusivamente para la función docente y el estudio privado de los estudiantes pertenecientes a los programas académicos.

La UCI desea dejar constancia de su estricto respeto a las legislaciones relacionadas con la propiedad intelectual. Todo material digital disponible para un curso y sus estudiantes tiene fines educativos y de investigación. No media en el uso de estos materiales fines de lucro, se entiende como casos especiales para fines educativos a distancia y en lugares donde no atenta contra la normal explotación de la obra y no afecta los intereses legítimos de ningún actor.

La UCI hace un USO JUSTO del material, sustentado en las excepciones a las leyes de derechos de autor establecidas en las siguientes normativas:

a- Legislación costarricense: Ley sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, No.6683 de 14 de octubre de 1982 - artículo 73, la Ley sobre Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual, No. 8039 – artículo 58, permiten el copiado parcial de obras para la ilustración educativa.
b- Legislación Mexicana; Ley Federal de Derechos de Autor; artículo 147.
c- Legislación de Estados Unidos de América: En referencia al uso justo, menciona: "está consagrado en el artículo 106 de la ley de derecho de autor de los Estados Unidos (U.S,Copyright - Act) y establece un uso libre y gratuito de las obras para fines de crítica, comentarios y noticias, reportajes y docencia (lo que incluye la realización de copias para su uso en clase)."
d- Legislación Canadiense: Ley de derechos de autor C-11– Referidos a Excepciones para Educación a Distancia.
e- OMPI: En el marco de la legislación internacional, según la Organización Mundial de Propiedad Intelectual lo previsto por los tratados internacionales sobre esta materia. El artículo 10(2) del Convenio de Berna, permite a los países miembros establecer limitaciones o excepciones respecto a la posibilidad de utilizar lícitamente las obras literarias o artísticas a título de ilustración de la enseñanza, por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales.

Además y por indicación de la UCI, los estudiantes del campus virtual tienen el deber de cumplir con lo que establezca la legislación correspondiente en materia de derechos de autor, en su país de residencia.

Finalmente, reiteramos que en UCI no lucramos con las obras de terceros, somos estrictos con respecto al plagio, y no restringimos de ninguna manera el que nuestros estudiantes, académicos e investigadores accedan comercialmente o adquieran los documentos disponibles en el mercado editorial, sea directamente los documentos, o por medio de bases de datos científicas, pagando ellos mismos los costos asociados a dichos accesos.

Revista Crítica Penal y Poder
2015, nº 9
Septiembre (pp.102-144)
Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos
Universidad de Barcelona
(cc) BY-NC-ND

ACTUARIALISMO PENITENCIARIO. SU RECEPCIÓN EN ESPAÑA[1]

PENAL AND PENITENTIARY ACTUARIALISM. ITS ADOPTION IN SPAIN

Iñaki Rivera Beiras

Observatori del Sistema penal i els Drets Humans
Universitat de Barcelona

RESUMEN

El presente ensayo examina el desembarco en España (y particularmente en Cataluña) del llamado "actuarialismo penal y penitenciario" tanto en el ámbito de adultos cuanto en el propio de la justicia juvenil. Se examina especialmente el tránsito que se ha verificado en la última década procedente de Estados Unidos, Canadá e Inglaterra de una particular forma de gestión punitiva basada en el enjuiciamiento de los niveles de riesgo que presentan los sujetos a los que se les aplican diversos baremos de medición de supuestos peligros de reincidencia delictiva o quebrantamiento de condenas. En esa dirección, no sólo se demuestra que semejante procedimiento carece de bases científicas, sino que ni siquiera es novedoso al hundir sus raíces en los precedentes ya centenarios de un derechos penal de autor acuñado en tiempos del positivismo criminológico y acentuado con la posterior Escuela de Chicago. No por ello deja de cumplir una clara finalidad ideológica de gobierno disciplinario de la institución carcelaria al tiempo que ha supuesto un nivel de gerencialismo carcelario que permite presentar resultados estadísticos con apariencia de

[1] El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D+i: "¿*RESOCIALIZACIÓN O INCAPACITACIÓN? SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA PENITENCIARIO ESPAÑOL ANTE LAS NUEVAS REALIDADES DELICTIVAS Y DEMANDAS DE SEGURIDAD,* con referencia DER2011-27337, del Ministerio de Economía y Competitividad. Investigación dirigida por José Ignacio Rivera Beiras. Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona (UB).

eficacia. Se concluye señalando cómo todo ello disminuye aún más el estatuto jurídico de las personas privadas de libertad

Palabras clave: actuarialismo, riesgo, cárcel, derechos humanos

ABSTRACT

This essay examines the arrival of the so called "criminal and penitentiary actuarialism" in Spain (and particularly in Catalonia) in adult's jurisdiction but also in the juvenile justice system. It is focused on a particular form of punishment inherited from the United States, Canada, and England in the last decade, based on the prosecution of the risk levels presented by the subjects to whom are applied different measurement standards of alleged danger for recidivism or sentence violation. This direction, has not only demonstrated that this procedure lacks scientific basis, but also it is either groundbreaking as its roots are deeply grounded in centenarian precedent of a copyright criminal law coined in times of positivist criminology and after emphasized in the Chicago School. Nevertheless, it does fulfill a clear ideological purpose of disciplinary government of the prison institution at the same time of supposing prison managerial levels that allow presenting ostensible statistical results of efficiency. As a conclusion it is pointed out how all in all diminishes the legal status of the people deprived of freedom.

Key words: actuarialism, risk, prison, human rights

1. Unas notas preliminares (y personales) de contexto.

Examinar el sistema penitenciario español de las últimas décadas con el fin de poder indicar sus transformaciones y escenario(s) contemporáneo(s) en el campo estrictamente tratamental es lo que haré de modo necesariamente panorámico en este ensayo[2].

Esa historia, en mi caso personal, comencé a recorrerla hace exactamente 30 años justo en el momento en que se producía un acontecimiento singular, cual era la asunción de competencias de ejecución penitenciaria por parte de Cataluña (en enero de 1984). Asimismo, eran tiempos entonces de creación de los primeros Juzgados de Vigilancia Penitenciaria y en la ciudad de Barcelona sólo había uno (con muy escaso personal) y con un Fiscal adscrito. Esos órganos era quienes se ocupaban de las cartas y peticiones que les llegaban de los presos. Antonio Doñate y Carlos Jiménez Villarejo estaban al frente del Juzgado y Fiscalía de Vigilancia Penitenciaria, respectivamente. Con ellos, como joven abogado que en 1985 empecé a dedicarme a la defensa de los derechos fundamentales de

[2] Agradezco especialmente a Paola Oviedo por los materiales aportados al presente ensayo, así como por sus precisiones específicas.

las personas privadas de libertad, no sólo aprendí muchísimo desde un punto de vista técnico legal (ya que la ejecución penal y el derecho penitenciario prácticamente ni se conocían entonces en Cataluña, ni se enseñaba en las Universidades, ni los abogados se dedicaban a seguir atendiendo a los presos que habían antes defendido tras la firmeza de una sentencia condenatoria con la consecuente soledad jurídica en la que quedaban durante la ejecución penal), sino también me transmitieron la importancia de seguir velando por tales derechos durante la ejecución de la pena. Quiero decir que ya entonces nos preocupó fuertemente el estatuto jurídico de los presos condenados. Durante algo más de una década me dediqué profesionalmente a ello como abogado en la fase de la ejecución penal. El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria era el único al que no concurrían abogados, sólo familias, casi siempre mujeres, madres y compañeras de presos (entonces fundamentalmente pobres, gitanos y en general muy castigados por la heroína). En aquel año de inicio profesional llegué a comparecer ante la entonces recién creada *Direcció General de Serveis Penitenciaris* en defensa de algún recluso que reclamaba contra una regresión de grado (algo habitual en el presente), y tal fue la novedad de dicha comparecencia que fui formalmente advertido que no debía hacerlo y se me podría llegar a sancionar (vía Comisión Deontológica del Colegio de Abogados de Barcelona) si persistía en mi actitud. Los antes mencionados magistrado y fiscal me ayudaron a solventar aquella situación que no llegó a mayores, sino que puso de manifiesto sencillamente que nadie lo había hecho antes y que en realidad no estaba "pretendiendo inmiscuirme en los procedimientos de la Administración penitenciaria" (como se me advirtió por escrito), sino que estaba ejerciendo un legítimo derecho de defensa que hasta el momento no se había ejercido en esos términos. La anécdota no muestra más que la novedad de una situación aún inmadura, la tradicional autonomía con que la Administración se había desenvuelto y la impericia y los temores de un joven que tenía todo por aprender entonces.

En algunas conversaciones mantenidas con Antonio Doñate y Carlos Jiménez Villarejo, así como con los presos que visitaba periódicamente[3], en los escritos que iba presentando al Juzgado (recurriendo denegaciones de permisos de salida o mantenimientos en grados de clasificación penitenciaria fundamentalmente) y en los dictámenes y resoluciones que el magistrado y fiscal firmaban, casi siempre resaltaba el hecho de la "vaguedad" o imprecisión de los conceptos empleados por las autoridades carcelarias para fundamentar las denegaciones que impugnaba. Se empleaban expresiones tales como "no hará buen uso del permiso", o "prisionización", o "pertenencia a ambientes marginales" y similares. Frente a ello, nuestra queja residía en el hecho de que semejantes expresiones no se fundamentaban suficientemente, o mostraban un excesivo "subjetivismo" en lugar de proceder a objetivar si el preso cumplía o no los mínimos legales para la obtención del beneficio penitenciario, o que ello parecía permitir la entrada de una dirección psicológica que iría en detrimento de unos derechos subjetivos que pretendíamos revaluar.

[3] Casi todos en la cárcel Modelo de Barcelona, pues aún no se había dado inicio a toda la gran construcción penitenciaria posterior.

Mucho tiempo ha pasado desde entonces. Muchas cosas han cambiado pero muchas también permanecen. La problemática de los derechos fundamentales de los presos, ha centrado mi vida profesional como abogado primero y como investigador y profesor universitario después y hasta ahora. Durante el período de formación doctoral, pude recorrer varias capitales europeas, y conocer experiencias diversas sobre dicha temática, italianas, alemanas, británicas, belgas y holandesas y comprobar que los problemas antes señalados se repetían, con algunos matices. Sobre ese objeto de estudio centré mi tesis doctoral "discutiendo" la interrelación que en el ámbito de la ejecución penal se produce entre las definiciones jurídicas –de auténticos derechos subjetivos de los internos- con las categorías psicológicas que entendía, les devaluaban –como simples beneficios penitenciarios-. En realidad, como puede observarse, tras ese debate subyace otro de mayor calado, cual es la tensión entre un "derecho penal de acto" y un "derecho penal de autor", cuando ambos se refieren a la etapa procesal de la ejecución penal. La naturaleza jurídica de esta última siempre estuvo en cuestión como resultado de lo que se está señalando.

En la posterior vida académica y a través de diversos proyectos de investigación, nacionales y europeos, he podido ir comprobando cómo se ha acentuado la dialéctica comentada cuando, en las Administraciones penitenciarias española y catalana, han ido penetrando orientaciones "actuariales" en el ámbito carcelario. De ello tratará el presente artículo. Convendrá, antes, desde un plano epistemológico situar qué se entiende por la dirección "actuarial", sus contornos culturales y principales rasgos.

2. La Criminología y la Penología actuarial.

Aunque, como se verá más adelante, el paradigma actuarial es más antiguo si se le rastrea con cuidado, ha sido a partir fundamentalmente de Beck cuando se acuña la expresión "sociedad del riesgo" (1998). La distribución de los riesgos de las sociedades de la Modernidad tardía, afirma el citado autor, hace necesario desarrollar técnicas para su averiguación, medición e incluso predicción, para poder "manejar" los riesgos eficazmente. También la Política criminal, la Criminología y la Penología se han visto afectadas por este paradigma. Veamos para empezar algunas notas de su influencia en el campo criminológico. Como ha indicado Nicolás (2005), de entre las primeras teorizaciones sobre actuarialismo cabe destacar las de Malcom Feeley y Jonathan Simon efectuados a principios de los noventa quienes bautizaron estas novedosas tendencias de la política criminal con el término *new penology*. La "nueva penología" surgiría en los Estados Unidos hacia el final de los años setenta y se extendería posteriormente por todo el mundo occidental. Su lógica actuarial modificaba los presupuestos básicos del sistema penal sobre los que se había desarrollado la penología durante el siglo XX (Feeley y Simon 1995: 99). La nueva penología es descrita de la siguiente forma por los citados autores:

"La justicia actuarial es nebulosa, pero significante. La justicia actuarial envuelve el cómo concebimos y hablamos sobre política criminal, pero no es una ideología en el sentido estrecho de un conjunto de creencias e ideas que restringen la acción. Envuelve prácticas, pero no es reductible a una tecnología específica o conjunto de comportamientos. En verdad, es poderosa y significante precisamente porque carece de una ideología bien

articulada y de una identificación con una tecnología específica. Su amorfia contribuye a su poder" (cit. en Zysman 2004).

En la historia de las compañías de seguros, el "actuario" era el encargado de realizar un catálogo de los riesgos que podrían darse ante determinadas circunstancias (desde el siglo XIX en adelante podía tratarse de asegurar los riesgos de la navegación, de crear un negocio, más tarde de conducir un automóvil, etc.). La historia de la *assicurazioni* pone de relieve que hicieron el "milagro" de transformar un peligro abstracto en dinero, vía contratación y pago de un póliza que "aseguraba" responsabilidades frente a eventuales riesgos que podían producirse (o no). Más tarde, el actuario vió ampliado enormemente su espectro de actuación comercial.

Continía Nicolás señalando que a la nueva penología le corresponden nuevos discursos, nuevos objetivos y nuevas técnicas. Su lenguaje es actuarial, esto es, de cálculos probabilísticos y distribuciones estadísticas aplicables a la población, que proporcionarán una forma de visualizar a la sociedad, en categorías y subpoblaciones según criterios de riesgo. El discurso es similar al de la responsabilidad extracontractual; sin principio de culpabilidad y en base al principio de utilidad social (Ibid.: 37-39). En el ámbito político criminal y criminológico, el objetivo de la justicia actuarial es el manejo de grupos poblacionales clasificados e identificados previamente como peligrosos y riesgosos. La identificación y manejo de estos grupos se realiza por medio de técnicas de vigilancia y control, a través de estadísticas de clasificación y agrupación en base a su potencial desestabilizador. El objetivo es perfilar medidas que neutralicen el riesgo (Lea 2004) confiando en la capacidad predictiva de los métodos estadísticos (Logan 2000: 595). En estos procesos de identificación, clasificación y manejo, la informática y las nuevas tecnologías constituyen un indispensable instrumento para el almacenaje y procesamiento de datos (perfiles, antecedentes delictivos, educación, lugares de residencia, etc.) y para una más eficaz vigilancia y control. En sus aplicaciones penológicas, por ejemplo, caben citar los casos de Estados Unidos, Canadá y Reino Unido, adonde en las últimas dos décadasse utilizan métodos actuariales para gestionar la reincidencia de los delincuentes sexuales que ya han cumplido condena (Hood 2002; Logan 2000). El riesgo que pretenden gestionar, tomando a los delincuentes sexuales como grupo (Logan 2000: 605), es aquél consistente en las elevadas tasas de reincidencia que parecen constatarse en este colectivo .

Ha sido Brandariz quien, entre otras, en su reciente obra *El gobierno de la penalidad. La complejidad de la Política criminal contemporánea* (2014), ha realizado un vasto examen del actuarialismo. Brandariz comienza por señalar que, aunque anterior, ha sido desde la *Gran Recesión* cuando de modo decidido se ha consolidado un modelo gerencial y de gestión del riesgo en la penalidad post-moderna (cit: 15). Para el citado autor, uno de los rasgos de la transformación contemporánea de la política criminal reside justamente en "la progresiva organización del contro penal en función de la gestión de riesgos" (cit: 46) aplicada a grupos humanos con específicos "niveles de peligrosidad" (ibidem). Y añade, "por lo demás, la orientación de las políticas de prevención y control en función de grupos se deriva de la progresiva afirmación de la gestión de riesgos como principal labor del

sistema penal en el contexto neoliberal de las últimas décadas". De ello subyace, continúa, una racionalidad económica preocupada por los niveles de delincuencia admisibles y por los costes del combate al delito (cit: 47). Una política semejante ha abierto también el paso a la entrada del sector privado en la gestión penal y a la cada vez mayor colaboración entre Gobiernos, Universidades y Compañías Aseguradoras y de *Consulting* que se asocian para la elaboración de nuevos instrumentos actuariales de medición de riesgos. Asimismo, agrega el citado autor, en la construcción de estos peligros y riesgos siempre han jugado un papel determinante los medios de comunicación para la difusión de alarmas sociales (cit: 92).

Ahora bien, Brandariz resalta el hecho (y esto será retomado más adelante), de que en realidad la afirmación de la gestión del riesgo no ha supuesto una superación completa del paradigma reintegrador otrora hegemónico, sino una cierta convivencia entre ambos planteamientos (cit: 108). Sin duda, como él afirma, la retórica rehabilitadora se ha mostrado más firme de lo que cabría haber supuesto por su innegable capacidad de producir una narrativa de utilidad para el sistema penal, atractiva para el público y para los gestores políticos. A partir de allí Brandariz, con cita de Harcourt (2007) indica que se trata de una

"tendencia caracterizada por el uso de métodos estadísticos en vez de clínicos consistentes en amplias bases de datos, para determinar los diferentes niveles de actuación criminal relacionados con uno o más rasgos grupales, a los efectos (1) de predecir la conducta criminal pasada, presente o futura, y (2) de administrar una solución político-criminal".

Añade Brandariz que ese recurso a la metodología estadística para la realización de evaluaciones y predicciones de riesgo "expresa un anhelo de certidumbre propio de un cierto neopositivismo penal" (cit: 111). Es importante destacar que Brandariz argumenta acerca de la falsedad de una pretendida noción neutra o avalorativa de la elección de los riesgos y de su manejo.

"El riesgo y su activación en clave de control social son construcciones colectivas, preñadas de elementos culturales, morales y políticos, en los que operan de manera relevante consideraciones de género, etnia y clase. En este punto es imprescindible tomar decisiones normativas, relativas a qué debe ser valorado como riesgo, qué riesgos deben ser priorizados, qué ha de ser considerado como un nivel de riesgo admisible, qué se entiende por seguridad, o quién produce riesgos y quién ha de ser protegido frente a ellos. Por ello, el diseño del control penal en clave de administración de riesgos responde a elecciones y racionalidades netamente políticas" (cit: 113-114)[4].

La irrupción de esta racionalidad punitiva, suele ser identificada a partir de las tendencias norteamericanas propias de la llamada *neutralización selectiva* que hacia finales de la década de 1970 y primeros años de la siguiente pretendió indagar qué grupos de infractores, por presentar elevados niveles de riesgo delictivo, han de recibir una mayor penalidad que otros. Citando los trabajos seminales de Greenwood (de 1982), Brandariz recuerda cómo se

[4] En realidad, como bien indica el citado autor, esta elección se inscribe en la más amplia propia de las tesis del *New Public Management*, racionalidad neo-liberal propia de la reorganización administrativa en la preocupación economicista por los costes de las políticas públicas y la contención del gasto (cit: 116).

articularon los "perfiles de riesgo" en aras a diseñar mayores cuotas de rigor penal[5]. Y concluye advirtiendo que la determinación de la sanción neutralizadora en atención a este tipo de perfiles vulnera el principio de proporcionalidad con la gravedad del delito y de responsabilidad por el hecho (recordar lo antes señalado sobre la dialéctica *derecho penal del hecho-derecho penal de autor*). "En efecto, el infractor es sancionado por una presunción de riesgo proyectada hacia el futuro, es decir, por algo que todavía no ha cometido" (cit: 193). Claro, como ya se dijo, desde la histórica lógica de las *assicurazioni* los efectos derivados de los riesgos podían verificarse, o no.

Como se ve, muchas pretensiones están detrás del actuarialismo y se combinan diversas racionalidades que, todas, pretenden ser abordadas bajo su óptica. De una parte, el manejo de poblaciones, de otra, manejar el flujo de la población encarcelada, pero todo ello unido por el anhelo clasificatorio y el empleo de la estadística. No menos importante son sus funciones simbólicas en aras a producir un relato de utilidad social que guíe el gobierno de la penalidad. No obstante, como se verá más adelante, no todo es en realidad tan novedoso si no que hunde sus raíces en concepciones y en herramientas más antiguas, también propias de la cultura penal norteamericana y británica. En tanto, parece oportuno regresar a España y ver qué anclaje pueda tener una racionalidad, en principio, muy dispar a la tradición constitucional que pasará a ser abordada para ver, más adelante, el devenir del sistema penitenciario nacional.

3. España. La reforma constitucional. Principios para un sistema penal de un Estado social y democrático de derecho.

Como es sabido, la Constitución Española fue promulgada en 1978, adoptando España la forma-Estado *social y democrática de derecho*: el "constitucionalismo social", aunque de modo tardío respecto de otros ámbitos, había sido inaugurado en España. La Constitución estableció una serie de principios que habrían de orientar la conformación y funcionamiento del sistema de justicia penal del nuevo Estado: los principios de legalidad y de proporcionalidad de las penas, la abolición de la pena de muerte y de la tortura, la finalidad resocializadora atribuida a las penas privativas de libertad y la consagración de un amplio catálogo de derechos fundamentales y garantías procesales para todos los ciudadanos, constituyen algunos ejemplos de la incorporación en España de los más modernos principios de actuación de un sistema penal propio de aquella forma-Estado. Especial importancia cobró la constitucionalización del estatuto jurídico de las personas condenadas con pena de privación de libertad.

[5] Como recuerda al efecto Zysman, Greenwood afirmaba que si en ese momento se llevaba al doble la extensión de las sentencias a prisión de todos los condenados de alto riesgo que se encontraban encarcelados en la prisión de California, y se reducía a la mitad el tiempo de detención a los de riesgo atenuado, el índice delictivo podría disminuir en un 15 % y la población en las prisiones en un 5% (2013:60)

Conviene recordar el reconocimiento constitucional, así como las ambigüedades y límites del mismo (de lo que me he ocupado largamente en otros textos[6]): "El condenado a pena de prisión gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y a ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como el acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad". Asimismo, y en relación con todo ello y por cuanto se verá más tarde, conviene recordar que el art. 16. 1 y 2 de la CE, respecto al denominado "principio del hecho o del acto" establece que "se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto (...). Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias"

Con semejantes principios inspiradores, desde comienzos de 1978, se pondría en marcha la operación de reforma penitenciaria que culminaría al año siguiente con la aprobación de la Ley Penitenciaria que impulsó, fundamentalmente, el entonces Director General de Instituciones Penitenciarias, Carlos García Valdés.

3.1 El tratamiento penitenciario en las disposiciones normativas.

Como largamente ha puesto de manifiesto García Borés (2008), el término "tratamiento" se utiliza en el ámbito penitenciario en distintos sentidos. Se usa tanto para delimitar una serie de actividades que se desarrollan en el interior carcelario, para hacer referencia al núcleo argumental de las decisiones que se toman sobre los presos penados, como para denominar al personal responsable de éstas actuaciones.

Es por esta razón que el tratamiento tiene, asimismo, un especial protagonismo en la pugna dialéctica entre los que avalan la actual intervención y los que la critican. Los primeros, habitualmente con alguna responsabilidad en su implementación, defienden los resultados de determinados programas; los otros, oponen desde las incongruencias del propio texto legal (Mapelli 1989), el papel del tratamiento como instrumento disciplinario (Baratta 1991, Pavarini 1987, Manzanos 1991), las connotaciones ideológicas de la intervención (Bergalli 1986, 1987), hasta las contradicciones e irregularidades de la misma (García-Borés 1993a, 1993b) o su contribución en la «devaluación» de los derechos fundamentales (Rivera Beiras 1992). En todo caso, el presente texto se limita a exponer las acotaciones normativas del tratamiento penitenciario y a ilustrar su aplicación mediante el seguimiento de los pasos por los que transcurre un preso «tipo», desde que es encarcelado en adelante, con el fin de ver, más tarde, cómo se ha insertado en ello el actuarialismo penitenciario en España.

3.2 El desarrollo legislativo.

El mandato constitucional de la reinserción social es retomado por la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) 1/1979, de 26 de septiembre, al definir como finalidad primordial de

[6] Cito, por todos, *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política Penitenciaria* (2008 y 2009). Tomos I y II.

las instituciones penitenciarias la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, dejando en segundo término la retención y custodia de detenidos, presos y penados. La interpretación legislativa de la pretensión del artículo constitucional queda manifiesta en los arts. 59, 60 y 61 de la LOGP que dotan de contenido al tratamiento. En ellos se exponen una serie de metas que éste debería obtener, entre las que cabe destacar la pretensión de hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley, la de desarrollar en él una actitud de respeto a sí mismo y de responsabilidad individual y social con respecto a los demás (art. 59.2), o la de ser capaz de llevar, con conciencia social, una vida sin delitos (art. 61.1), redacciones que muestran claramente que la intervención tratamental se inspira en una filosofía resocializadora. Para la consecución de tales objetivos, se intentará conocer y tratar la personalidad y ambiente del penado (art. 60.1), utilizando todos los métodos de tratamiento y los medios que se consideren oportunos (art. 60.2). Se contempla, además, que el interno participe en la planificación y ejecución de su tratamiento (arts. 4.2 y 61.1), y se pretende atender a la satisfacción de sus intereses personales en la medida en que sea compatible con las finalidades del mismo (art. 61.2).

Lógicamente, toda la actividad penitenciaria debe ajustarse a lo que indican los arts. 2 y 3 de la ley que, reflejando asimismo el mandato constitucional, establecen que la privación de libertad debe respetar los derechos fundamentales de los reclusos, de modo tal que éstos han de poder ejercitar sus derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, respetándose su personalidad y el conjunto de derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena y, destaco en especial, sin que deba establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, u otra condiciones o circunstancias de análoga naturaleza. Por otra parte, la actividad penitenciaria debe desarrollarse con las garantías suficientes y dentro de los límites establecidos por la Ley, los reglamentos y las sentencias judiciales (art. 2), velando, la Administración penitenciaria, por la vida, integridad y salud de los internos (art. 3), no pudiendo ser sometidos a malos tratos de palabra u obra (art. 6) aunque, a pesar de ello, la legislación permite el empleo de medios coercitivos en ciertas situaciones según lo dispuesto por el art. 45.

Junto a estos derechos reconocidos a los reclusos, éstos están sujetos a unas obligaciones, de acuerdo al art. 4.1. Así, los internos deberán permanecer en el establecimiento a disposición de la autoridad que hubiese decretado su internamiento hasta el momento de su liberación, debiendo acatar las normas de régimen interior, reguladoras de la vida del establecimiento. Se les exige, además, el mantenimiento de una actitud de respeto y consideración con los funcionarios de instituciones penitenciarias y autoridades judiciales o de otro orden, así como presentar una conducta correcta con sus compañeros de internamiento. Ahora bien, estas obligaciones, en el caso de los internos sometidos a régimen de prisión preventiva, han de adecuarse a la naturaleza de tal situación (art. 5), contemplando el principio de la presunción de inocencia.

Enmarcada así la actividad penitenciaria y por lo tanto, también la del tratamiento, la ley establece las condiciones en que éste debe desarrollarse (art. 62). Unas condiciones que, como se verá, evidencian la naturaleza psicológica de esta intervención. De entre ellas cabe destacar las siguientes:

a) Debe basarse en un estudio científico de la constitución, el temperamento, el carácter, las aptitudes y las actitudes del sujeto a tratar, así como de su sistema dinámico-motivacional y del aspecto evolutivo de su personalidad, para llegar a un enjuiciamiento global de la misma.

b) Debe guardar relación directa con un diagnóstico de personalidad criminal y con un juicio pronóstico inicial, que deben realizarse a partir del estudio anterior, así como del resumen de su actividad delictiva y de todos los datos ambientales, ya sean individuales, familiares o sociales, del sujeto.

c) Debe ser individualizado, pudiendo utilizarse métodos médico/biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales, según la personalidad del interno.

d) Debe ser programado, es decir, debe ajustarse a un plan predeterminado, teniendo un carácter continuo y dinámico, dependiente de la evolución de la personalidad del interno.

Estos principios que deben orientar el tratamiento, se posibilitan a través de la tarea clasificatoria de la población reclusa, estableciendo que, tras la adecuada observación del penado, se realizará su clasificación, destinándose al establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al tratamiento que se le haya señalado y, en su caso, al grupo o sección más idóneo dentro de aquél (art. 63). Además de estas condiciones, para la clasificación también se tomará en consideración la duración de la pena, el medio al que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso. Esta actividad clasificatoria se refiere exclusivamente a los reclusos penados, ya que la observación de los presos preventivos se limita a recoger la mayor información posible (mediante datos documentales, entrevistas y observación directa del comportamiento), siempre que sea, lógicamente, compatible con la presunción de inocencia (art. 64.1).

Continúa García Borés señalando, respecto de los penados, que una vez dictada sentencia condenatoria, se completará la información anterior con el estudio científico de la personalidad, la determinación del tipo criminológico, el diagnóstico de capacidad criminal y de adaptabilidad social, y se realizará la propuesta razonada de grado de tratamiento y de destino al tipo de establecimiento que corresponda (art. 64.2). Clasificación que podrá ser modificada en función de la evolución del tratamiento (art. 65.1), en el sentido de observarse una modificación de aquellos sectores o rasgos de personalidad relacionados con la actividad delictiva (art. 65.2). Esta revisión debe efectuarse cada seis meses como máximo según el art. 65.4, de modo que los internos deberán ser estudiados individualmente para reconsiderar su anterior clasificación. Por el contrario, la regresión de grado procederá cuando se aprecie en el interno una evolución desfavorable de su personalidad (art. 65.3).

El tratamiento, pues, se organiza en un sistema penitenciario progresivo, distribuido en grados (primero, segundo, tercero y libertad condicional) de tratamiento que se asignan a

los internos. El significado y contenido de cada uno de estos grados se regula por el art. 72, estableciéndose que el primer grado se corresponde con régimen cerrado y el segundo y tercero con régimen ordinario y abierto, debiéndose ubicar al interno en el grado que le corresponda, y no en otro, por su evolución en el tratamiento. Antes de la puesta en libertad del recluso, se deberá emitir un pronóstico que evalúe las posibilidades de reincidencia en la comisión de nuevos delitos (art. 67), que también se utilizará para la concesión de la libertad condicional.

La concreción de la intervención tratamental, agrega García Borés (op. cit.), en términos de Programas a implementar y orientaciones teóricas que los sustenten, es competencia de las Administración Penitenciarias correspondientes. Aún así, la Ley Penitenciaria ya establece una serie de recompensas y beneficios penitenciarios, que intentan desarrollar los principios rectores que orientan la finalidad rehabilitadora, imponiendo así la estrategia premial que ha sido objeto de numerosos debates.

De este modo, la ley indica que deben estimularse aquellos actos que pongan de relieve buena conducta, espíritu de trabajo y sentido de responsabilidad en el comportamiento personal y en las actividades organizadas del establecimiento (art. 46). Asimismo, se contempla la posibilidad de conceder permisos de salida temporales de la prisión de acuerdo con los arts. 47 y 48.

Todo el conjunto de tareas las realizarán los equipos cualificados de especialistas y, con el fin de coordinar las actividades propias del tratamiento, la legislación prevé la existencia de un organismo central de observación, cuyas funciones se regulan en el art. 70.

3.3 Síntesis del curso (normativo) del tratamiento penitenciario.

Como sigue indicando García Borés (op. cit.), puede ser importante realizar siquiera una breve descripción del tratamiento a partir del Reglamento Penitenciario de 1996, mediante un seguimiento del proceso por el que pasaría un interno «tipo» desde que entra en prisión, cuanto menos oficialmente, prescindiendo por tanto de las formas especiales de ejecución. En cada aspecto descripto, se presenta la referencia normativa correspondiente a los artículos del Reglamento Penitenciario.

Separación interior, observación y régimen penitenciario. Cuando un interno llega a un Centro Penitenciario debe ser ubicado en el Departamento de Ingresos, donde sea examinado por un médico y entrevistado por un trabajador social y por un educador, quienes han de emitir una propuesta de separación interior [RP.20.1] en el caso de ser preso preventivo, mientras que en el caso de estar penado también es entrevistado por un psicólogo y un jurista criminólogo [RP.20.2].

Existen tres tipos de régimen penitenciario en que puede desarrollarse la vida del preso: Ordinario, Abierto y Cerrado. El régimen ordinario se aplica a los penados clasificados en segundo grado de tratamiento a los penados sin clasificar y a los preventivos; el régimen

abierto se aplica a los penados clasificados en tercer grado que puedan continuar su tratamiento en semilibertad; y el régimen cerrado se aplica a penados clasificados en primer grado, así como a preventivos, ya sea por su peligrosidad extrema o por manifiesta inadaptación a los regímenes anteriores [RP.74]. El reglamento también contempla un régimen abierto restringido para determinados casos [RP.82], así como dos modalidades para el régimen cerrado [RP.91]: módulo de régimen cerrado y departamentos especiales, en las condiciones establecidas en los artículos [RP.94 y RP.93] respectivamente.

Clasificación en grado de tratamiento. Cuando llega a la cárcel el testimonio de la sentencia condenatoria, la información recogida hasta este momento se completa con un estudio científico de la personalidad y del historial individual, familiar, social y delictivo [RP.102], para su clasificación inicial bajo los criterios descriptos en el mencionado artículo. Los grados de tratamiento en los que se clasifica al interno como sistema de individualización científica, así como el régimen que conllevan, son los siguientes [RP.101-102]:

- *Primer grado:* determina la aplicación de las normas del régimen cerrado, ya que se reserva este grado a quienes son considerados peligrosos o inadaptados al régimen penitenciario [RP.102]. No pueden disfrutar de permisos de salida y, en general, tienen una gran limitación de actividades.

- *Segundo grado:* Implica la aplicación de las normas del régimen ordinario, siendo el grado en que se encuentran la mayor parte de los reclusos [RP.102]. Pueden obtener permisos de salida de hasta 36 días, a partir de tener extinguida una cuarta parte de la condena y no se observe mala conducta [RP.154.1].

- *Tercer grado:* determina la aplicación del régimen abierto en cualquiera de sus modalidades [RP.102]. Puede obtener permisos de salida de hasta 48 días a partir de tener extinguida una cuarta parte de la condena y no se observe mala conducta [RP.154.1], además de los permisos de fines de semana propios del régimen abierto [RP.87].

El tratamiento y su evolución. La regulación de los programas viene dada por los [RP.113-117]. Se asigna a cada interno el programa de tratamiento a seguir, quedando bajo control de un profesional del Equipo técnico, quien irá recogiendo datos sobre la evolución del interno [RP. 1121]. El interno puede rechazar la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad, sin tener consecuencias disciplinarias, regimentales, ni de regresión de grado [RP.112.3]. Deberá asimismo tener conocimiento de los resultados de la exploración de cada especialista, salvo razones especiales [RP.112.2].

La evolución del tratamiento determinará una nueva clasificación. Cada seis meses, como máximo, la Junta de Tratamiento realiza un informe consistente en un estudio individual de la evolución del tratamiento y la consecuente revisión de grado [RP.105]. Los criterios para la progresión o regresión de grado son regulados por los [RP.106].

Como tantas veces se ha puesto de manifiesto, toda la comentada regulación legal y reglamentaria del tratamiento penitenciario, abría la puerta a particulares direcciones de la psicología con perfiles de corte clínico que tomando prestadas antiguas técnicas de corte positivista, irían adquiriendo otras formas que se comentarán a seguido.

4. La recepción en España del modelo penitenciario actuarial de gestión y predicción de riesgos.

4.1 El Hare Psychopathy Cheklist – Revised (PCL-R). Su difusión en el sistema penitenciario español.

En el ámbito norteamericano y canadiense, en 1991, se publica el *Psychopathy Cheklist-Revised* (en adelante, PCL-R) de Robert D. Hare, instrumento de una enorme difusión médico – psiquiátrica- penitenciaria en los Estados Unidos de Norteamérica y numerosos países que van a ir adoptándolo. Robert Hare es Profesor Emérito de Psicología en la Universidad de British Columbia, a la vez que Presidente del Darkstone Research Group Ltd., empresa de consultoría e investigación forense y una de las más importantes figuras en el campo de la investigación y evaluación de psicopatías en el campo de la salud mental y de la justicia penal. Con diversas re-ediciones posteriores, en 2010 es traducido y publicado en España[7]. Señalan los presentadores de esta edición, Torrubia, Poy y Moltó, que "desde su publicación en 1991, numerosos estudios han demostrado con creces su asociación con diversos perfiles delictivos y su capacidad para predecir reincidencia, quebrantamientos de condena y conducta antisocial dentro de y fuera de los centros penitenciarios" (op. cit: 10). El desembarco de este instrumento en España, relatan sus presentadores, se realizó a través de la estrategia de "realizar una versión fiel aunque no literal de los textos y se tuvieron en cuenta las diferencias entre los códigos penales de Canadá y de España" (ibídem). Las Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior de España y del *Departament de Justicia* de la Generalitat de Cataluña hicieron posible la recepción aludida, junto al apoyo brindado por la Generalitat de Valencia, la Fundació Caixa Castelló en convenio con la Universitat Jaume I y la Fundació La Marató de TV3 (op. cit: 11).

El mencionado PCL-R es una escala de 20 items para evaluar la psicopatía en contextos de investigación tanto clínicos como forenses. El mismo emplea una entrevista semi-estructurada, datos que proceden de los expedientes y otras informaciones para evaluar rasgos de personalidad. Los ítems son los siguientes (cfr. op. cit: 15):

1 Facilidad de palabra/ Encanto superficial

2 Sentido desmesurado de autovalía

3 Necesidad de estimulación/Tendencia al aburrimiento

4 Mentiroso patológico

[7] En co-edición compartida por el Departamento de Psiquiatría y Medicina Legal de la Universidad Autónoma de Barcelona, el Departamento de Psicología Básica, Clínica y Psicobiología de la Universidad Jaime I de Castellón y el departamento de I+D+I de TEA Ediciones SAU.

5 Estafador/Manipulador

6 Ausencia de remordimiento o sentimiento de culpa

7 Afecto superficial

8 Insensibilidad afectiva/Ausencia de empatía

9 Estilo de vida parasitario

10 Pobre autocontrol de la conducta

11 Conducta sexual promiscua

12 Problemas de conducta en la infancia

13 Ausencia de metas realistas a largo plazo

14 Impulsividad

15 Irresponsabilidad

16 Incapacidad para aceptar la responsabilidad de las propias acciones

17 Frecuentes relaciones maritales de corta duración

18 Delincuencia juvenil

19 Revocación de la libertad condicional

20 Versatilidad criminal

Como puede verse fácilmente, se trata de un claro ejemplo de una estructura factorial o multifactorial que refleja aspectos interpersonales, con otros de índole afectivo, otros de conducta/estilo de vida y otros de carrera delictiva. El Manual comentado parte de la necesidad de desarrollar con rigor una etiología que permita conocer los factores biológicos, sociales, psicológicos y ambientales de las psicopatías para el desarrollo de las neurociencias cognitivas que aportarían pistas importantes para la tarea predictiva propuesta (op. cit: 25). Ello permitiría incluso, según el instrumento examinado, poder intervenir preventivamente en niños que muestren altos riesgos de desarrollar psicopatías, trastornos disociales, déficits de atención o hiperactividad (op. cit: 26).

El Capítulo 6 de la obra comentada examina la "adaptación española del PCL-R y los análisis psicométricos en muestras penitenciarias" (op. cit: 233 y ss.). Tras resaltarse los centenares de estudios llevados a cabo con este instrumento en Canadá y estados Unidos, lo cual "avala sus cualidades psicométricas y han demostrado con creces su asociación con determinados perfiles delictivos y su capacidad para predecir la reincidencia, quebrantamientos de condena y conducta antisocial dentro y fuera de los centros penitenciarios" (ibídem), el texto aboga por su decidida aplicación en la población penitenciaria española (234). Y como muestra de su éxito, se describen a continuación en dicha obra los resultados de una intervención llevada a cabo con numerosos reclusos de los Centros penitenciarios de Castellón de la Plana y Quatre Camins y Brians en Barcelona (en

muestras diferenciadas). Estas muestras se comparan en sus evaluaciones con otras muestras norteamericanas, se describe la estructura factorial (interpersonal, afectiva, estilo de vida y antisocial), se examina su validez, se detallan las variables demográficas, el historial delictivo y penitenciario de los sujetos, se efectúa una clasificación relativa a la psicopatía (alta, media o baja), se detalla la tipología delictiva y en las Conclusiones se señala que "los resultados indican que la adaptación española del PCL-R es una medida fiable y válida del constructo psicopatía en la población penitenciaria española de sexo masculino" 261). Desde el punto de vista de los correlatos criminológicos, se concluye afirmando que los datos corroboran que las puntuaciones en el PCL-R se asocian con un inicio más precoz de la carrera delictiva, con una edad de la primera detención más temprana, con el número de ingresos en prisión, con un mayor número de condenas en valores absolutos y con un mayor número de condenas no violentas por tiempo en libertad" (263), lo cual confirma la utilidad del instrumento para evaluar el constructo de psicopatía en la población penitenciaria masculina española.

Como se va viendo, la recepción en España de este tipo de enfoques, listados predictivos y consecuencias terapéuticas iba teniendo lugar. No obstante, otras iniciativas, en el particular caso de la Administración penitenciaria catalana, abundarían en su decidida adopción como enseguida se verá.

4.2 Los *checklist* de la Universidad Simon Fraser de Vancouver y su difusión en el sistema penitenciario español.

Indica Andrés Pueyo, en torno a considerar el fenómeno de la violencia, que además de las intervenciones legislativas, semejante fenómeno requiere de estrategias preventivas y predictivas (2005: V). En su presentación del instrumento HCR-20, afirma que desde hace mucho tiempo el concepto de "peligrosidad" (tanto criminal como social) constituye la base de la predicción del comportamiento violento. Así, señala que los operadores del sistema penal y penitenciario deben realizar estimaciones en torno a la peligrosidad para poder emitir juicios del riesgo futuro de violencia que, a veces, han pecado de una "sobre-estimación" de dicho riesgo, déficit que debe reducirse. Para ello, resalta el conjunto de estrategias clínicas de predicción de riesgo que en las últimas dos décadas han sido desarrolladas por investigadores de la *Universidad Simon Fraser de Vancouver* quienes, tras los pasos del psicólogo Paul Meehl de la Universidad de Minnesota adoptaron una técnica denominada "actuarial", "propia de la predicción de riesgos en otras disciplinas como la ingeniería, la economía, la meteorología y la sismología" (op. cit: VI). Esta dirección enfatiza el registro continuado e histórico de aquellos sucesos que pueden considerarse factores de riesgo de comportamientos violentos futuros. El resultado de ello, añade el citado autor, es la creación desde los años 90 de toda una serie de "guías clínico actuariales de predicción del riesgo de violencia" entre las que destaca el instrumento HCR-20 que presenta para el ámbito español en la obra comentada.

En la mencionada obra el HCR-20 es definido como un *check-list* (lista de chequeo) de factores de riesgo del comportamiento violento. Se compone de 20 items, organizados en 10 factores del pasado ("históricos"), 5 variables presentes ("clínicos") y 5 aspectos del futuro ("de gestión de riesgo"). Se destaca así que "los factores biográficos/históricos, o estáticos, tienen tanto peso como la combinación de los factores clínicos presentes y las variables de comportamiento futuro a las situaciones de riesgo" (op. cit: 13). Es así como este instrumento, en el contexto español, podría ser de aplicación para "la valoración de los permisos temporales, la libertad condicional o grado de internamiento y la selección de los candidatos a realizar salidas de la cárcel y acceso al tercer grado penitenciario y otras medidas alternativas" (op. cit: 6).

Debe señalarse que dicho instrumento puede ser también combinado con otros similares. Cabría citar el *Sexual Violence Risk* (SVR-20) que, según Redondo Illescas, también procede de la misma Universidad canadiense antes citada (2005: VI) o el *Spouse Assault Risk Assessment* (S.A.R.A.) como Manual para la Valoración del Riesgo de Violencia contra la Pareja, presentado por Ed Hlterman, sociólogo holandés que tanta influencia tendría en el asesoramiento de la Administración penitenciaria catalana como después se verá. (cfr. 2005: V y VI).

Todos estos instrumentos vienen acompañados de las plantillas en las cuales los profesionales, tras tener que puntuar ítems históricos (o fijos, propios de la biografía del sujeto evaluado) y clínicos (o variables, propios de la "clínica" de la persona), terminan con un juicio final denominado "Valoración final del riesgo" que siempre debe ser calificada como Baja, Moderada o Alta[8].

4. 3 El actuarialismo penitenciario en el Derecho penal de adultos.

4.3.1 La escala *RISCANVI.*

Como se está viendo, en la última década el desembarco de las corrientes actuariales en las cárceles españolas, basadas en el paradigma de la gestión de riesgos, ha cobrado fuerza tanto en el ámbito de un derecho penal juvenil como en el de los adultos, tanto para el *risk management* en el denominado medio abierto como en el propio de la privación de libertad de los adultos. Aunque con un uso extendido y dispar en la geografía carcelaria española, el desembarco de las corrientes actuariales en el ámbito de la ejecución penal está resultando importante. Ello sucede con particular énfasis en Cataluña donde su *Departament de Justicia* ha adoptado el paradigma predictivo importado de otros ámbitos culturales como Inglaterra, Estados Unidos de Norteamérica y Canadá. Será pertinente constatar cómo este modelo de gestión penitenciaria convive –o al menos así se pretende presentar en la retórica

[8] Todos los materiales que se citan forman parte de los materiales del *Grupo de Estudios Avanzados en Violencia* del Departamento de Personalidad, Evaluación y Tratamientos Psicológicos de la Facultad de Psicología de la Universidad de Barcelona. Dicho Grupo de Estudios ha realizado, según consta en los documentos citados, las traducciones al castellano de los materiales producidos en los distintos ámbitos culturales donde han sido originalmente publicados.

discursiva- con la finalidad reinsertadora que la CE atribuye a las penas privativas de libertad. A continuación se examinará la paulatina adopción de estos modelos actuarial-predictivos, sus principales rasgos y algunas apreciaciones sobre los mismos.

Como señala Brandariz (2014b), es especialmente a partir de los años comprendidos entre 1995-2000 cuando la población encarcelada en España experimenta un notable ascenso que no va a detenerse en toda la década hasta 2010. La preocupación de los responsables penitenciarios (de las dos Administraciones españolas) ante semejante crecimiento va siendo cada vez mayor[9]. A la vez que se aceleran planes de construcción carcelaria, semejante crecimiento penitenciario se ve acompañado en ocasiones de noticias alarmantes sobre delitos gravísimos o salidas en libertad de presos con condenas muy elevadas en su enunciado pero reducidas conforme a la ley, todo lo cual parecía –visto ahora con una cierta mirada retrospectiva- dibujar un panorama de cierto desgobierno de la penalidad carcelaria. Es en ese marco, que en el ámbito del *Departament de Justicia* de la Generalitat de Cataluña, se constituye, el 31 de julio de 2007, la *Comisión para el estudio de las medidas de Reincidencia en Delitos Graves*. Esta Comisión finalizó su trabajo estableciendo una serie de Recomendaciones, entre las que destaca y es la que aquí se examinará, la Escala denominada *RISCANVI*. Dicho instrumento predictivo fue financiado por la Generalitat de Cataluña y elaborado por el antes citado GEAV- *Grup de Estudis Avançats sobre Violéncia* de la Universitat de Barcelona, el Centro de Estudios Jurídicos de la Generalitat catalana y la empresa *Better Consultants*, Consultora con sede en Madrid y Barcelona especializada en modelos de gestión de entidades financieras y aseguradoras. De acuerdo a los propios documentos gubernamentales, no existía una "cultura de evaluación y gestión del riesgo" entre los profesionales penitenciarios. Conviene analizar un poco, en qué consiste el nuevo dispositivo.

El mismo está compuesto por dos cuestionarios de valoración del riesgo. Su versión acotada, el RISCANVI-S (*screening*) contiene los datos del interno, su edad, género, estado civil, situación procesal-penitenciaria, régimen de vida penitenciaria, tipo de delito y relación con la víctima. Posteriormente aparecen 10 items: 1) edad del primer incidente violento o inicio de las conductas violentas; 2) violencia previa (al delito principal); 3) comportamiento penitenciario anterior (faltas graves o muy graves); 4) evasiones, fugas, quebrantamientos de condena; 5) problemas con el consumo de alcohol u otras drogas; 6) problemas de salud mental anterior (diagnósticos previos de trastornos, ira, inestabilidad emocional, impulsividad); 7) intentos o conductas de autolesión previos; 8) falta de soporte familiar y social, falta de una red relacional; 9) problemas de índole laboral; 10) ausencia de planes de futuro. Estos ítems van orientados a "medir" la violencia auto-dirigida, la intrainstitucional, la reincidencia violenta y el quebrantamiento de condena. Como puede observarse, 7 de los 10 items son de carácter "estático" y no podrán modificarse pues pertenecen a la biografía de la persona evaluada.

[9] Indica Brandariz que de poco más de 47.000 reclusos que había en las cárceles españolas en 1994, se alcanzó quince años más tarde la cifra de 77.000 presos.

Examinados y relacionados tales factores se realiza un cálculo del riesgo que dará como resultado el nivel alto o bajo del mismo. Si el resultado es bajo, el instrumento será nuevamente empleado a los seis meses. Si por el contrario, el riesgo es evaluado como elevado, entonces se le someterá al preso a otro instrumento que contiene 43 items y finalizará con una evaluación tripartita del riesgo (que se clasificará como alto, medio o bajo). Este otro instrumento es el llamado *Riscanvi complet* (Riscanvi-C). Se aplica a presos con un probable riesgo alto (de acuerdo al anterior instrumento, el Riscanvi-S). La recogida de información se obtiene a partir del expediente penal y penitenciario, de entrevistas y observaciones directas y de otras informaciones complementarias. Los aludidos ítems son:

Factores criminales/penitenciarios:

1 delito base violento

2 edad en el momento del delito base

3 intoxicación durante la realización del delito base

4 víctimas con lesiones

5 duración de la pena

6 tiempo ininterrumpido en la cárcel

7 historia de violencia

8 inicio de la actividad delictiva o violenta

9 incremento de frecuencia, gravedad y/o diversidad de los delitos

10 conflictos con otros internos

11 incumplimiento de medidas judiciales

12 expedientes disciplinarios

13 evasiones o fugas

14 regresión de grado

15 quebrantamiento de permisos

Factores personales/sociofamiliares*:*

16 desajuste infantil

17distancia entre su residencia habitual y el centro

18 nivel educativo

19 problemas relacionados con la educación

20 falta de recursos económicos

21 ausencia de planes viables de futuro

22 antecedentes delictivos en la familia de origen

23 socialización problemática en familia de origen

24 falta de soporte familiar y social

25 amistades criminales/delincuentes

26 pertenece a grupos sociales de riesgo

27 rol delictivo destacado

28 víctima de violencia de género (sólo aplicable a mujeres)

29 cargas familiares actuales

Factores clínicos/personalidad:

30 abuso o dependencia a drogas

31 abuso o dependencia a alcohol

32 trastorno mental severo

33 comportamiento sexual promiscuo

34 respuesta limitada al tratamiento psicológico o psiquiátrico

35 trastorno de personalidad relacionado con la ira

36 pobre enfrentamiento del estrés

37 intentos o conductas de autolesión

38 actitudes procriminales o valores antisociales

39 baja capacidad mental e inteligencia

40 temeridad

41 impulsividad, inestabilidad emocional

42 hostilidad

43 irresponsabilidad

Es importante destacar que de la evaluación que se haga de todos estos ítems dependerá que el preso evaluado obtenga o no, permisos de salida al exterior, progresiones en el grado de clasificación, acceso a régimen abierto y a la libertad condicional. Ya se ha mencionado cómo hace tres décadas observaba que semejantes incidentes de la ejecución penal, vitales para los presos, se veían devaluados de la categoría de *derecho subjetivo* a la de *beneficio penitenciario* como consecuencia de la subjetivización de tantos aspectos personales, familiares, sociales, ambientales, etc. Pues bien, treinta años más tarde se puede comprobar el recorrido que de la mano de las orientaciones psicológicas y actuariales ha ido trazándose en España en el ámbito de la ejecución penal.

En efecto, como se ve, se efectúa un pormenorizado enjuiciamiento –de tipo administrativo/penitenciario- sobre muchísimas facetas de una persona que, conviene no olvidarlo, ya ha sido juzgada y condenada por la comisión de un delito. Más allá del posible carácter intrusivo de un modelo semejante (solo hace falta considerar que se juzga una "promiscuidad sexual o valores antisociales", entre tantos otros), que puede poner en cuestión el derecho a la intimidad, por ejemplo, esta *psicologización* de tantos aspectos, puede entrar claramente en colisión con numerosos derechos fundamentales que la CE de 1978 establece para todas las personas, esto es, con independencia que sean personas libres o privadas de su libertad. Más adelante se volverá sobre esta cuestión; quede por ahora apuntada esta advertencia.

4.3.2 Fundamentos e importación a España del actuarialismo penitenciario.

Abundando más en torno a la recepción en España de los comentados modelos penitenciarios actuariales, puede ser importante examinar el trabajo titulado *Factores de riesgo de la reincidencia violenta en población penitenciaria*[10], debido a las consideraciones de fondo que se realizan sobre estos instrumentos. Sus autores, Nguyen, Arbach-Lucioni y Andrés Pueyo, señalan que

> "determinar qué delincuentes presentan un mayor riesgo de comisión de un nuevo delito violento tras salir de prisión es una tarea fundamental para poder prevenir dicho comportamiento. Uno de los modelos que mejor explica la adquisición y el mantenimiento de la conducta delictiva es propuesto por Andrews y Bonta (1994). Este modelo está basado en la evidencia empírica y propone la existencia de 'Cuatro Grandes' factores de riesgo relacionados directamente con el comportamiento delictivo y que, además, son los que mejor predicen la reincidencia general. El propósito de este estudio es determinar en qué grado estos cuatro factores de riesgo (historia de la conducta antisocial, redes y vínculos antisociales, actitudes antisociales y patrón de personalidad antisocial) son capaces de predecir la reincidencia violencia en una muestra de delincuentes. La historia de la conducta antisocial, así como el patrón de personalidad antisocial se mostraron estadísticamente significativos en la predicción de la reincidencia violenta, lo que sugiere que estas dos variables deberían evaluarse a fondo y tenerse en cuenta en la gestión penitenciaria, la toma de decisiones y la planificación del tratamiento de los delincuentes en prisión" (2011, 273).

[10] Publicado en la revista de Derecho Penal y Criminología, de la UNED, nº 6, 3ª Época (2011)

El citado trabajo, que se seguirá examinando aquí, señala más adelante que en la medida en que sea posible identificar a los presos que presentan un mayor riesgo para la reincidencia delictiva se podrá maximizar la eficacia de los tratamientos dirigidos a su reinserción social. Se reconoce explícitamente la vinculación de este modelo con los estudios acerca de la peligrosidad pretendiéndose así el gran anhelo deseado: combinar la gestión de riesgos con la predicción del comportamiento humano para lograr la rehabilitación y evitar la reincidencia delictiva (op.cit. 274), es decir, lograr la siempre buscada finalidad que combina eficiencia (intra-sistémica) con eficacia (extra-sistémica)¿Cómo lograr semejante finalidad?

En primer lugar los autores citados lamentan el escaso número de trabajos sobre esta materia en España[11], y abogan por la adopción del modelo propuesto hace veinte años por Andrews y Bonta (*The psycology of criminal conduct* 1994) adonde establecieron la existencia de "ocho grandes factores de riesgo" que supuestamente estaban relacionados de modo directo con la conducta delictiva y se habrían mostrado como los mejores "predictores" de la reincidencia (op.cit: 277). Tales factores constituyen todo un tratamiento acerca del concepto de la *conducta antisocial*. En efecto, se trata de los siguientes:

> "(1) las cogniciones antisociales (actitudes, valores, creencias y racionalizaciones que apoyan la delincuencia, así como estados emocionales y cognitivos de ira, resentimiento y rebeldía hacia el sistema de justicia e identificación con el rol de del delincuente), (2) las redes o vínculos antisociales (relaciones cercanas con otros delincuentes y aislamiento respecto a personas pro-sociales, así como reforzamiento social inmediato de la conducta delictiva), (3) la historia individual de conducta anti-social (inicio precoz y participación continuada en numerosos y diversos comportamientos antisociales y delictivos en diferentes situaciones, incluida mala conducta penitenciaria) y (4) el patrón de personalidad antisocial (presencia de un trastorno de personalidad antisocial según criterios diagnósticos o patrón habitual y generalizado de bajo auto-control, impulsividad, búsqueda de sensaciones, hostilidad, baja empatía, conducta problemática en la infancia y comportamiento antisocial). A esos cuatro grandes factores de riesgo, se suman otras cuatro variables o áreas completando así los "Ocho Grandes" los cuales también añaden capacidad predictiva al modelo y están constituidos por las circunstancias problemáticas en el (5) ámbito familiar (baja satisfacción marital o de pareja y/o mala calidad de las relaciones con los padres y otros familiares cercanos), (6) escolar o laboral (inestabilidad y bajos niveles de rendimiento y de satisfacción académica y/o laboral, (7) en el tiempo de ocio o recreativo (bajos niveles de implicación y poca satisfacción en actividades no delictivas durante el tiempo libre y (8) el abuso de sustancias (problemas de consumo y dependencia de alcohol y/o drogas). De esta manera, el modelo admite que existen múltiples vías para involucrarse en la carrera delictiva y que su predicción mejora en la medida en que aumenta el número y la variedad de los (ocho) factores de riesgo evaluados y la multiplicidad de fuentes de información utilizadas" (op. cit: 277-278).

[11] Se citan como antecedentes importantes los estudios que en esa línea ha patrocinado el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada (del Gobierno catalán)

Comentan enseguida los autores citados (recordando siempre el pionero trabajo mencionado de Andrews y Bonta), que pueden así fácilmente distinguirse dos órdenes de factores que pueden incrementar el riesgo de la comisión delictiva. Se trata de los "estáticos", que al formar parte de la biografía del sujeto a analizar ya no podrán modificarse ("como por ejemplo el historial delictivo" señalan en pág. 278) y de los "dinámicos" que son susceptibles de cambio a través de la intervención (identificados como "necesidades criminógenas" en pág. 278). Reconocen, no obstante, que no está claro qué tipo de factores (si los estáticos o dinámicos) contribuyen en mayor o menor medida a la predicción; se sugiere que en consecuencia ambos factores resultarán útiles a tal fin (*ibídem*).

Para ahondar más en la recepción española de los instrumentos propios del actuarialismo penitenciario, se puede destacar por ejemplo la investigación de Nguyen, Arbach-Lucioni y Andrés Pueyo sobre una muestra de 635 presos adultos que cumplían penas privativas de libertad en Cataluña entre el 1 de enero de 2003 y 31 de diciembre de 2007. Se utilizó el protocolo RISCANVI para obtener información sobre la presencia o ausencia de 43 factores de riesgo delictivos. Ello suponía la aplicación de la metodología propuesta por Andrews y Bonta y tal como señalan los tres autores citados, "se seleccionaron aquellos ítems del protocolo que coincidían con la definición que los autores (se refieren a Andrews y Bonta) propusieron para las variables 'Historia de conducta antisocial', 'Amistades antisociales', 'Actitudes antisociales' y 'Patrón de Personalidad antisocial'" (op. cit: 281). Todo ello se combinó con factores de riesgos asociados a tales variables, tales como *delito base violento, historia de la violencia, inicio de la actividad delictiva, incremento en la frecuencia, gravedad y diversidad de los delitos, conflictos con otros internos, expedientes disciplinarios, pertenencia a bandas delictivas o amistades delincuentes, pertenencia a grupos sociales de riesgo delictivo, rol delictivo destacado, actitudes antisociales y valores pro-criminales, desajuste infantil, problemas relacionados con el empleo, temeridad, impulsividad e inestabilidad emocional, hostilidad e irresponsabilidad*. Todo ello fue calificado con una "puntuación promedio en cada factor de riesgo en función de la presencia o ausencia de los ítems que lo componían" (op. cit: 281-282).

Con ello se calcularon los "índices de asociación" entre los cuatro factores de riesgo y se obtuvieron las *odds-ratio* desarrollándose una "regresión logística para evaluar la capacidad predictiva de los cuatro grandes factores de riesgo y la reincidencia violenta. Los datos fueron analizados a través del paquete estadístico PASW Statiscs 17" (ibídem).

Tabla 3. Análisis de Regresión Jerárquica de la Reincidencia Violenta sobre los Cuatro Grandes factores de riesgo

V.I.	B	ES B	Wald	p	Exp(B)	I.C. 95%
HistAntis1	1,144	,430	7,068	,008	3,139	[1,351-2,878]
HistAntis2	1,360	,418	10,580	,001	3,896	[1,717-8,840]
PersAntis1	,717	,278	6,668	,010	2,049	[1,189-3,533]
(Constante)	-3,134	,406	59,432	,000	,044	

Nota: Regresión Jerárquica con pasos sucesivos; probabilidad de entrada (p<,05) y salida p<,10); punto de corte para la clasificación=,16. V.I.: Variable Independiente; HistAntis1: Pre-encia o indicios probables de historia de conducta antisocial; HistAntis2: Presencia o evidencia lara de historia de conducta antisocial; PersAntis1: Presencia probable de algunos rasgos de per-onalidad antisocial.

En orden a evaluar la capacidad predictiva de los *Cuatro Grandes Factores de Riesgo*, el estudio comentado destaca (tras realizar unas operaciones de matemática estadística) que:

> "a partir de la ecuación se observa que la conducta antisocial pasada es la que mejor predice la reincidencia, seguida de un patrón de personalidad antisocial (…). Los valores odds-ratio nos indican que los sujetos con una historia clara de conducta antisocial tienen 3,89 veces más probabilidades de cometer un delito violento que el resto de sujetos que no presentan dicho factor de riesgo. Cuando un sujeto presenta indicios de poseer antecedentes delictivos o de conducta antisocial, el riesgo de reincidencia violenta se incrementa en 3.13 veces frente a los que no presentan una historia de conducta antisocial pasada. Respecto a la personalidad, el hecho de mostrar indicios o presencia probable de rasgos de personalidad antisocial incrementa en 2,04 veces el riesgo de reincidencia violenta en comparación con los sujetos que no presentan este patrón" (op. cit: 286).

Concluyen los citados autores alentando a los profesionales del campo penal y penitenciario a que adopten estas técnicas predictivas: "Es necesario que en España los profesionales comiencen a familiarizarse con las guías de valoración, que amplíen sus conocimientos sobre los factores de riesgo específicos que mantienen o incrementan la probabilidad del comportamiento violento y que utilicen estrategias clínico-actuariales para valorar el riesgo de violencia con instrumentos desarrollados para tal fin. Sólo así podremos mejorar nuestras predicciones y hacerlas más precisas y, por lo tanto, más eficaces a nivel de prevención e intervención" (op. cit: 290).

4.3.3 La recepción de la Criminología forense y de las neurociencias.

En una línea similar a cuanto se viene comentando, cabría citar también los aportes que Anthony Beech, del *Centre for Forensic and Criminological Psychology*, de la *School of Psychology* de la *University of Birmingham, UK*, ha realizado por ejemplo en el marco del Seminario "Evaluación del Riesgo en Violencia: Guías HCR-20, SARA y Escalas de Psicopatía"[12]. En su conferencia, titulada "Factores de riesgo para el delito y nuevos enfoques en el tratamiento", señala que el objetivo de la misma es sugerir ideas en torno a cuál puede ser el futuro camino del tratamiento, ya que "todos somos producto del desarrollo de nuestro cerebro y de su funcionamiento".

Incorporando ideas de los rápidos avances en el campo de la neurociencia, el citado autor insiste en la delimitación de lo que considera como "factores de riesgo para la conducta antisocial", con cita del *Forensic Psychology, Crime, Justice, Law. Interventions* (publicación editada por él y por Graham Davies) para lo cual recomienda la consideración de todo el *corpus* que proviene de las *forensic neuroscience.* Los aludidos "factores" son clasificados en distintas tipologías.

1 Factores de riesgo en el desarrollo

Anormalidades en el desarrollo del feto
Tabaquismo materno[13]
Síndrome de alcoholismo fetal[14]

2 Factores de riesgo perinatales

Complicaciones de obstetricia

3 Factores de riesgo postnatales

Nutrición[15]

[12] Celebrado el 26 de junio de 2014 en el marco del IL3 *Institut de Formació Contínua* de la Universidad de Barcelona.

[13] Señala al respecto que "existe una amplia evidencia que demuestra que el tabaquismo maternal durante el embarazo *predispone* al desarrollo de la conducta antisocial en los menores"

[14] Lo cual provocaría, según el conferenciante, "retraso en el crecimiento, dificultades de aprendizaje y de conducta" y añade el autor, "existe evidencia de que la exposición prenatal al alcohol *predispone* a los individuos al comportamiento antisocial".

Daño cerebral
Eventos traumáticos

Una vez clasificados los factores de la forma aludida, Beech inicia su análisis de carácter neurobiológico, a partir del estudio de "la amígdala", el "córtex del cíngulo anterior", el "córtex orbitofrontal", "la corteza insular", las "neuronas en huso" y las "neuronas espejo". En cada apartado se extraen las conclusiones que pueden ir referidas al miedo, la memoria, el afecto y la empatía. Los resultados relativos al córtex orbitofrontal son particularmne relevantes, indica el especialista, a la hora de evaluar el "cerebro social" "y es crucial en la adaptación del comportamiento como respuesta a la predicción de cambios en el reforzamiento". En la misma línea, la consideración de la "corteza insular" se propone como relevante a la hora de conocer la "fuente de las emociones sociales (deseo, disgusto, orgullo, humillación y culpabilidad)". De todo ello, se sugieren una serie de tratamientos para agresores que promuevan un crecimiento cortical, a partir de lo cual se analizan una larga serie de experimentos con pacientes (recordándose los previamente realizados con animales, los enfoques empleados y sus resultados).

Pocas dudas parecen quedar en torno a la recepción en España de las técnicas propias de lo que se ha dado en llamar *actuarialismo penitenciario.*Aún hay algo más que considerar en la misma dirección, ahora respecto del ámbito de la intervención específicamente con jóvenes.

4.4 La recepción en España del actuarialismo penitenciario en el Derecho penal juvenil. Especial consideración del instrumento *SAVRY* (*STRUCTURED ASSESSMENT FOR VIOLENCE RISK IN YOUTH*).

El denominado SAVRY, conocido como **"**Valoración estructurada del riesgo de violencia en los jóvenes", (conocido por su denominación en inglés, *Structured Assessment for Violence Risk in Youth*), es un protocolo de detección de riesgo que el Departament de Justicia de la Generalitat de Cataluña adoptó primero en un Centro de Girona y hacia finales de 2007 y enero de 2008. Brevemente, consiste en un cuestionario para conocer numerosos aspectos de la historia personal y familiar de los jóvenes acusados de algún delito, así como aspectos vinculados con la escuela y el medio ambiente del joven. Los items sobre los que debe informar son los siguientes:

Riesgos históricos

[15] El citado autor afirma que "Liu y Raine encontraron en un estudio prospectivo longitudinal, que los niños con deficiencias en proteínas, hierro y zinc a la edad de 3 años tenían significativamente más conductas agresivas e hiperactivas a la edad de 8 años y más conductas antisociales a los 11".

Violència prèvia
Història d'actes delictius no violents
Inici precoç de la violència
Fracàs d'intervencions anteriors
Intents d'autolesió de suïcidi anteriors
Exposició a la violència en la llar
Història de maltractament infantil
Delinqüència dels pares o educadors
Separació precoç dels pares o cuidadors
Baix rendiment a l'escola

Riesgos sociales/contextuales

Delincuencia en el grupo de iguales
Rechazo del grupo deiguales
Strees experimentado e incapacitdad para afrontar dificultades
Escasa habilidad de los padres para educar
Falta de soporte personal/social de otros adultos
Entorn marginal

Riesgos individuales

Actitudes negativas
Asunción de riesgos/impulsividad
Problemas de consumo de sustancias tóxicas
Bajo nivel de empatia/remordimento
Problemas de concentración/hiperactividad
Baja colaboración en las intervenciones
Bajo interés/compromiso escolar o laboral

Protección

Implicación prosocial
Arraigo social fuerte
Fuerte vinculación con un adulto prosocial
Actitud positiva hacia las intervencions y la autoridad
Fuerte compromiso con la escuela o el trabajo
Perseverancia como rasgo de personalidad

Riesgos añadidos

Mantener vinculos con recursos del entorno
Actitud familiar frente al delito
Locus de control
Relaciones de pareja disociales

Inteligencia

En la elaboración del instrumento SAVRY ha participado la empresa *JUSTA MESURA. Consultoria & Investigació Aplicada*, al cual es "una pequeña empresa con una extensa red de conocimiento a nivel nacional e internacional" (como indica su propia página web, www.justamesura.com). Bajo el lema *"Medir para prevenir",* esta Consultoría promociona

> "proyectos de innovación y mejora en el ámbito de la prevención de la delincuencia y la seguridad. Desarrolla y adapta instrumentos para valorar y gestionar el riesgo de comportamiento violento. Evalúa intervenciones para medir su efectividad. Propone mejoras a partir de la evaluación y el análisis de resultados. Mide la motivación y el clima laboral y de convivencia en instituciones cerradas. Justa Mesura utiliza conocimiento práctico, empírico y teórico de diferentes disciplinas para mejorar la efectividad de intervenciones y reducir la reincidencia".

El equipo directivo de la empresa está conformado entre otros, por Ed Hilterman "especializado en la valoración y gestión del riesgo de reincidencia"[16]. Como se vió anteriormente, Hilterman es también Investigador del Grup d'Estudis Avançats en Violència (GEAV) de la Universidad de Barcelona y quien presenta la obra antes comentada *S.A.R.A. Manual para la valoración del riesgo de violencia contra la pareja*. Para una major comprensión, puede acudirse al documento elaborado entre el Departament de Justicia y la Consultora "Justa Mesura" que describe la implantación de este instrumento. Como indica el aludido texto:

> "El SAVRY está diseñado para ser utilizado como ayuda o guía en las valoraciones profesionales sobre la situación personal y socio-familiar de los jóvenes. Los factores a explorar que recoge el SAVRY son aquellos que la investigación empírica ha identificado que son los que más pueden incidir en la comisión de nuevas conductas delictivas. Por consiguiente son factores básicos a trabajar para la reinserción de menores y jóvenes. El SAVRY no ha sido diseñado para ser una escala o test formal. Cada factor de riesgo está codificado en una escala de tres niveles (Alto, Moderado, Bajo), pero no se le asigna un valor numérico, se trata de una valoración profesional. El valor principal de éste instrumento es constituirse como una ayuda para que el profesional valore cada caso de tal forma que aquellos factores importantes, aquellos que están bien documentados por la investigación, sean tenidos en cuenta de forma sistemática y no sean omitidos".

Respecto de los aspectos que debe evaluar el SAVRY, el documento del Centro de Estudios de la Generalitat de Cataluña establece que

[16] Añade en su presentación la citada página web que Ed Hilterman "tiene mucha experiencia en la investigación aplicada. Ha trabajado en el Ministerio de Justicia de Holanda y, como jefe de investigación y diagnóstico, en el Instituto de Psiquiatría Forense de Rooyse Wissel en Holanda. Desde 2005 es consultor y director técnico del proyecto de Gestión de Riesgo en jóvenes infractores, un proyecto del Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada (CEJFE) y de la Dirección General de Justicia Juvenil de la Generalitat de Cataluña. En 2008 Ed Hilterman ha constituido Justa Mesura, Consultoría & Investigación Aplicada. Es director de proyectos y se ocupa de la investigación aplicada".

> El SAVRY es una guía que ayuda al profesional a explorar y valorar el riesgo de reincidencia. Los 30 factores, o aspectos a valorar en cada joven, están agrupados en cuatro secciones:
>
> - Factores históricos (por ejemplo: Violencia previa, Inicio temprano de la violencia, Exposición a la violencia en el hogar, Bajo rendimiento en la escuela)
>
> - Factores sociales/contextuales (por ejemplo: Delincuencia en el grupo de iguales, Escasa habilidad para educar de los padres)
>
> -Factores individuales (por ejemplo: Actitudes negativas, Asunción de riesgos/impulsividad, Bajo nivel de empatía/remordimientos)
>
> - Factores de protección (por ejemplo: Implicación prosocial, Perseverancia como rasgo de personalidad).
>
> Algunos de los factores del SAVRY son estáticos, es decir, no pueden ser modificados por el paso del tiempo o por la intervención profesional (por ejemplo: la edad del primer delito o una historia de malos tratos en la infancia). Otros factores son dinámicos y pueden ser modificados con el paso del tiempo y también permiten la actuación profesional (por ejemplo: el consumo de sustancias toxicas o la relación con un grupo de iguales disóciales).
>
> Un aspecto destacado del SAVRY es el énfasis en los factores dinámicos ya que ello hace posible orientar de forma muy clara las actuaciones de los profesionales a aquellas cuestiones más críticas de cada joven sobre las cuales se debe intervenir con el fin de favorecer su reinserción. El SAVRY también se destaca por tener en consideración los factores de protección, es decir, aspectos positivos del joven y de su entorno que pueden ayudar a disminuir el riesgo de reincidencia (por ejemplo una fuerte vinculación con un adulto pro-social o un compromiso fuerte con la escuela o el trabajo). El SAVRY no pretende ser un instrumento exhaustivo que identifique todos los factores de riesgo potenciales en un caso determinado. En el proceso de valoración de riesgo el profesional puede encontrar factores no contemplados por el SAVRY y que a su entender son muy importantes para la comprensión de la situación de un menor o joven. El SAVRY permite que estos factores también sean tomados en consideración y sean sopesados en las conclusiones finales".

Es pertinente aquí recordar que cuando el Departamento de Justicia del Gobierno catalán ordenó la aplicación de este instrumento, un numeroso grupo de Educadores del propio Departament que debían aplicar el aludido Protocolo, entendió que el mismo podría resultar atentatorio contra los derechos fundamentales de los jóvenes a quienes iba dirigido. En tal sentido presentaron una Queja al Sindic de Greuges de Cataluña, señalando, entre otras cosas que la aplicación del aludido Protocolo suponía una grave violación a toda una serie de derechos fundamentales de los jóvenes sobre los cuales los Educacodres debían actuar, muy especialmente, los derechos a la presunción de inocencia y a la intimidad. Conviene leer directamente las objeciones que plantearon los Educadores:

"Que desde el mes de enero de este año, se nos ha impuesto una nueva metodología de trabajo por parte la Dirección General. La metodología que se nos impone tiene como herramienta principal un protocolo de evaluación del riesgo de reincidencia de conductas violentas en jóvenes que se llama SAVRY (Structured Assessment for Violence Risk in Youth). Éste, mediante la detección de una serie de factores de riesgo y protección, pretende valorar el riesgo de reincidencia de los

menores atendidos. También se quiere que sea un protocolo de observación dirigido a la homogeneización de la intervención."

Este protocolo, en la actualidad, sólo afecta a los menores que se les ha impuesto una medida de internamiento o de libertad vigilada tanto cautelar como firme, pero, en un periodo breve de tiempo ya medida que esta metodología se vaya implantando, afectará todos aquellos menores por los que la Fiscalía de Menores pida un informe de asesoramiento para iniciar un proceso judicial, independientemente de la medida que se les imponga.

Esta metodología consiste en pasar un cuestionario personal a los menores durante el primer mes de intervención. Después, se debe trasladar toda esta información en una base de datos que se organiza por diferentes factores de riesgo y protección con el objetivo de hacer una valoración final del riesgo de reincidencia. Esta información se actualizará cada tres meses. Finalmente, casi todo lo que recoge se fusiona en un documento de word y se utiliza en su totalidad, sin la posibilidad de suprimir ningún apartado, para elaborar los informes a la instancia judicial. La consigna que se nos da es la de no informar ni a menores ni a sus familias del tratamiento que se hará de la información que se recoja en este cuestionario.

Esta metodología es una interferencia importante para nuestro trabajo ya que afecta a la confidencialidad de la información que recibimos de los menores y las familias que atendemos.

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, nos obliga a realizar informes a la instancia judicial. Hasta ahora, cuando los menores iniciaban el cumplimiento de la medida se les informaba de la obligación de enviar estos informes. El profesional tenía margen de maniobra para explicar la situación del joven sin contar aquellos aspectos más personales que no es necesario mencionar y, así, mantener la confidencialidad necesaria en una relación de ayuda en la que la creación del vínculo es el eje vertebrador de toda la intervención.

En la medida que este cuestionario y el manual de aplicación son exclusivamente de uso interno, rogamos al Síndic que oficie al Departamento de Justicia para que se les envíe a los efectos de poder evaluar lo que indicamos a continuación.

(...) ***Que las preguntas que figuran en el cuestionario personal las entendemos como lesivas de derechos fundamentales****. Algunas de estas preguntas son del estilo de:*

"Qué pasó para que te impone esta medida?",

"Habías tomado alguna sustancia en el momento del delito?",

"Alguna vez has cometido delitos y no te han descubierto?, de qué tipo ?, ¿cuántas veces?",

"Alguna persona de tu familia inmediata, padre, madre o hermanos, han sido alguna vez en la cárcel?",

"Alguna vez has intentado herirte; por ejemplo cortarte, quemarte, etc?

A continuación se explica con más detalle.

Preguntas sobre el comportamiento delictivo.

Si se hicieran las preguntas que constan en este apartado en la fase de presunción de inocencia (medidas cautelares), previo a estos interrogatorios deberían leer los derechos previstos en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal - (derecho de no hablar, de no contestar alguna / s de las preguntas, a no declarar contra uno mismo ni a confesarse culpable, etc.), como un derecho que tienen todos los detenidos de acuerdo con el artículo 17 de la Constitución Española (CE) o incluso como imputado. En caso contrario, se vulneraría este precepto constitucional.

Pero, sin embargo, después de haberse leído estos derechos, todas estas preguntas se deberían realizar ante un abogado defensor, con el derecho de negarse a contestarlas, sin que esta negativa tenga ninguna connotación más allá del ejercicio de un derecho constitucional. Si esto no se hiciera, se vulneraría el artículo 24.2 de la CE (derecho a tener un proceso con todas las garantías, asistencia de abogado, a no declarar contra uno mismo, a no confesarse culpables, etc.). Es indiferente que las preguntas no las haga el juez, fiscal o agente de la autoridad, y que su finalidad no sea la de aclarar los hechos o la autoría, aunque teóricamente las respuestas no tengan que trascender a aquellos operadores; el derecho es absoluto y frente a todos (aunque sólo sea para evitar que el proceso siga otra dirección).

En otra fase del procedimiento, también se debe prever el silencio sobre estos aspectos, y no sólo por razones procesales (posibles recursos futuros de revisión, etc.), sino por el hecho de respetar la intimidad. En este supuesto podría ser útil en el ámbito educativo pero, deberían tenerse en cuenta los intereses en juego informando al joven sobre las finalidades, ventajas y desventajas, y aceptando en todo momento la libertad de decisión, previa consulta - si la requiere - a su abogado.

Se debe perseguir el interés del menor, pero sin paternalismos, nos encontramos en una jurisdicción formalmente penal, por tanto, con garantías- que materialmente pretende ser educativa-.

Preguntas sobre el comportamiento delictivo / comportamiento delictivo anterior.

Para algunas de estas preguntas deberían seguirse las mismas precauciones que explicábamos anteriormente, puesto que, tal vez, algunos de estos delitos para los que se pregunta y que no se han descubierto, podrían no haber prescrito y explicarlos desde un punto de vista procesal sería como declarar contra uno mismo o declararse culpable, este hecho, podría suponer el inicio de otros procedimientos en contra del menor.

Preguntas sobre el consumo de alcohol y drogas.

En relación con aquellas preguntas que vinculan el tema con presuntas infracciones diferentes a las que están en curso, se debe tener especial cuidado en que el letrado de la defensa pueda intervenir, ya que las ingestas tóxicas pueden afectar a la capacidad de culpabilidad y, por tanto, si el procedimiento se encontrara en fase de instrucción, podrían utilizarse en el juicio.

El resto de preguntas, pueden lesionar el derecho a la intimidad (artículo 18 de la CE). Con anterioridad, habíamos hablado de ponderar los efectos en juego con los efectos educativos (probablemente, la valoración del riesgo no sea de este tipo, aunque pueda tener relación). Todo ello, de acuerdo con un Estado de Derecho en el que las libertades sólo pueden restringirse excepcionalmente, por ley y de forma proporcional al beneficio obtenido.

Preguntas sobre la vida de familia.

Algunas de las preguntas que se hacen pueden lesionar el derecho de la intimidad, pero no sólo del menor, sino también del resto de familiares, lo que es aún más grave (intimidad personal y familiar - artículo 18 de la CE). Todavía estarían más fuera de lugar las preguntas relativas a la delincuencia de los familiares.

Preguntas sobre el comportamiento y el estado de ánimo.

Algunas preguntas lesionan el derecho a la intimidad, y en el capítulo de conducta violenta (uso de arma blanca, etc.), en determinadas fases del proceso pueden lesionar el derecho a no declarar contra uno mismo (artículo 24.2 de la CE), ya que supone la incorporación factores negativos para el proceso.

Que por todo ello, con fecha 8 de febrero de 2008, pudimos dirigir un escrito a la Sra. Montserrat Tura, Consejera del Departamento de Justicia, que hicimos extensivo al Sr. Albert Batlle, Secretario Sectorial, y al Sr. Jordi Samsó, Director General de la Dirección General de Ejecución Penal a la Comunidad y de Justicia Juvenil, que se adjuntan con una copia- en el que manifestábamos la negativa a realizar los informes a los Juzgados de Menores siguiendo la metodología SAVRY. Al mismo tiempo, pedíamos la creación de una Comisión técnica, con amplia representación de todos los profesionales, que ayudara a elaborar un nuevo modelo de informe.

Que, de momento, en fecha 25 de febrero de este año, no se nos ha dado una respuesta a este escrito. Pero que, ante el hecho de no realizar los informes a los Juzgados de Menores empleando la metodología SAVRY, desde el Servicio de Ejecución de Medidas, se nos advirtió verbalmente de iniciar un procedimiento sancionador en contra nuestro, si no cambiábamos de actitud al respecto. Ante esto, decidimos continuar nuestra actividad profesional, sin perjuicio de plantear esta queja, ante la imposibilidad de conversar con el Departamento".

Denunciaba entonces (hacia finales de 2008) el colectivo de Educadores que la implantación del protocol *SAVRY* suponía una importación a España de modelos procedentes de Estados Unidos de Norteamérica y de Canadá y, por tanto, de otras culturas diferentes adonde el mismo debía ser aplicado. Se añadía que "Inicialmente el SAVRY está diseñado para valorar el riesgo de reincidencia en delitos violentos. Desde los Equipos Técnicos entendemos que una herramienta que está diseñada y validada y que tiene un objetivo tan claro no puede ser generalizada, estandarizada y aplicada indiscriminadamente a todos los menores o jóvenes que entran en contacto con la justicia juvenil y mucho menos

que sea aplicable a aquellos jóvenes que están imputados por delitos no violentos" (texto de la Queja comentada).

En un primer momento, el Sindic de Greuges estimó la Queja del grupo de Educadores mencionado estimando la vulneración de derechos ya mencionada. También abogados, Jueces de Menores, Fiscales y algunos profesores universitarios se pronunciaron entonces señalando el caràcter intrusivo del protocolo (ver, entre otros, El País de 3 de agosto de 2010). La primera resolución del Sindic de Greuges, entre otras cuestiones indicó que el Departament de Justicia en la aplicación del protocolo debía asegurar que: 1) se reconsidere el uso del SAVRY en los procesos que no haya recaido sentencia firma; 2) que se asegure el principio de mínima intervención y el interés superior del niño interrogado; 3) que se garantice la previa información al menor de lo que se le preguntará y del uso que se hará con sus respuestas. Posteriormente, el Ombudsman catalán emitió una segunda resolución en la reiteraba fundamentalmente los aspectos ya señalados.

Ante ello, el Departament de Justicia creó una Comisión encargada de estudiar los problemas indicados, fruto de la cual se procedió a: 1) restringir el empleo del SAVRY a delitos violentos (y no con la generalización anterior); 2) a utilizarlo con los jóvenes cada seis meses y no cada tres como al principio; 3) a utilizarlo también en centros de privación de libertad y 4) que en cuanto a los items o preguntas a realizar por los técnicos, estos tendrán mayor margen para su empleo. Se señala también el carácter voluntario que las respuestas de los jóvenes pasan ahora a tener frente a la obligatoriedad del primer modelo. También se resalta la información previa sobre el cuestionario que los jóvenes deben tener. El 16 de febrero de 2012, el *Sindic de Greuges* emite su última resolución señalando que da por cerrada la queja inicialmente planteada al haberse limado aquellos aspectos del SAVRY que en su día se habían denunciado.

5. La Antigüedad del modelo multi-factorial.

Una vez que se ha presentado la recepción en España de los instrumentos actuariales para su utilización en el campo penitenciario (de adultos) y en general del sistema de justicia juvenil, conviene recordar que, en realidad, semejante racionalidad penal proviene de una larga tradición poco examinada. En efecto, este modelo de comprensión de la criminalidad, y de consecuente aplicación como técnica penitenciaria, no sólo no es novedoso sino que puede ser largamente rastreado en la historia del pensamiento criminológico y penológico, en especial en el campo cultural norteamericano. Así empiezan reconociéndolo algunos de los autores citados cuando recuerdan que estas técnicas "se iniciaron hace 70 años con los estudios de Burguess en 1928" (Nguyen, Arbach-Lucioni y Andrés Pueyo, op. cit: 279). A partir de entonces, destacan la utilización sistemática de los protocolos de predicción del riesgo en los ámbitos carcelarios de Estados Unidos, Canadá e Inglaterra. En orden a señalar los instrumentos que evalúan "los factores de riesgo asociados a la conducta violenta, la reincidencia y las necesidades de gestión del caso" (cit. Ibídem) enumeran algunas escalas de valoración tales como el Level of Service-Revised (LSI-R), su posterior versión LS/CMI, el Offender Assessment System (OASys) o el Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions (COMPAS) entre otros. Si ello ha sido

utilizado en el campo penal de adutlos, como se ha visto, también cabría citar al instrumento del SAVRY para el ámbito penal minoril.

Debe a ello añadirse que, en efecto, un modelo semejante fue el adoptado hace casi un siglo atrás por la llamada "Escuela de Chicago" en la Criminología de corte sociológico la cual desarrolló una aproximación siempre conocida con el nombre de "enfoque factorial o multi-factorial" (cfr. Bergalli 1983, Pavarini 2006, Baratta 1991). En realidad, dicha dirección criminológica supuso entonces un intento de actualización del paradigma etiológico de la criminalidad propio de la *Scuola Positiva* italiana de Enrico Ferri[17], especialmente, quien en los últimos años del siglo XIX ya argumentaba acerca de la necesidad de combinar factores físicos, antropológicos y sociales tales como costumbres, ambiente familiar, nivel educativo, alcoholismo, carrera delictiva y relaciones sociales (entre otros factores) para que, con la ayuda de la estadística se pudiera realizar una intervención eficaz. En efecto, semejante modelo tuvo una amplia acogida en la penología norteamericana de las primeras décadas del siglo XX y dio lugar al nacimiento de las llamadas "tablas de prognosis" criminal que se difundieron en el sistema penal y penitenciario de los Estados Unidos de Norteamerica (entre otros, ver Clemmer 1958, Garland 1990, Feeley y Simon 1992)[18]. En efecto, existe una importante literatura que da cuenta de la difusión de este enfoque en los Centros de investigación y enseñanza norteamericana de entonces y, especialmente, en la práctica de la criminología administrativa apegada a centros de gestión penitenciaria (cfr. Wolfang y Ferracutti 1966).

Señalaba Bergalli hace más de treinta años al respecto, que de allí surgió fuertemente la idea de que el delito es producto de la singularidad de su autor y de las circunstancias externas que rodean a éste, expresadas en el mismo momento del hecho.

"Este concepto fue también sostenido por el belga Prins y por el holandés van Hamel quienes junto a von Liszt fundan la Unión Criminalista Internacional (*Internationale Kriminalistische Vereinigung* – IKV). Semejante perspectiva determina una acentuación diferente (bajo la fórmula *disposición–medio ambiente*) en Europa; o como *enfoque multifaltorial* en Norteamérica, en el pensamiento criminológico respecto de la descripción y el análisis causal, hasta la Segunda Guerra Mundial" (1983: 111).

Esos análisis tuvieron, en gran medida, el apoyo teórico y metodológico que la estadística de entonces brindó. El conocimiento norteamericano de los trabajos fundadores de Quételet

[17] Ver al respecto su *Sociologia Criminale* (1900), 4ª ed. (Bocca: Torino)

[18] En torno a la amplia difusión que aquellos modelos multifactoriales tuvieron en las disciplinas criminológicas y penológicas de las primeras décadas del siglo XX, pueden especialmente consultarse las actas de los Congresos Penitenciarios Internacionales –que en realidad habían nacido en el siglo anterior- y que supusieron un auténtico laboratorio de discusión de ideas en torno al paradigma multi-factorial (puede verse una sistematización de los mismos en Rivera 2008 y 2009).

y Guerry[19] fueron decisivos para la construcción de una aritmética criminológica (Bergalli 1983: 99) que tuvo la pretensión científica de afirmar que, una vez analizada la biografía de una (y de muchas) personas, se podía predecir su comportamiento futuro tras el empleo de diversas varas de medir conductas. La vieja categoría de la peligrosidad aparecía ahora remozada a través de la combinación de la psicología y la estadística. Una larga tradición, como se ve ya centenaria, emerge de estas consideraciones.

También las objeciones a semejante modelo de comprender la criminalidad son casi tan antiguas como su propia existencia. En extrema síntesis, las críticas (de entonces) se agrupan en dos campos, uno de fondo y otro propedéutico. El primero hace alusión a la concepción misma del delito natural, que entiende que el mismo posee una cualidad, una entidad ontológica y no es el resultado de procesos de construcción, selectividad y decisión política. El segundo, alude a la negación de la pretensión de cientificidad del trabajo criminológico estadístico a través del desarrollo, fundamentalmente, de la teoría de la "cifra oscura" de la criminalidad. En efecto, por ella se objeta que los trabajos clásicos de estadística criminal se apoyan en la consideración de *una* criminalidad y no en *toda la* criminalidad que efectivamente se produce pero que no se registra oficialmente. Esta objeción pone de manifiesto que, normalmente, estos estudios no han evaluado la delincuencia de cuello banco, la de carácter mercantil ni empresarial, la propia de la corrupción política, los delitos de los mercados, la criminalidad estatal y por tanto sigue centrada en una delincuencia fundamentalmente producida desde los estratos subalternos de la sociedad reforzando así esos patrones culturales y de clase[20].

No obstante esas críticas, tal vez una de las más importantes objeciones haya sido la formulada por Bergalli hace ya varias décadas, tras estudiar durante muchos años la problemática de la "recaída en el delito" en diversos órdenes culturales (Estados Unidos, Inglaterra y Alemania, principalmente). Cuando el citado autor examina los postulados multi factoriales de la Escuela de Chicago –a la cual pertenecía adscrito el propio Burguess que citan Nguyen, Arbach y Andrés Pueyo- afirma,

> "Resultado de ello ha sido el desarrollo demostrado de lo que se conoce como 'prognosis criminal', la cual, en un primer tiempo, tuvo aplicación casi aislada en el ámbito de la ejecución penal (…). La expresión de posibilidades sobre el futuro comportamiento legal de las personas, a través de la constatación de ciertos datos sobre alguien que aparezcan reunidos en las denominadas 'tablas de prognosis', permitía suponer que la previsión del comportamiento de sujetos que ya han sido identificados penalmente iba a otorgar mayor seguridad a las decisiones (…). Todo punto de partida para llegar a semejantes decisiones por medio de la prognosis está siempre constituido por el hecho penal y por la personalidad

[19] Su influencia provino decididamente de la difusión de sus famosas obras *Essai sur la statistique morale de la France* publicada por Guerry en París en 1833 y *Sur l'homme et le dévéloppement de ses facultés. Essai de physique sociale* publicada dos años más tarde.

[20] Sobre tales objeciones existe una dilatada bibliografía. Brevemente pueden citarse los trabajos de Baratta (1975) *Criminologia liberale e ideología della difesa sociale;* Christie (1969) *Conclusions on the Criminological and Penological aspects of the Dark Figure*; Ferrarotti (1974) *Il pensiero sociológico da Augusto Comte a Max Horkheimer*; Grispigni (1928) *Introduzione alla sociología criminale*; Jiménez de Asúa (1963), *El Criminalista*; Kaiser (1978) Criminología. Una introducción a sus fundamentos científicos; Sellin y Wolfang (1964) *The measurement of Delinquency.*

> de su autor, aunque, en algún caso, el afán desenfrenado por saber siempre más acerca del comportamiento de las persona, ha llegado a conectar sistemáticamente los presupuestos que otorga la prognosis criminal con sistemas de control exacerbados. A tal punto se ha extendido la prognosis criminal que, mediante el empleo de la estadística, el control se ha ido transformando en influjo dominante que gobierna el objeto social de ciertas políticas (…). Si se acepta que el enfoque multifactorial encierra una perspectiva de dimensiones múltiples de la realidad del delito en la que cada hecho ejecutado por uno o más autores no refleja una personalidad independiente de las condiciones ambientales, se estará presentado a un individuo que lleva grabados en sí los caracteres del medio social que lo circunda" (1983: 112).

En el fondo, lo que subyace al modelo comentado, es la noción del *carácter antisocial* del comportamiento de la persona objeto de evaluación. Y, como es sabido, dicha noción pertenece en realidad también a una particular dirección de la Criminología norteamericana cual es la apegada a la *categoría de la Desviación*. No hay espacio aquí para abordar en profundidad esta línea propia de una particular época[21], pero al menos debe recordarse que la noción que asocia desviación con comportamiento antisocial ha sido profusamente tratada también por una tradición académica que intentó efectuar una tipología de semejante relación. Así se estableció la noción de: a) desviación y comportamiento antisocial como anormalidad estadística (Pitch 1975); b) desviación y comportamiento antisocial como comportamiento que viola las reglas normativas, las intenciones o las expectativas del sistema social (Pitch 1975); c) desviación y comportamiento antisocial como determinación de las norma cuya valoración se entiende como comportamiento desviado (Cloward y Ohlin 1961); d) desviación y comportamiento antisocial como un problema de definición (Bergalli 1980: 172). En efecto, el problema final será *quién define a otro como antisocial*.

6. A modo de reflexiones finales.

Numerosas reflexiones se abren a propósito de lo analizado en este ensayo. Intentando una enumeración de las mismas, podrían sintetizarse brevemente del modo siguiente:

1. Pocas dudas existen acerca de la recepción en España de una racionalidad punitiva de corte actuarial que ha impregnado fuertemente el sistema penal juvenil y penitenciario de adultos. Esa importación de modelos foráneos y extraños a la tradición constitucional en la que se inserta España, pese a haber sido resistida en ocasiones por sus propios aplicadores de base y otros operadores del sistema penal, ha penetrado fuertemente en el mismo.

2. Incluso la recepción aludida ha emulado en parte la metodología de elaboración de esos otros países de tradición jurídica diferente a la española. Se alude a la metodología que

[21] Y desde luego, no trataré aquí la relación entre el concepto de anti-social con la política criminal del nacionalsocialismo alemán y sus leyes específicas.

combina trabajos y acuerdos entre una Administración penitenciaria, el ámbito universitario y las empresas privadas de asesoría y *consulting* que han sido citadas.

3. El *Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans* de la Universitat de Barcelona, en el marco del proyecto de investigación "¿Resocialización o Incapacitación? Sostenibilidad del sistema penitenciario espanyol ante las nuevas realidades delictives y demandes de Seguridad", ha realizado –entre otras metodologías- sendos *focus groups* con abogados del Colegio de Abogados de Barcelona que se dedican a la defensa jurídica de presos condenados con el fin de conocer su opinión acerca de las consecuencias de la recepción de los instrumentos actuariales que se han examinado aquí. Fruto de la realización de dicha experiencia, emerge que la antigua dialéctica señalada a propósito de la naturaleza jurídica de la ejecución penal, se ve remozada por nuevos contornos en la actualidad. En efecto, pareciera que la tensión entre la afirmación jurídico-procesal de la misma y su deriva psicológica, no sólo permanece sino que esta última se ha vigorizado en detrimento de la primera.

En efecto, si se acude a la opinión actual de numerosos abogados –al menos en Cataluña- que se dedican al ejercicio profesional del derecho penitenciario ante los juzgados de Vigilancia penitenciaria emergen una serie de opiniones que conviene citar textualmente. Destacan estos profesionales los niveles de indefensión que, desde un punto de vista jurídico, provocan las escalas *RisCanvi* al señalar que, si bien en teoría no existe obligatoriedad de los presos a someterse a las mismas "quien no lo hace no sale de permiso". Se quejan de la "obligatoriedad encubierta" que encierra tener que someterse a una serie de programas que se presentan al exterior como "evidencia" del tratamiento pero que, "o no hay capacidad real para la intervención o la participación del preso representa una conformidad exterior que opera como requisito para obtener un beneficio penitenciario". Añaden estos profesionales que muchas veces durante años los presos reciben visitas de los profesionales y que hacia el final de su condena se les quiere asignar un tratamiento que no tiene que ver con su delito.

Asimismo, los abogados dedicados al derecho penitenciario tienen clara una estandarización generalizada del tratamiento a través de las escalas predictivas comentadas y en tal sentido señalan, por ejemplo, que "las Juntas de Tratamiento mandan ante el Juez de Vigilancia antes los cuales no hay una oportunidad real de contradecir el resultado y las puntuaciones de las escalas". Expresamente se quejan: "mientras antes citábamos derechos y leyes ahora citamos resultados del Riscanvi". Este instrumento es por ellos percibido como "una sentencia final de lo que eres y de lo que serás".

En torno a la antes citada dialéctica entre consideraciones de hecho o de autor, señala el equipo de defensores que "en prisión vemos cada vez más una tendencia a enjuiciar al autor y no al hecho, un juicio sobre la persona a través de métodos actuariales", pues "el criterio es la peligrosidad".

Agregan los letrados que, "antes, la Administración penitenciaria tenía el deber de argumentar de forma motivada las denegaciones de permisos o cualquier otra valoración, ahora los internos y nosotros nos encontramos con impresos formalizados". Aunque formalmente parezca respetarse el principio de "individualización científica" que orienta la

Ley Penitenciaria, "materialmente, la estandarización de las Escalas predictivas supone su negación en la práctica".

4. En otro orden, cabría abrir un debate acerca de la posible colisión de la evaluación de estas escalas predictivas con los derechos constitucionales de las personas evaluadas en situación de privación de libertad. Tal y como se ha visto de las objeciones de los Educadores de justicia juvenil acerca del instrumento *SAVRY* como de los otros profesionales en torno al *RISCANVI*, pareciera detectarse una evaluación sumamente intrusiva en las personas que podría ir en detrimento de los derechos a la intimidad, a la libertad religiosa, a no declarar contra sí mismos ni a declararse culpables, entre otros. Otra vez la tensión entre derechos subjetivos y beneficios penitenciarios.

5. Mención específica requiere la consideración del concepto de "antisocial" situado dentro de los esquemas de medición de riesgos. La pregunta es si ello no supone un rescate post-moderno de la decimonónica categoría de la peligrosidad y de la desviación de triste recuerdo. Porque además, al final de la evaluación, ¿quiénes son los que presentarán perfiles más positivos o de riesgo bajo? Desde luego, no los pobres, ni los inmigrantes, ni las personas con escasa o nula estructura familiar y arraigo, es decir, los de mayor vulnerabilidad social, económica, familiar, laboral… Por el contrario, aquellos que puedan presentar historiales de fuertes recursos socio-económicos obtendrán una mejor evaluación. Como se vio, estas críticas pese a ser ya centenarias, parece que deben ser nuevamente recordadas en el presente.

6. Una consideración final, de otro orden. Debería hacerse una seria advertencia acerca de la acumulación de información en bases de datos que se están almacenando con la aplicación de estos instrumentos. Esa información ya no recae sólo sobre las personas interrogadas, ahora también lo hace sobre sus entornos laborales, escolares y familiares. Será pertinente preguntarse por dichas bases de datos, su eventual utilización futura y, ya que tanto hemos empleado la palabra, habrá que averiguar acerca de los riesgos de semejante instrumento de poder *gubermental* (Foucault 2000)[22].

[22] En este sentido, y además de todo cuanto se ha dicho, conviene no olvidar que ya desde el 2008 se creó otro fichero de información que recoge información íntima del preso y de sus familiares, es el conocido como 'Sistema Informático Social Penitenciario' (SISPE) y comenzó a funcionar el 11 de octubre, después de que el entonces Ministro del Interior, Alfredo Pérez Rubalcaba, ordenara su creación el 26 de septiembre. En un principio se pretendía justificar para evitar excarcelaciones "inadecuadas" en los casos de pederastas y los maltratadores de mujeres. El archivo contiene información tan sensible que la Agencia de Protección de Datos, que ha dió el visto bueno a este registro, pidió a la Administración que protegiera el fichero con medidas de seguridad de nivel alto. Además de los datos ya habituales sobre condena, reincidencia y demás, el Fichero recoge el nivel educativo (incluso los motivos por los que una persona dejó los estudios), información sobre su ambiente familiar, situación de su entorno desde que fue encarcelado o información sobre su vivienda habitual, si residía en un ambiente marginal, urbano o rural. También incluye todos los detalles relacionados con la vida laboral de los presos e información muy íntima, como las enfermedades contraídas (con especial atención al sida), salud mental, discapacidades, tratamientos médicos recibidos o personas con las que el preso se relaciona habitualmente. También recoge un amplio historial sobre consumo de drogas: edad de inicio, tratamiento recibido, lugar del tratamiento, tiempo de consumo o tipo de sustancias.

BIBLIOGRAFÍA

Andrés-Pueyo, A./López, S. (2005): *S.A.R.A. Manual para la valoración del riesgo de violencia contra la pareja.* Barcelona. Universitat de Barcelona.

Andrés-Pueyo, A./Hilterman, E. (2005): *SVR-20, Manual de valoración del riesgo de violencia sexual.* Barcelona. Universitat de Barcelona.

Andrés-Pueyo, A./Hilterman, E. (2005): *HCR-20, Guía para la valoración del riesgo de comportamientos violentos.* Barcelona. Universitat de Barcelona.

Andrews, D.A. (1989): "La reincidencia es predecible y puede ser influenciada: el uso de la evaluación de riesgo para disminuir la reincidencia". En *Foro sobre la investigación correccional*, vol. I, núm. 2 (11-18), *Correctional Service Canada.*

Andrews, D.A./Bonta, J. (1994): *The psycology of criminal conduct.* Cincinnati (Ohio). Anderson.

Baratta, A. (1975): *Criminologia liberale e ideología della difesa sociale*. En "La Questione Criminale", año I, núm. 1 (7-65).

Baratta, A. (1991): Teoría de la pena, teoría de la prevención general positiva o teoría de la función simbólica del derecho Penal. En *Pena y Estado*, nº 1.

Baratta, A. (1993): *Resocialización o Control Social. Por un concepto crítico de "reintegración social" del condenado*, República Federal de Alemania: Universidad del Saarland.

Beck, U. (1998): *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica. (Trad: J. Navarro, D. Jiménez, Mª R. Borrás).

Esta base de datos sirve para decidir qué presos pueden cumplir medidas alternativas a la cárcel en la calle, o bien acceder a la libertad condicional o a un tercer grado. Además, toda esta información se comparte: cualquier juez, tribunal o fiscal puede conocer no sólo los antecedentes del detenido o preso, sino todo su historial personal y determinar, por ejemplo, si se le puede conceder el tercer grado porque no existe riesgo de reincidencia.

También cabe citar la reación del *SIA*, Sistema de Identificación Automatizado que, entre otros datos que registra, puede leerse en sus pestañas el registro de elementos antropométricos, si lleva tatuajes y otros semejantes.

Beech, A. (2014): "Factores de riesgo para el delito y nuevos factores en el tratamiento". Conferencia del 26 de junio en el Seminario *Evaluación del Riesgo de Violencia: Guías HCR-20, SVR-20, SARA y Escalas de Psicopatía*. Universitat de Barcelona (IL3, Institut de Formació Contínua).

Bergalli, R, (1980): *La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella*. Barcelona. Sertesa.

Bergalli, R. *et al* (1983): *El pensamiento criminológico I. Un análisis crítico*. Barcelona. Península.

Bergalli, R. (1986): Los rostros ideológicos de la falsía resocializadora. El debate en España. En *Doctrina Penal*, nº 36, Buenos Aires: Ed. Depalma (pp. 577-597).

Bergalli, R. (1987): Ideología de la resocialización-La resocialización como ideología. La situación en España (Ponencia presentada en las Jornades sobre Tractament Penitenciari: Pena i ressocialització, Lleida, 1985). En *Papers d'Estudis i Formació,* nº E/1-1987, (pp. 51-66).

Bonta, J. *et al* (1998): "The prediction on criminal and violent recidivism among mentally disorderer offenders". En *Psycological Bulletin* 123 (123-142).

Brandariz, J.A. (2014): *El Gobierno de la Penalidad. La complejidad de la Política criminal contemporánea.* Madrid. Dykinson.

Brandariz, J.A. (2015): "La evolución del sistema pentenciario español, 1995-2014: Transformaciones de la penalidad y modificación práctica de la realidad penitenciaria". En *Crítica penal y Poder*, núm. 8 (Observatorio del Sistema Penal y Derechos Humanos de la Universitat de Barcelona).

Burguess, E.W. (1928): "Factors determining Succes of Failure in Parole", en A.A. Bryce y otros (ed.), *The Working of the Indeterminate-Sentence Law and the Parole Systems in Illinois*. Springfield.

Clemmer, D. (1958): *The Prison Community*, New York: Rinehart & Winston

Cloward, R.A./Ohlin, Ll. (1961): *Delinquency and Opportunity. A theory of Delinquent Gangs.* London. Glenoe Illinois.

Christie, N. (1969): *Conclusions on the Criminological and Penological Aspects of the Dark Figure*, en "Sixth European Conference of Directors of Criminological Institutes" (44-48), Estrasburgo.

Del Rosal, J. (1949): *La personalidad del delicuente en la técnica penal.* Valladolid. Casa Martin.

Dobón, J./Rivera Beiras, I. (2006): *La cultura del riesgo. Derecho, Filosofía y Psicoanálisis*. Buenos Aires. Editores del Puerto.

Feeley. M./Simon, J. (1995): La nueva penología: notas acerca de las estrategias emergentes en el sistema penal y sus implicaciones. En *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, año 4, nº 6-7 (33-58) (Trad: M. Sozzo).

Ferrarotti (1974): *Il pensiero sociológico da Augusto Comte a Max Horkheimer*. Milano. Mondadori

Ferri, E. (1900): *Sociologia Criminale*, 4ª edición. Torino, Bocca.

Garland, D. (1987) [1985]: *Punishment and Welfare: A History o Penal Strategies*, Gower: Aldershot.

Garland, D. (1990): *Punishment and Modern Society. A study in social theory*, Chicago: The University of Chicago Press. Versión en castellano: (1999), *Castigo y Sociedad Moderna. Un estudio de teoría social.* México D.F: Siglo XXI Editores.

Garland, D. (1996): The Limits of the Sovereign State. Strategies on Crime Control in Contemporary Society. En *British Journal of Criminology* 36, vol. 4.

Garland, D. (2000): The Culture of High Crime Societies, Some Preconditions of Recent 'Law and Order' Policies. En *British Journal of Criminology*, 40 (pp. 347-75).

Garland, D. (2001a): *The culture of control. Crime and social order in contemporary society*, Oxford: University Press. Versión en castellano: (2004), *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa Ed. (trad: M. Sozzo).

Garland, D.(2001b): Introduction. The meaning of mass imprisonment. En *Punishment & Society*, vol. 3, nº 1, January (pp. 5-7).

García Borés, J.M. (1993a): *La finalidad reeducadora de las penas privativas de libertad en Cataluña (Vol 1 y 2).* Tesis Doctoral leída en el mes de junio en el Departamento de Psicología Social de la Universidad de Barcelona.

García Borés, J.M.(1993b): Psicología Penitenciaria: ¿Trabajar para quién? Análisis de una intervención institucional. En M.García Ramírez (Comp.): *Psicología Social Aplicada en los Procesos Jurídicos y Políticos*, Sevilla: Eudema.

García Borés, J.M. (2008): "El tratamiento penitenciario". En Rivera Beiras, I. (ed.), *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política Penitenciaria*. Tomos I y II. Buenos Aires. Editores del Puerto, 2da. ed.

Glueck, S. y E. (1970): *Towards a Typology of Juvenil Offenders*. New York. London.

Greenwood, P.W. (1982): *Selective Incapacitation*. Santa Monica. Rand Coro.

Grispigni, F. (1928): *Introduzione alla Sociologia Criminale*, 2ª edición. Torino, UTET.

Grup d'Estudis Avançats en Violencia (2014): *Cuaderno de Trabajo. Evaluación del riesgo de violencia: Guías HCR-20, SVR-20, SARA y escalas de psicopatía.* Universitat de Barcelona.

Hare, R.D. (2013): *Escala de Evaluación de Psicopatía de Hare revisada. PCL-R.* Madrid. Tea ediciones.

Hathaway, S.R./Marchesi, (1953): *Analysing and Predicting Juvenile with the MMPI*, Minneapolis.

Hilterman, E. (2003): "Riesgo más allá de los muros: un caso de sentimientos o de datos estructurados?". En *Revista Catalana de Seguretat Pública* núm. 13. Barcelona. Escola de Policia de Catalunya.

Kaiser, G. (1978): *Criminología. Una introducción a sus fundamentos científicos.*Madrid. Espasa calpe.

Lea, J./Young, J. (1993) [1984]: *What is to be done about law & order?,* Pluto Press: London/Boulder.

Lea, J. (2004): *Delito y Modernidad*, México: Editorial Fontamara (Trad. A. Piombo).

Logan, W.A. (2000): A Study in "Actuarial Justice": Sex Offender Classification Practice and Procedure. En *Buffalo Criminal Law Review*, 3(2), (pp. 503-637).

Luque Reina, M.E./Ferrer Puig, M./Capdevila i Capdeliva, M. (2005): *La Reincidència Penitenciària a Catalunya*. Barcelona. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialtzada.

Nguyen, Th./Arbach-Lucioni, A./Andrés-Pueyo, A. (2011): "Factores de riesgo dela reincidencia violenta en población penitenciaria. En *Revista de Derecho Penal y Criminología,* 3ª Época, núm. 6. Universidad Nacional de Educación a Distancia, UNED (273-294).

Nicolás, G. 2005): "La desembocadura en la 'sociedad del riesgo'. Su marco teórico europeo". En *Política Criminal y Sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas.* Barcelona. Anthropos (226- 243).

Pavarini. M. (2006): *Prólogo* a la obra de Iñaki Rivera *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Pitch, T. (1975): La devianza. Firenze.

Redondo Illescas, S. (2005): Presentación, en *SVR-20 Manual de valoración del riesgo de violencia sexual.* Universitat de Barcelona.

Rivera Beiras, I. (1992): Análisis socio-jurídico de la normativa penitenciaria internacional. En I. Rivera (Coord.): *Cárcel y derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos,* Barcelona: J. M. Bosch Editor S.A. (pp. 23-91).

Rivera Beiras, I. (1993): *La "devaluación" de los derechos fundamentales de los reclusos*. Ponencia presentada a las Jornadas organizadas por la Associació Catalana de Juristes Demócrates en Barcelona (7 y 8 de mayo).

Rivera Beiras, I. (2008 y 2009): *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política Penitenciaria*. Tomos I y II. Buenos Aires. Editores del Puerto, 2da. ed.

Rivera Beiras, I. (2011): *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona. Anthropos, 2da. ed.

Sellin, Th./Wolfang, M. (1964): *The measurement of Delinquency*. New York. John Willey & Sons.

Torrubia, R./Poy, R./Moltó, J. (2010): "Prólogo y agradecimientos a la edición española". En *Manual PCL-R. Escala de Evaluación de Psicopatía de Hare revisada.* Madrid. Tea ediciones.

Wolfang, M./Ferracuti. F. (1966): *The subculture of Violence. Towards and integrated Theory in Criminology*. London.

Zysman, D. (2011): "La crisis del 'welfare' y sus repercusiones en la cultura política anglosajona". En Rivera Beiras, I. (ed.), *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas.* Barcelona. Anthropos (255-285), 2da. ed.

Zysman Quirós, D. (2013): *Castigo y Determinación de la Pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las 'United States Sentencing Guidelines'.* Madrid. Barcelona. Buenos Aires. Sao Paulo. Marcial Pons.