



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales

LA LEGITIMACIÓN DEL CASTIGO PENAL DE ADOLESCENTES EN CHILE DESDE
LA TEORÍA DEL CASTIGO DE ANTONY DUFF

Memoria para optar al grado de licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

SOFÍA WILSON CODDOU

PROFESORA GUÍA:

Rocío Lorca Ferreccio

Santiago, Chile

2019

“If the question was whether juveniles should be subjected to the kind of criminal process of trial and punishment to which adults are in fact subjected, it would be easy to answer ‘No’ – simply on the grounds that *no one* should be subjected to that process”.

Antony Duff, *Punishing Juveniles*.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	8
CAPÍTULO I: El modelo teórico de Antony Duff.....	12
1. La legitimación de la pena.....	12
2. La sanción penal como proceso comunicativo.....	15
3. Presupuestos necesarios para la adscripción de responsabilidad jurídico-penal.....	18
3.1. La relación triádica de la responsabilidad.....	19
3.2. Estatus de ciudadano responsable.....	21
3.3. Precondiciones y condiciones de la punibilidad.....	25
3.3.1. Obligación política del infractor de motivarse conforme a la norma de comportamiento.....	27
3.3.2. ¿Ante quién se debe responder?: la legitimación del Estado para el proceso de rendición de cuentas.....	32
3.3.3. El lenguaje del derecho penal.....	34
CAPITULO II: Consideraciones del modelo normativo en la responsabilidad penal de adolescentes.....	36
1. Culpabilidad disminuida en razón del grado de desarrollo de los adolescentes.....	36
2. Culpabilidad disminuida en razón de la falta de ciudadanía de los adolescentes.....	39
3. La legitimidad del reproche jurídico-penal de adolescentes.....	45
CAPÍTULO III: Hacia una justificación de la sanción penal adolescente en Chile.....	50
1. Principios fundamentales.....	50
2. Mecanismos de remisión y desestimación de casos.....	54
3. Criterios de imputación en la responsabilidad penal adolescente.....	61
4. Sanciones privativas de libertad aplicables a los adolescentes.....	66
CONCLUSIONES.....	68
BIBLIOGRAFÍA.....	72

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es ofrecer argumentos para la reflexión sobre el reproche jurídico-penal de adolescentes. En el primer capítulo, se expone el modelo normativo de Duff, dando cuenta de su teoría sobre la fundamentación de la pena, y cómo ésta debe consistir en un proceso comunicativo entre el autor del delito y su comunidad. Luego, se analiza los cimientos de la teoría de Duff, que consisten en la adopción de una teoría relacional de la responsabilidad y en la distinción fundamental entre precondiciones y condiciones de la punibilidad. En lo fundamental, para la construcción de un derecho penal democrático el autor del delito debe estar vinculado políticamente con las normas penales, y la comunidad que efectúa el proceso de rendición de cuentas debe actuar en conformidad con los valores centrales que ha definido. De no satisfacerse las precondiciones de la punibilidad, el reproche jurídico-penal deviene ilegítimo. Así, en el segundo capítulo se pretende demostrar de qué forma el reproche jurídico-penal de los adolescentes es deficitario en cuanto a la satisfacción de los presupuestos fundamentales para su legitimación, poniendo énfasis en la falta de participación política que tienen los adolescentes en la creación de las normas penales. Finalmente, en el tercer capítulo se analiza críticamente el sistema penal adolescente en Chile, abordando tres áreas relevantes: mecanismos de remisión y desestimación de casos, criterios de imputación y sanciones privativas de libertad previstas para adolescentes.

Esta investigación pretende mostrar la relevancia de contrastar nuestro sistema penal adolescente con un modelo democrático de derecho penal como el planteado por Duff. La reflexión filosófica de las condiciones necesarias para legitimar el juzgamiento penal permite analizar críticamente la práctica punitiva estatal, con la finalidad de poder crear instituciones que sean coherentes con un derecho penal de y para ciudadanos.

INTRODUCCIÓN

A inicios de este año 2018, un estudio de percepción ciudadana en Chile arrojó, entre otros resultados, que un 74% de las personas encuestadas está de acuerdo con que se debería bajar la edad de los adolescentes que enfrentan la justicia penal¹. La cifra es leída por la opinión pública como una tendencia nacional a responder frente al fenómeno de la delincuencia con mayor control y represión, sin reflexionar sobre su legitimación, especialmente en atención a las consecuencias políticas y sociales que genera la práctica punitiva estatal.

Frente a esta problemática situación, es necesario analizar críticamente la legitimación del castigo penal de adolescentes, reflexionando sobre las condiciones necesarias para la punibilidad de menores de edad. Para ello, el modelo normativo de derecho penal del profesor Antony Duff es un buen punto de partida.

El potencial crítico del modelo de Duff radica en que la legitimación del derecho penal depende crucialmente de que los ciudadanos de una comunidad o sistema político puedan ‘hacer suyo’ ese derecho; esto es, que sea un derecho penal democrático². El castigo penal debe reconocer y respetar el estatus de ciudadano de quien recibe la sanción penal y, así, ser un derecho penal incluyente y no excluyente.

A grandes rasgos, Duff considera que el castigo penal debería ser concebido como un proceso comunicativo cuyo objetivo es comunicar al autor del hecho delictivo la censura pública que merece por su delito y, así, encaminarlo hacia el arrepentimiento de lo cometido, a reformar su conducta y a reconciliarse con aquellos que ha ofendido o dañado³. De esta forma, un sistema penal comunicativo puede expresar los valores que la comunidad política determina como esenciales y tratar a los actuales o potenciales ofensores como miembros de esa comunidad normativa, como ciudadanos que están vinculados y protegidos por esos valores. Solo por esta vía, la comunidad les reconoce su condición de agentes autónomos, con el objetivo de persuadirlos para que ellos mismos reconozcan que han ofendido o dañado a otros⁴. Para el autor, un Estado no sólo les debe a sus ciudadanos protección frente a delitos potenciales, sino

¹ De un universo total de encuestados de 1.201. Resultados de la “Auditoría externa de percepción del servicio de la Defensoría Penal Pública” realizada por la Dirección de Estudios Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Chile, en abril de 2018.

² Antony Duff, “A Democratic Criminal Law”, *Legal Studies Research Paper Series*, no. 15-20 (2015): 1-20.

³ Antony Duff, *Punishment, Communication and Community* (Oxford y Nueva York: Oxford University Press, 2001), 129.

⁴ Duff, *Punishment, Communication*, 124.

también les debe a los potenciales ofensores la garantía de que serán tratados en el proceso penal como miembros de la comunidad política; cuya pertenencia a ésta debe ser preservada y su autonomía, libertad y privacidad respetada⁵.

Delimitando los criterios centrales que legitiman la pena en un sistema penal democrático a la Duff, surgen las siguientes preguntas: ¿puede el castigo penal adolescente cumplir con esas expectativas normativas de legitimación? ¿Cuáles son los desafíos que plantea el estatus de *adolescente* para la legitimación del poder punitivo estatal en este grupo? ¿Qué tipo de sanciones penales son las adecuadas para la construcción de un sistema penal adolescente que sea coherente y consistente con el modelo de Duff?

El objetivo del presente trabajo es analizar y discutir la teoría de Duff sobre la legitimación del castigo penal en general, para luego hacer un esfuerzo por extender la teoría como guía fundamental para delinear los estándares centrales de legitimación de la responsabilidad penal adolescente. Con ese marco teórico, se puede reflexionar y argumentar sobre la tensión existente entre la imposición de sanciones penales a adolescentes en Chile y el espíritu transformador que un modelo normativo a la Duff exige. El propósito de este trabajo es argumentar a favor de la reinterpretación y reforma del sistema penal adolescente en Chile a la luz de los estándares defendidos por el autor. Sólo así, se satisface la pretensión democrática de crear un sistema penal adolescente verdaderamente inclusivo.

Este trabajo no tiene como objetivo explicar y analizar exhaustivamente las teorías retribucionistas, prevencionistas y abolicionistas de legitimación del castigo penal, ni tampoco realizar un análisis crítico exhaustivo de la regulación de la responsabilidad penal adolescente en Chile, contenida en la Ley N° 20.084 (Ley de Responsabilidad Penal Adolescente)⁶. Esta investigación tiene como finalidad utilizar el modelo teórico de Antony Duff para analizar la dificultad de legitimación que enfrenta el reproche-jurídico penal de adolescentes y, así, guiar la interpretación de algunas instituciones relevantes de nuestra regulación a la luz del modelo, para luego finalizar con algunas propuestas de cambios necesarios para crear un sistema penal más democrático.

El orden de la exposición es el siguiente. En el primer capítulo se aborda el modelo normativo construido por Antony Duff. Se comienza explicando la teoría de legitimación de la

⁵ Duff, *Punishment, Communication*, 113.

⁶ En adelante, las referencias a la regulación contenida en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente se efectuará a través de las siglas 'LRPA'.

pena defendida por Duff, para así dar cuenta de su impacto en el planteamiento de la sanción penal como proceso comunicativo. Luego, se explican los presupuestos de adscripción de responsabilidad jurídico-penal, poniendo especial énfasis en la distinción entre condiciones y precondiciones de la punibilidad y la relevancia del estatus de ciudadano para la construcción del reproche jurídico-penal. En el segundo capítulo, se realiza una reflexión en torno a los desafíos que plantea la aplicación o extensión del modelo normativo de Duff a la justificación de un sistema penal adolescente. Finalmente, en el tercer capítulo se analiza críticamente el sistema penal adolescente en Chile, regulado en la Ley 20.084, en atención a los aspectos problemáticos del reproche penal de adolescentes. Se reflexiona sobre tres aspectos relevantes: los mecanismos legales de renuncia a la persecución penal de adolescentes, los criterios de imputación aplicables a los adolescentes, y las sanciones privativas de libertad. Finalmente, se plantean las conclusiones que se siguen de utilizar el modelo normativo de Duff para criticar y mejorar nuestro sistema penal adolescente, instando por la continuación de la reflexión sobre los estándares de legitimación de un sistema penal adolescente.

CAPÍTULO I: El modelo teórico de Antony Duff

1. La legitimación de la pena

El modelo normativo de Antony Duff se construye desde una teoría retribucionista de la pena que descansa en una ética consecuencialista. Como se explicará más adelante⁷, para Duff la sanción penal debe consistir en un proceso comunicativo por el cual el ofensor que comete un determinado delito es llamado –por su comunidad política- a responder frente a ésta por el delito cometido. De acuerdo a su planteamiento, una concepción comunicacional de la pena debe ser considerada retribucionista en la medida en que las respuestas a las preguntas por el *qué*, *a quién* y *por qué* de aquello que se expresa a través del castigo son contestadas por un juicio de merecimiento⁸. Desde una mirada retribucionista, el castigo penal comunica el reproche o censura que merece el ofensor por el quebrantamiento de la norma de comportamiento, la cual lo vincula como ciudadano de una comunidad política determinada. Esta concepción justifica la sanción penal en el juicio de merecimiento de la pena en razón de la culpabilidad individual por el quebrantamiento de la norma. Lo anterior es fundamental, pues tal como señala Mañalich, la orientación de la punición al merecimiento es lo que, en términos hegelianos, “determina el específico reconocimiento de la persona del hechor como agente racional que la punición exhibe como valor declarativo”⁹.

Duff critica una concepción consecuencialista¹⁰, pues a diferencia de la retribucionista que se basa en un juicio de merecimiento, la primera necesariamente responde a la pregunta de *por qué* se castiga penalmente en términos prospectivos: el castigo penal se encuentra justificado sólo en la medida en que sea eficiente para los fines extrínsecos definidos en la construcción del sistema penal. Una concepción de prevención general negativa respondería que la justificación radica en la prevención de delitos, a través de la sanción como medio disuasivo de conductas

⁷ Véase *infra*, capítulo I, sección 2.

⁸ Duff, *Punishment, Communication*, 27.

⁹ Juan Pablo Mañalich, “Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología política”, en *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena* (Santiago: Legal Publishing y Thomson Reuters, 2018), 45.

¹⁰ En la utilización de este término, Duff parece confundir la distinción entre consecuencialismo y utilitarismo, pues su objeción está dirigida a una teoría que se fundamenta en una ética utilitarista y no así a una consecuencialista. La relación entre ambas es una de género-especie, siendo el consecuencialismo el género y el utilitarismo la especie. Véase *infra*, 9 y s.

delictivas futuras. Es decir, la amenaza y la imposición del castigo comunican -al potencial ofensor- el mensaje de que si quebranta alguna norma de comportamiento, recibirá la irrogación del mal constitutivo de la sanción penal, generando así el sistema la expectativa de disuadir ese tipo de conductas.

El modelo teórico propuesto por Duff debe abrazar una teoría retribucionista en razón de que el castigo como proceso comunicativo exige que la comunidad política trate al ofensor como agente moral y racional -en línea con el planteamiento kantiano¹¹- y no como un medio susceptible de ser manipulado por un fin preventivo. Ahora bien, el argumento anterior no explica completamente *por qué* se justifica aplicar una sanción penal a quien infringe una determinada norma de comportamiento. Duff ofrece un punto de partida al señalar que:

Si yo declaro firmemente que una cierta conducta –discriminar por motivos raciales en la designación de puestos de trabajo, por ejemplo- es seriamente incorrecta, esto tiene implicancias para mi propia conducta. Hablar en serio me compromete a evitar aquella conducta (...) Así también ocurre con el derecho. El derecho penal declara ciertos tipos de conducta como incorrectos –como delictivos. Pero si el derecho, o la sociedad por la cual habla, muestra estar hablando en serio, está comprometida a censurar a aquellos que, a pesar de lo anterior, ejecutan aquella conducta. Permanecer en silencio frente a esos crímenes sería socavar –por implicación ir hacia atrás- su declaración de que aquella conducta es incorrecta¹².

En efecto, la censura de aquella conducta que es definida como delito por una comunidad política es debida a las víctimas, a la propia comunidad y a los ofensores¹³. A las primeras, en razón de la protección que el derecho debe ofrecer a sus ciudadanos frente a actos que atenten contra determinados bienes jurídicos. A la segunda, debido a que la censura es expresiva de la seriedad en la consideración y respeto que la propia comunidad muestra a los valores que ha definido como merecedores de protección. Esto es lo que justifica que ciertas conductas constituyan ofensas públicas. Y a los últimos, en la medida en que el sistema penal los debe tratar como agentes racionales y ser construido bajo la premisa de la vinculación de éstos con las normas de su comunidad política.

¹¹ Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (San Juan: Ed. Pedro M. Rosario Barbosa, 2007), 41.

¹² Duff, *Punishment, Communication*, 27. Traducción libre. Cita en su idioma original: “If I declare firmly that a certain kind of conduct –discriminating on racial grounds in making job appointments, for instance- is seriously wrong, this has implications for my own conduct. To mean what I say commits me to avoiding such conduct myself (...) So too with the law. The criminal law declares certain kinds of conduct to be wrong –to be criminal. But if the law, or the society in whose name it speaks, is to mean what it thus says, it is committed to censuring those who nonetheless engage in such conduct. To remain silent in the face of their crimes would be to undermine –by implication to go back on- its declaration that such conduct is wrong”.

¹³ Duff, *Punishment, Communication*, 112 y s.

En consecuencia, Duff considera que el castigo penal constituye una penitencia secular que comunica al ofensor la censura que merece por el quebrantamiento de la norma de comportamiento¹⁴. Es retribucionista en la medida en que la justificación de la sanción penal se encuentra en la comunicación pública de esa censura o reproche merecido, pero, a diferencia de lo que tradicionalmente recibe la etiqueta de teoría retribucionista absoluta, vincula la justificación de la pena al propósito prospectivo de persuadir –a quien infringe la norma penal– de arrepentirse de haber cometido el delito y reconciliarse con su comunidad¹⁵. En efecto, “las acciones comunicativas en general tienen un propósito prospectivo”¹⁶. Duff explica que su concepción no consiste en defender una teoría mixta de la justificación de la pena (como por ejemplo, aquella defendida por Roxin¹⁷), sino una en la que la relación entre la pena y su finalidad no es contingente e instrumental, sino interna. La finalidad de persuadir al agente responsable que quebrantó la norma de comportamiento de que se arrepienta del agravio público cometido, constituye al castigo penal en el método apropiado para la concreción de ese objetivo.

Sobre este punto, es relevante mencionar la explicación ofrecida por Mañalich sobre la necesidad de abandonar el lugar común según el cual la distinción entre una ética deontológica y una ética consecuencialista se corresponde con la distinción entre las teorías retribucionistas y las teorías prevencionistas, respectivamente. Si consideramos que la pregunta por la justificación de la pena se corresponde con una búsqueda ética por aquellos presupuestos necesarios para que la práctica punitiva estatal se encuentre legitimada, es necesario rechazar la suposición de que bajo una teoría retributiva, la irrogación de un mal en respuesta a la comisión de un delito debe necesariamente ser entendido como un fin en sí mismo¹⁸. Así, una teoría retributiva puede abrazar una ética consecuencialista que, de acuerdo a la concepción defendida por Duff, descansaría en la finalidad interna de buscar el arrepentimiento del ofensor por el delito cometido, para así lograr la reconciliación de éste con la comunidad normativa, tal como se explicará con detalle más adelante¹⁹. Sin embargo, la confusión se produce debido a que se suele equiparar la ética consecuencialista con la ética utilitarista, cuando en realidad están en una relación de género a especie. Así, si bien una teoría de la retribución puede descansar en

¹⁴ Duff, *Punishment, Communication*, 106 y ss.

¹⁵ Duff, *Punishment, Communication*, 107 y ss.

¹⁶ Duff, *Punishment, Communication*, 30.

¹⁷ Véase Claus Roxin, *Problemas básicos del derecho penal* (Madrid: Reus S.A., 1976), 11-35.

¹⁸ Mañalich, “Retribucionismo consecuencialista”, 28 y s.

¹⁹ Véase *infra*, capítulo I, sección 2.

una ética consecuencialista, no puede abrazar una ética utilitarista. Como bien observa Mañalich al explicar la teoría de la retribución de Beling:

Pues él [Beling] identifica tal exigencia [de justificación utilitarista] con el desiderátum de que la punición sirva a ‘la protección de intereses reales’, sin que esto alcance todavía a prejuzgar, sin embargo, si acaso ha de tratarse de la protección de *cualquier* interés o, en cambio, de *algún específico* interés ulteriormente cualificado. Y el punto está en que sólo en el primer caso se trataría de una justificación utilitarista, precisamente porque lo que distingue a un utilitarismo de intereses (o de preferencias) es el compromiso radicalmente imparcial con un principio de igual relevancia –y por ende, de entera commensurabilidad- de todo interés que sea atribuible a cualquier ente capaz de tener intereses²⁰.

Tratándose de la teoría defendida por Duff, el interés específico promovido por la punición retributiva es lograr el arrepentimiento, reforma y reconciliación del autor del delito con su comunidad política; en cambio, Beling considera que el interés promovido por la punición retributiva es uno de segundo orden que consiste en la preservación de la propia autoridad del Estado²¹.

2. La sanción penal como proceso comunicativo

Para poder afirmar que un sistema penal es coherente con una teoría retribucionista como la propuesta por Duff, es necesario defender una concepción de la sanción penal como un proceso comunicativo que persigue comunicar a los ofensores la censura que sus delitos merecen. Duff defiende una teoría comunicativa explicando que, a diferencia de los teóricos de la concepción expresiva de la pena, prefiere utilizar el término *comunicación* debido a que da cuenta de un encuentro racional y recíproco entre personas. La teoría de la expresión sugiere que alguien expresa algo a un receptor; en cambio, la comunicación requiere que el receptor sea un participante activo en el proceso, quien reciba y responda aquello que se le está comunicando por la vía de apelar a su racionalidad y entendimiento²². La pena como proceso comunicativo implica que el ciudadano ofensor es considerado y tratado como un agente racional y moral, el cual se ve enfrentado a un proceso de juzgamiento y sanción por el delito cometido, en razón de su pertenencia e identificación con el lenguaje normativo y los valores de su comunidad política.

²⁰ Mañalich, “Retribucionismo consecuencialista”, 40.

²¹ Ernst Beling, *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht* (Leipzig: Wilhelm Engelmann, 1908), 36 y s, citado por Mañalich, “Retribucionismo consecuencialista”, 40.

²² Duff, *Punishment, Communication*, 79 y ss.

Para crear un proceso verdaderamente comunicativo, el derecho penal debe ofrecer a sus ciudadanos razones para actuar en conformidad a la ley, en virtud de que su contenido refleja los valores centrales de su comunidad política.

En cuanto al proceso penal, la comunicación se produce en la medida en que el ciudadano ofensor es llamado a responder frente a la acusación de haber cometido un delito, y a tomar parte en el proceso. Si es condenado, la sanción le comunica a él y a sus conciudadanos la censura merecida por el crimen cometido. Existe una expectativa de que el ofensor entienda y acepte que la censura se encuentra justificada. Así, el proceso penal y la sanción aplicada están dirigidos al ofensor respetando su condición de miembro de la comunidad política y, al mismo tiempo, se espera una respuesta de su parte como miembro vinculado y protegido por el derecho de su comunidad²³.

En consecuencia, el derecho penal sustantivo y el proceso penal buscan comunicar, a quien quebranta la norma de comportamiento, la censura pública merecida por el delito cometido, dirigida en razón de la agencia racional del autor del delito. El objetivo del derecho penal es persuadir a los potenciales ofensores de hacer lo correcto porque entienden que es lo correcto, y no por razones extrínsecas a su propio entendimiento como agentes morales.

Duff construye su modelo teórico a partir de la idea de que el castigo penal debe ser entendido como una especie de penitencia secular. En efecto, señala que:

Es una carga impuesta al ofensor por el delito cometido, a través de la cual se espera que aquel se arrepienta de haber cometido el delito, empiece un proceso de auto-reforma, y así se reconcilie con aquellos que ha agraviado. A pesar de que la idea de sanción penal como penitencia puede sonar extraña y perturbadora para oídos liberales, sostengo que ofrece una concepción del castigo que es adecuada para una comunidad política liberal –una concepción del castigo como una respuesta comunicativa e inclusiva frente a los agravios públicos cometidos por los ciudadanos de dicha comunidad²⁴.

²³ Duff, *Punishment, Communication*, 88 y s.

²⁴ Duff, *Punishment, Communication*, 106. Traducción libre. Cita en su idioma original: “It is a burden imposed on an offender for his crime, through which, it is hoped, he will come to repent his crime, to begin to reform himself, and thus reconcile himself with those he has wronged. Although the idea of criminal punishment as penance might sound strange and disturbing to liberal ears, I argue that it provides a conception of punishment that is suitable for a liberal political community –a conception of punishment as a communicative and inclusionary response to the public wrongs committed by citizens of such a polity”.

Con este punto de partida, el autor construye la teoría de las “tres Rs” (*repentance, reform and reconciliation*) del castigo penal, para explicar su planteamiento sobre la pena como proceso comunicativo²⁵.

El primer objetivo es el arrepentimiento del ofensor, el cual es un propósito interno a la censura. La intención que se busca con el proceso de censura es que el ofensor la acepte como justificada, es decir, que reconozca y acepte que el delito realizado ofendió y dañó a otros. Un auténtico reconocimiento implica un arrepentimiento de lo cometido; esto es, un distanciamiento entre la conducta reprochada y el autor, en la medida en que este último desearía no haberlo cometido. Duff considera que el arrepentimiento inflige un dolor necesario en el autor, debido a que admitirse a sí mismo y a lo demás que obró de forma reprochable le genera un dolor merecido que deviene en arrepentimiento y remordimiento²⁶. De acuerdo con este planteamiento, la censura es la vía adecuada para inducir el arrepentimiento del autor. El ofensor merece ser tratado como agente responsable, por lo que el proceso penal debe tratar de persuadirlo de que se arrepienta de lo cometido a través de una reflexión individual y colectiva. Duff utiliza el ejemplo de la sanción de trabajo comunitario como un tipo de sanción que materialmente expresa la censura y somete al autor a un proceso de reflexión sobre cuál fue la conducta cometida, por qué fue cometida y cómo evitar cometerla en el futuro. El trabajo comunitario provee así una estructura dentro de la cual el autor puede pensar en la naturaleza e implicancias del delito cometido y poder llegar a un auténtico arrepentimiento²⁷.

El segundo objetivo es lograr que el autor adopte un compromiso de auto-reforma como consecuencia de su arrepentimiento. El objetivo del proceso y la sanción penal es que el autor se vea persuadido de la necesidad de reformar su comportamiento, es decir, reconocer la necesidad de evitar la comisión de un delito en el futuro. La finalidad es que el autor logre reflexionar y decidir sobre qué cambios necesita hacer en su conducta para evitar la comisión de hechos punibles. Duff utiliza como ejemplo la alternativa de libertad condicional, como período de supervigilancia que permite que la persona demuestre a sí misma y a sus conciudadanos que puede reformar su comportamiento²⁸.

²⁵ Duff, *Punishment, Communication*, 107 y ss.; véase también Antony Duff, “Punishing the Young”, en *Punishing Juveniles: Principle and Critique*, eds. Ido Weijers y Antony Duff (Oxford y Portland: Hart Publishing, 2002), 130 y s.

²⁶ Duff, *Punishment, Communication*, 107.

²⁷ Duff, *Punishment, Communication*, 108.

²⁸ Duff, *Punishment, Communication*, 108 y s.

Por último, el proceso comunicativo tiene como finalidad la reconciliación. La idea es lograr que el autor arrepentido busque la reconciliación con su comunidad y, a su vez, que la comunidad busque aquella reconciliación con el autor como demostración de su pertenencia a la sociedad. La reconciliación exige una disculpa pública a la víctima y a la comunidad por el delito cometido que, si bien puede ser meramente verbal, la mayoría de los delitos exigen una disculpa materialmente expresada debido a su gravedad. Duff señala que puede consistir en alguna forma de reparación a través de trabajo en beneficio de la víctima o la comunidad que, a veces, logra reparar el daño físico cometido, y otras, tiene la aptitud declarativa de un auténtico arrepentimiento del autor²⁹. Sobre esto, es importante señalar que la reconciliación no necesariamente implica que el ofensor pida un perdón sincero por el delito cometido. A modo de ejemplos, el mero acto formal y público de pedir perdón por la vía de someterse a las condiciones de una libertad condicional o de trabajo comunitario, ya es demostrativo de un intento de disculpa reparativa que persigue la reconciliación entre conciudadanos³⁰.

Ahora bien, los objetivos explicados anteriormente no responden la pregunta de si se justifica –en miras a la obtención de esos fines- la práctica punitiva estatal. Teniendo presente que un planteamiento como el de Duff es normativo y la realidad demuestra que muchas veces estos objetivos no son alcanzados, ¿cuál es el argumento para que un Estado haga un esfuerzo de recursos materiales y humanos para hacer funcionar un sistema como el planteado? En relación a esta pregunta, tal como se explicó anteriormente, Duff afirma a lo largo de su obra que un Estado liberal democrático tiene el deber de instaurar un sistema penal, pues es algo que les debe a sus ciudadanos; a las víctimas, ofensores y a la comunidad en su conjunto³¹.

En conclusión, Duff defiende una concepción de la pena como proceso comunicativo, la cual es coherente con una teoría retribucionista de la fundamentación de la sanción penal. Estas ideas orientan la forma en que el autor comprende la responsabilidad jurídico-penal, lo que se desarrollará en los próximos apartados.

3. Presupuestos necesarios para la adscripción de responsabilidad jurídico-penal

²⁹ Duff, *Punishment, Communication*, 109 y s.

³⁰ Duff, *Punishment, Communication*, 110 y s.

³¹ Duff, *Punishment, Communication*, 112 y ss.

Para entender en profundidad el modelo normativo de Duff es fundamental analizar los cimientos desde los cuales construye su teoría. La teoría relacional de la responsabilidad penal y el concepto de ciudadanía son presupuestos centrales de su propuesta, pues informan la construcción de un modelo de derecho penal de y para ciudadanos.

3.1. La relación triádica de la responsabilidad

Duff defiende una teoría relacional de la responsabilidad penal. Esto supone comprender la culpabilidad como un juicio de reprochabilidad en el sentido utilizado por Scanlon. En su comprensión sobre el reproche moral, Scanlon diferencia entre reprochabilidad (*blameworthiness*) y la incorrección (*wrongness*) de una acción, dando cuenta que la reprochabilidad de una acción depende de las razones que motivaron la conducta del agente y de las condiciones específicas bajo las cuales actuó. En cambio, la incorrección de una acción no depende de tales razones³². Para ilustrar lo anterior, una persona puede haber ejecutado una acción incorrecta que provocó un daño a otra persona, pero no le es reprochable en atención a las circunstancias en las que se encontraba. Con este punto de partida, Scanlon ofrece una concepción relacional del reproche moral en la medida en que, concordando con Strawson, las relaciones humanas constituyen los cimientos del reproche³³. Sin embargo, a diferencia de Strawson que identifica el reproche con la experiencia de sentir indignación y resentimiento hacia quienes muestran con su conducta una deficiencia moral³⁴, Scanlon le da énfasis a “las expectativas, intenciones y otras actitudes que constituyen esas relaciones”³⁵. La propuesta de Scanlon es la siguiente:

[D]eclarar que una persona es reprochable (*blameworthy*) por una acción es declarar que esa acción muestra algo sobre la actitud que presenta el agente hacia otros, que vulnera las relaciones que los demás pueden tener con él o

³² Thomas Scanlon, *Moral Dimensions: Permissibility, Meaning, Blame* (Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2008), 124. Para un análisis sobre la relación entre los conceptos de responsabilidad, culpabilidad e intención, véase M.S. Moore, “Intention as a Marker of Moral Culpability and Legal Punishability”, en *Philosophical Foundations of Criminal Law*, eds. Antony Duff y Stuart Green (Oxford: Oxford University Press, 2011), 179-205.

³³ Scanlon, *Moral Dimensions*, 128.

³⁴ Véase Peter Strawson, *Freedom and Resentment and Other Essays* (Londres y Nueva York: Routledge, 2008), 4 y ss.

³⁵ Scanlon, *Moral Dimensions*, 128.

ella. Dirigir un reproche (*to blame*) a una persona es juzgarla como reprochable y tener por modificada la relación con ella en un sentido que sea apropiado con el juicio de afectación de esa relación³⁶.

Lo anterior se construye a partir de un entendimiento de que las relaciones interpersonales se encuentran constituidas por actitudes, intenciones y expectativas sobre como las partes interactúan entre ellas³⁷. La afectación a la relación interpersonal que le preocupa a Scanlon está enraizada en nuestra práctica moral cotidiana; esto es, cuando una persona muestra una falta de preocupación con la justificación de su conducta, de tal forma que refleja una deficiencia de consideración y respeto por los demás en tanto seres capaces de entender y motivarnos conforme a razones³⁸.

En efecto, Scanlon considera esencial la distinción entre reproche (*blame*) y reprochabilidad (*blameworthiness*). Dirigir un reproche a una persona implica sostener actitudes hacia ella que difieren –en un sentido que refleja la afectación producida por la acción reprochable- de las actitudes requeridas por la naturaleza de la relación³⁹. En otras palabras, reprochar a alguien implica revisar las intenciones y expectativas que se tienen de esa persona y manifestar actitudes distintas a aquellas que la relación normalmente constituye⁴⁰. Un juicio de reprochabilidad es uno que cualquiera puede hacer, sin importar qué tan distante se encuentre del agente y su acción reprochable. No obstante, el contenido del reproche depende del significado que tiene el agente y su acción relevante para la persona que dirige el reproche. La respuesta apropiada tras el juicio de reprochabilidad dependerá de la relación que la persona tenga con la acción reprochable y la actitud que ésta revela respecto al agente⁴¹. A modo de ejemplo, Scanlon ilustra el cambio de actitud y disposición que enfrenta una persona al ser víctima de una conducta desleal por parte de su amigo. Tras un juicio de reprochabilidad moral por la incorrección de la conducta del agente, el contenido del reproche es relativo a la naturaleza de la relación y al significado que tiene la acción para el amigo que dirige el reproche⁴². Quien

³⁶ Scanlon, *Moral Dimensions*, 128. Traducción libre. Cita en su idioma original: “[T]o claim that a person is *blameworthy* for an action is to claim that the action shows something about the agent’s attitudes toward others that impairs the relations that others can have with him or her. To *blame* a person is to judge him or her to be *blameworthy* and to take your relationship with him or her to be modified in a way that this judgment of impaired relations holds to be appropriate”.

³⁷ Scanlon, *Moral Dimensions*, 131 y ss.

³⁸ Scanlon, *Moral Dimensions*, 139 y ss.

³⁹ Scanlon, *Moral Dimensions*, 145.

⁴⁰ Scanlon, *Moral Dimensions*, 135.

⁴¹ Scanlon, *Moral Dimensions*, 145.

⁴² Scanlon, *Moral Dimensions*, 129 y s.

dirige el reproche tiene razones para revisar sus expectativas e intenciones tras la realización de la acción desleal, en la medida en que la conducta indica algo sobre la actitud del agente respecto a su amigo y la naturaleza de la relación.

En ese sentido, tal como sostiene Mañalich, adscribir a una concepción relacional de la culpabilidad implica entenderla como,

[u]na forma de reprochabilidad a la Scanlon, concerniente a la modificación de una relación jurídicamente institucionalizada que vincula a los sujetos activo y pasivo del reproche susceptible de ser fundamentado en el correspondiente juicio de reprochabilidad⁴³.

Duff construye su teoría normativa sobre la base de que la estructura de la responsabilidad criminal es esencialmente relacional. El autor sostiene que, en general, el concepto de responsabilidad presenta la siguiente estructura triádica:

Yo soy responsable por X, ante S –ante una persona o entidad que tiene el estatus para llamarme a responder por X. Soy también responsable por X ante S en tanto Φ –en virtud de la satisfacción de una descripción normativamente cargada que me hace responsable (prospectiva y retrospectivamente) por X ante S. Ser responsable es poder ser llamado a responder; responder consiste en responder ante una persona o entidad que tiene el derecho o estatus de llamarme a rendir cuenta; y así, puedo ser llamado a responder en virtud de una descripción normativamente cargada, típicamente la descripción de un rol que satisfago⁴⁴.

Así, de *qué* se responde y *ante quién* está determinado por el rol normativo que tiene la persona juzgada dentro de la relación triádica de responsabilidad. El rol constituye el contenido y la dirección de las responsabilidades del agente. Utilizando esta estructura, la obra de Duff ofrece respuestas a las preguntas de *ante quién* y *en tanto qué* somos llamados a responder jurídicamente. Se partirá explicando cuál es el estatus que debe exhibir la persona en un juicio de reprochabilidad penal.

3.2. Estatus de ciudadano responsable

⁴³ Juan Pablo Mañalich, “La fundamentación de la pena bajo un derecho penal de la culpabilidad”, en *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena* (Santiago: Legal Publishing y Thomson Reuters, 2018), 8.

⁴⁴ Antony Duff, *Answering for Crime: Responsibility and liability in the criminal law* (Oxford y Portland: Hart Publishing, 2007), 23. Traducción libre. Cita en su idioma original: “I am responsible for X, to S –to a person or body who has the standing to call me to answer for X. I am also responsible for X to S as Φ -in virtue of satisfying some normatively laden description that makes me responsible (prospectively and retrospectively) for X to S. To be responsible is to be answerable; answerability is answerability to a person or body who has the right or standing to call me to account; and I am thus answerable in virtue of some normatively laden description, typically a description of a role, that I satisfy”.

Todo sistema penal -en virtud del cual las personas vinculadas a él son llamadas a responder por el quebrantamiento de las normas de comportamiento que integran el sistema- presupone que los ofensores son agentes responsables. En efecto, el individuo que infringe la norma penal debe tener la capacidad de responder ante su comunidad por la comisión del delito. Duff argumenta que las capacidades de las cuales depende la adscripción de responsabilidad jurídico-penal tienen relación con la capacidad receptiva de las razones que envuelven una determinada situación de deliberación práctica; esto es, un agente responsable debe ser capaz de reconocer y responder a las razones determinantes en una situación concreta⁴⁵. En el contexto de la responsabilidad penal, esto implica el reconocimiento de las razones jurídicas relevantes para la acción y ser capaz de generar la intención de omitir o ejecutar aquella conducta prohibida o requerida y, finalmente, ejercer esa intención evitando o ejecutando esa acción. Duff establece que existen dos momentos diferentes en los cuales surge la pregunta de si la persona actúa como agente responsable o no. El primer momento es cuando la persona actúa sin transformar la norma de comportamiento en razón vinculante para su acción, y el segundo momento es cuando el agente es llamado a responder por esa acción⁴⁶. Sobre el segundo momento, Duff explica que para que el autor de un delito cuente como agente responsable es necesario que sea capaz de responder por el delito cometido. Esa capacidad incluye la capacidad de entender aquello que se le está imputando, entender el proceso penal que se activa y ser capaz de responder frente al cargo; ya sea por la vía de defender su inocencia, reconocer su responsabilidad en la comisión del delito o decidir no involucrarse por rechazar el proceso comunicativo de juzgamiento penal. En consecuencia, si el ofensor no es capaz de responder porque no tiene la capacidad de entender aquello que se le está imputando, entonces no se le puede adscribir responsabilidad jurídico-penal por lo ocurrido⁴⁷.

Ahora bien, en la relación triádica de responsabilidad penal la persona no solo debe contar como *agente* responsable -que pueda responder por aquello que cometió (*answerable*)-, sino como *ciudadano* responsable⁴⁸. Duff se formula la pregunta de bajo qué título el agente es llamado a responder por el delito cometido ante su comunidad política. Esta pregunta sólo puede

⁴⁵ Duff, *Answering for Crime*, 39 y ss.

⁴⁶ Duff, *Answering for Crime*, 40.

⁴⁷ Duff, *Punishment, Communication*, 180.

⁴⁸ Duff, *Punishment, Communication*, 181.

ser contestada en atención al rol que juega el agente o la relación que tiene con su comunidad.

En la línea de lo planteado por Scanlon, Duff señala que:

Aquellos ante quienes soy responsable son aquellos que tienen el derecho o estatus de recordarme de mis responsabilidades prospectivas y de llamarme a responder (juzgarme retrospectivamente responsable) por la manera en la cual cumplí o incumplí aquellas responsabilidades⁴⁹.

Así, es necesario reflexionar sobre la manera en que el derecho penal se vincula con las personas sujetas a su control y bajo qué título aquellas son llamadas a responder en caso de quebrantar la ley penal. Sobre este punto, Duff reflexiona tres respuestas alternativas, cuyo análisis permite una mejor comprensión de la particularidad de la propuesta normativa del autor⁵⁰.

La primera concepción se construye a partir del principio de territorialidad, señalando que una persona es reprochada jurídico-penalmente *en tanto* agente que comete un delito dentro de los límites geográficos de un territorio soberano determinado. Así, dentro de esos límites el derecho define qué conductas revisten relevancia jurídico-penal y la jurisdicción para procesar a quien quebrante la ley penal. Duff critica esta alternativa porque no ofrece una respuesta iluminadora a la pregunta normativa de bajo qué título las personas responden penalmente, afirmando que carece de la idea de comunidad de personas que viven juntas bajo valores o principios comunes⁵¹. Sólo captura la extensión de la responsabilidad criminal en razón del principio de territorialidad, pero no ofrece una justificación normativa. Frente a esta objeción, se puede argumentar en términos de un positivismo clásico a la Austin, utilizando una noción débil de comunidad normativa⁵². El agente responde *en tanto* súbdito, pues el derecho consiste en órdenes del soberano. Así, la comunidad se reduce a la constatación fáctica de quienes habitualmente obedecen al soberano, y éste es quien es habitualmente obedecido dentro de un territorio geográfico determinado desde el que se ejerce soberanía. Duff critica este planteamiento rechazando la idea de órdenes del soberano como definición de qué cuenta como derecho penal. Para Duff, la norma penal no es transformada en razón vinculante para la acción en virtud de su autoridad, sino debe ser expresiva de las razones sustantivas que justifican las demandas contenidas en ella⁵³.

⁴⁹ Duff, *Answering for Crime*, 37. Traducción libre. Cita en su idioma original: “Those to whom I am responsible are those who have the right or standing to remind me of my prospective responsibilities and to call me to account (hold me retrospectively responsible) for the way in which I discharge or fail to discharge those responsibilities”.

⁵⁰ Duff, *Answering for Crime*, 43 y ss.

⁵¹ Duff, *Answering for Crime*, 44 y s.

⁵² Véase John Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law* (Londres: John Murray, 1885).

⁵³ Duff, *Punishment, Communication*, 58.

La segunda postura que trata de responder a la pregunta de bajo qué título el agente es llamado a responder penalmente, señala que responde *en tanto* agente moral al no manifestar una actitud receptiva a las razones morales que ofrece el derecho penal para ejecutar u omitir una determinada acción. Michael Moore es partidario de esta noción, argumentando que la función del derecho penal es “alcanzar la justicia retributiva a través del castigo de todos y sólo aquellos moralmente culpables de cometer algún acto moralmente reprochable”⁵⁴. Si bien Duff reconoce que el derecho penal integra nociones morales sobre lo correcto e incorrecto, formula dos objeciones a una concepción moralista del derecho penal. Primero, señala que puede ser sub-inclusivo en la medida en que existe el riesgo de excluir de este grupo a los delitos entendidos como *mala prohibita*, es decir, aquellas conductas que no son incorrectas con independencia o de forma previa a su regulación legal⁵⁵. Segundo, señala que existe un riesgo de que esta concepción sea sobre-inclusiva al ampliar la esfera de lo punible a toda conducta que sea moralmente reprochable. Esto conlleva dos consecuencias⁵⁶. Primero, vuelve difusa o inexistente la distinción entre la esfera pública y privada, debido a que toda conducta moralmente reprochable revestiría –en principio- relevancia jurídico penal, adquiriendo así el estatus de agravio público que concierne a toda la comunidad. Segundo, se podría justificar una infracción al principio de territorialidad de la jurisdicción penal, pues a todas las naciones les concerniría la persecución penal de aquellas conductas moralmente reprochables, sin importar la decisión de criminalización de determinadas conductas definidas por cada Estado.

En consecuencia, frente a estas objeciones Duff argumenta que para la construcción de un sistema penal democrático es fundamental la noción de ciudadanía. Un agente es llamado a responder penalmente por el delito cometido *en tanto* ciudadano responsable. Duff establece que todos los miembros de una democracia liberal se relacionan entre ellos -y en referencia al Estado y al derecho que los vincula- no como súbditos ni como meros agentes morales, sino como ciudadanos. Las instituciones políticas tienen la función y el deber de hablar en nombre y por cuenta de sus ciudadanos, es decir, constituyen la voluntad colectiva como resultado de la deliberación pública⁵⁷. A su vez, la noción de ciudadanía integra tanto derechos como

⁵⁴ M.S. Moore, *Placing Blame: A General Theory of the Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 1997), capítulo 18, citado por Duff, *Answering for Crime*, 47.

⁵⁵ Duff, *Answering for Crime*, 47.

⁵⁶ Duff, *Answering for Crime*, 47 y s.

⁵⁷ Duff, *Answering for Crime*, 49.

responsabilidades, cuya definición y delimitación depende exclusivamente de una decisión política sobre la extensión de la esfera de lo público⁵⁸. Duff defiende una concepción política comunitarista liberal, por lo que su modelo normativo se compromete con dos ideas fundamentales⁵⁹. La primera consiste en que la esfera pública es parcial y limitada, pues los individuos no son sólo ciudadanos, sino tienen roles de padres o madres, trabajadores, colegas, entre otros. Segundo, la privacidad, la libertad y la responsabilidad son valores fundamentales que deben ser respetados por la comunidad política, lo que implica que el sistema debe ser construido respetando la posibilidad de cada individuo de perseguir su propio proyecto de vida. La delimitación entre lo público y lo privado es estrictamente normativa y dependiente de su contexto. No queda definida por el lugar espacial en el cual ocurre el hecho delictivo. En palabras de Duff:

La esfera de lo privado que una comunidad política liberal debe respetar no viene dado; constituye el producto de la deliberación normativa sobre qué asunto es de quién (...) Una explicación del proyecto cívico incluye una comprensión de nuestras responsabilidades cívicas: sobre qué nos debemos entre nosotros, y sobre qué debemos responder entre nosotros, en tanto ciudadanos⁶⁰.

En consecuencia, el estatus de ciudadano es aquello que responde a la pregunta de *en tanto qué* somos llamados a responder jurídico-penalmente. Es necesario hacer un análisis profundo sobre el rol de la ciudadanía para poder construir un modelo normativo de derecho penal que satisfaga los estándares de legitimación democrática.

3.3. Precondiciones y condiciones de la punibilidad

Duff realiza una distinción crucial que le da coherencia a su obra completa. Esta consiste en la distinción entre condiciones y precondiciones para la adscripción de responsabilidad jurídico-penal. Duff señala que las condiciones que se deben cumplir para que el castigo penal impuesto a un individuo particular se encuentre justificado consisten en la condición de que esté debidamente condenado, que su sanción sea proporcional al delito cometido y que la sanción

⁵⁸ Sobre las formas en que –en principio– los ciudadanos se pueden relacionar con su derecho penal, véase Antony Duff, “A Criminal Law We Can Call Our Own”, *Northwestern University Law Review* 111, no. 6 (2017): 1491-505.

⁵⁹ Duff, *Answering for Crime*, 50 y s.

⁶⁰ Duff, *Answering for Crime*, 51. Traducción libre. Cita en su idioma original: “The realm of privacy that a liberal polity must respect is not a given; it is the outcome of a normative deliberation about what is whose business (...) An account of the civic enterprise will include an account of our civic responsibilities: of what we owe to each other, and must answer for to each other, as citizens”.

constituya un intento o esfuerzo genuino por construir un proceso comunicativo con el autor⁶¹. Si estas condiciones no se cumplen, la sanción penal no se encontrará justificada. Sin embargo, para poder analizar la concurrencia de éstas es necesario que se cumplan otras condiciones anteriores, que consisten en precondiciones de la punibilidad. Estas cuentan como condiciones necesarias para un adecuado proceso de rendición de cuentas dentro de un sistema penal. Sólo si se satisfacen esas precondiciones, se puede justificar la práctica punitiva estatal⁶². Para ilustrar esta distinción, Duff utiliza el ejemplo de la crítica y censura moral⁶³. Si una persona critica a otra por actuar inmoralmente y censura esa conducta, la persona criticada puede responder a ello con alguno de los siguientes descargos: i) que ella no realizó aquello que se le imputa; ii) que la conducta realizada no fue incorrecta; iii) que era excusable su comportamiento o; iv) que la censura es excesiva en relación a la conducta cometida. Lo anterior da cuenta de una discusión sobre las condiciones necesarias para que el reproche moral sea justificado. En efecto, dentro de la práctica del reproche, se está discutiendo si las condiciones internas a ésta se encuentran satisfechas para poder afirmar con propiedad que el reproche se encuentra justificado. En cambio, por otro lado, la persona criticada podría esgrimir que la persona que emite el reproche moral no está legitimada para hacerlo o no tiene el estatus moral para censurar su conducta. Esto significa aseverar que quien dirige el reproche no está legitimada para llamarla a responder por lo cometido. En consecuencia, la discusión sobre las precondiciones de la punibilidad recae en las condiciones necesarias para legitimar un proceso de rendición de cuentas.

Duff argumenta que se deben satisfacer cuatro precondiciones de la punibilidad para que la práctica punitiva estatal se encuentre debidamente legitimada⁶⁴. Estas son: i) que aquel que es llamado a responder por la comisión de un delito exhiba el estatus de ciudadano responsable; ii) que aquella persona tenga la obligación política de respetar el derecho penal, es decir, se encuentre políticamente vinculada a las normas de comportamiento; iii) que aquel ante quien el infractor es llamado a responder se encuentre legitimado para dirigir un proceso de rendición de cuentas respecto del autor; y iv) que el lenguaje normativo del reproche penal sea un lenguaje que hable en nombre de los ciudadanos de la comunidad; debe ser un lenguaje que los ciudadanos puedan entender y utilizar por sí mismos.

⁶¹ Duff, *Punishment, Communication*, 179.

⁶² Duff, *Punishment, Communication*, 179 y ss.

⁶³ Duff, *Punishment, Communication*, 179 y s.

⁶⁴ Duff, *Punishment, Communication*, 179-193.

En el apartado anterior se expuso el concepto de ciudadano responsable desarrollado en la obra de Duff, el cual configura una precondition de la punibilidad que informa a las demás preconditiones, las que se explicarán a continuación.

3.3.1. Obligación política del infractor de motivarse conforme a la norma de comportamiento

La precondition de la punibilidad relativa a la obligación política del agente de actuar en conformidad con la norma de comportamiento es quizás el punto más problemático en relación a la construcción de una teoría retribucionista-democrática de la culpabilidad. Duff sostiene que la pregunta por la vinculación entre el agente y el derecho penal sustantivo es una pregunta sobre su vinculación moral o política, no jurídica. La cuestión es descifrar si la expectativa normativa de la vinculación del autor a las normas de comportamiento penal está legitimada moralmente o no⁶⁵. Para analizar en profundidad esta precondition de la punibilidad, es necesario reflexionar críticamente el rol que Duff le reconoce al derecho penal.

Duff se distancia de cómo tradicionalmente el positivismo jurídico ha entendido el rol del derecho penal sustantivo. En efecto, como ya fue adelantado anteriormente, esta tradición sostiene que el derecho penal prohíbe la comisión y omisión de ciertas conductas por la vía de ofrecer a sus destinatarios razones para la acción que son independientes de su contenido moral pre-jurídico. Duff argumenta que esas razones pueden ser entendidas como el debido respeto por la autoridad de la ley (los ciudadanos deben obedecer porque reconocen la obligación de hacerlo) o por su poder (los ciudadanos obedecen porque se ven obligados a hacerlo ante la amenaza de la sanción penal)⁶⁶. El autor denuncia que entender el derecho penal de ese modo muestra una “falta de transparencia”, en la medida en que las razones ofrecidas por el derecho para actuar como aquél demanda difieren de las razones que justifican sustantivamente el contenido de esas demandas⁶⁷.

⁶⁵ Duff, *Punishment, Communication*, 181 y s.

⁶⁶ Duff, *Punishment, Communication*, 57. Para una crítica a este argumento, en el sentido de reflejar una errada disyuntiva entre validar una explicación imperativista de la obligatoriedad de las normas del derecho penal, por un lado, y renunciar a la idea de que el derecho penal provea razones independientes-del-contenido para la acción, por otro; véase Juan Pablo Mañalich, “Responsabilidad, autoridad y democracia: una exploración crítica de la filosofía del derecho de Antony Duff”, *Discusiones*, no. 17 (junio 2017): 184 y ss.

⁶⁷ Duff, *Punishment, Communication*, 58.

Duff se compromete con una defensa parcial de legalismo moral, en la medida en que la incorrección moral de una conducta no cuenta como una mera condición necesaria de su criminalización, sino su objeto o foco⁶⁸. La responsabilidad penal se funda en la incorrección de la conducta cometida, pero, a diferencia del legalismo moral, no se justifica la criminalización de cualquier conducta que cuente como moralmente incorrecta. El autor introduce la distinción entre conductas constitutivas de *mala in se* y *mala prohibita*, la cual es fundamental para dar cuenta del rol que Duff le reconoce al derecho penal.

Tradicionalmente, se ha entendido que las conductas constitutivas de *mala in se* consisten en comportamientos que son intrínsecamente incorrectos, mientras que las conductas constitutivas de *mala prohibita* consisten en conductas que no son incorrectas de forma previa o independiente a su criminalización. En razón de que Duff adscribe parcialmente al legalismo moral, no se podría justificar la criminalización de las conductas constitutivas de *mala prohibita*, en la medida en que lo único que justifica una decisión de criminalización es la incorrección moral de la conducta en cuestión⁶⁹. En respuesta a esta objeción, Duff distingue entre dos tipos de decisiones legislativas. Una consiste en la decisión sobre la regulación legal de una conducta y la otra es sobre la criminalización de aquella conducta⁷⁰. En efecto, el autor ilustra lo anterior señalando que el comportamiento de manejar un vehículo por una calle estrecha -por la cual no caben dos vehículos a la vez- no constituye una conducta intrínsecamente incorrecta⁷¹. A pesar de que puede generar congestión vehicular o riesgo de accidente con otro vehículo que transite hacia la dirección contraria a la del primer vehículo, en la medida en que el conductor maneje con cuidado no hay nada moralmente incorrecto. No obstante, ante estos riesgos la comunidad política puede tomar la decisión de regular jurídicamente la conducta, prohibiendo el tránsito de norte a sur por esa calle y sólo permitiendo el tránsito de sur a norte. Esa pregunta es diferente a aquella sobre cómo reforzar esa prohibición, es decir, la pregunta por la criminalización de esa conducta. Así, la incorrección de una conducta constitutiva de *mala prohibita* no es independiente o previa a su regulación legal, pero sí independiente de su criminalización⁷². De

⁶⁸ Duff, *Answering for Crime*, 93.

⁶⁹ Duff, *Answering for Crime*, 90.

⁷⁰ Duff, *Answering for Crime*, 90 y s.

⁷¹ Duff, *Answering for Crime*, 90 y s.

⁷² Duff, *Answering for Crime*, 91.

esta forma, la distinción que traza Duff entre *mala in se* y *mala prohibita* queda plasmada en el siguiente pasaje:

[En el caso de *mala in se*] somos penalmente responsables no por quebrantar la norma de comportamiento, sino por la conducta intrínsecamente incorrecta que el derecho penal define como delito: la definición legal de aquella conducta como delito es una condición que debe ser satisfecha para ser criminalmente responsables por su comisión, pero el objeto de la responsabilidad, aquello por lo cual somos responsables, es la conducta incorrecta. Respecto a las conductas que constituyen *mala prohibita*, por contraste, el quebrantamiento de la regulación es un aspecto del objeto de la responsabilidad: de aquello que somos criminalmente responsables es la comisión de una conducta que consiste parcialmente en el quebrantamiento de la regulación legal relevante⁷³.

En consecuencia, Duff argumenta que respecto a las conductas consideradas *mala in se* en razón de su cargado contenido moral -como es el caso en general de los delitos contra las personas- el rol del derecho penal sustantivo consiste en *declarar* las conductas que son ofensivas a la comunidad, cumpliendo una función de recordar a sus ciudadanos que aquellas constituyen una agravio público grave. Por otro lado, las conductas consideradas *mala prohibita* no constituyen ofensas cuyo contenido moral justifique un deber de omisión o de acción independiente de su regulación legal. Pero, al igual que las conductas consideradas *mala in se*, la razón que entrega el derecho para omitir o ejecutar esa conducta no es independiente del contenido de ésta, sino debe ofrecer a sus ciudadanos razones de interés público⁷⁴. En efecto, el derecho penal sustantivo debe comunicar que las conductas que constituyen *mala prohibita* fueron creadas para cumplir una función de bien común, reconducible a los valores relevantes para la comunidad política determinada.

Lo anterior se conecta con la idea de *common law*⁷⁵. El concepto da cuenta de la relación entre la comunidad y el derecho penal. Para que el derecho penal sea un derecho auténticamente democrático, Duff sostiene que debe ser la voz de la comunidad que se dirige a sí misma; la voz de todos los ciudadanos interpelándose unos a otros y a sí mismos⁷⁶. En efecto, la idea republicana de auto-gobierno a la que adscribe Duff considera esencial que los ciudadanos

⁷³ Duff, *Answering for Crime*, 92 y s. Traducción libre. Cita en su idioma original: “[In the case of *mala in se*] we are criminally responsible not for ‘breaking the law’, but for the substantive wrong that we commit, and that the law defines as a criminal wrong: the law’s definition of it as a crime is a condition which must be satisfied if we are to be held criminally responsible for it, but the object of responsibility, that for which we are responsible, is the wrong. With *mala prohibita*, by contrast, the breach of regulation is an aspect of the object of responsibility: what we are criminally responsible for is committing a wrong that consists partly in breaking the relevant legal regulation”.

⁷⁴ Duff, *Punishment, Communication*, 64 y ss.

⁷⁵ Duff, *Punishment, Communication*, 59 y ss.

⁷⁶ Duff, *Punishment, Communication*, 60.

tengan la posibilidad y estén dispuestos a jugar un rol activo en la gobernanza, a través del establecimiento de una democracia participativa y no meramente representativa⁷⁷. Si bien lo último es central para cualquier concepción democrática de la culpabilidad, en la medida en que el derecho penal ofrece razones para la acción que se desprenden del ejercicio de la deliberación democrática, Duff considera necesario pero insuficiente el control democrático de la norma penal como forma de justificación de su aplicación⁷⁸. En palabras del autor,

[P]ese a que como miembros de dicha comunidad estamos, por supuesto, sujetos a la ley, esta no debe ser una sujeción a la ley que nos es impuesta por otro poder distinto y separado de nosotros: la ley que nos obliga debe ser nuestra ley –un derecho por el cual nos obligamos, no un derecho impuesto por un soberano; debe ser, en este sentido, un derecho común (*common law*). Esto no es decir meramente que el derecho debe estar sujeto a control democrático. Es decir también que debe ser un derecho que podamos reconocer como reflejo de los valores que compartimos como miembros de una comunidad política (...)⁷⁹.

Respecto del punto anterior, Duff se distancia de la noción hartiana de que el derecho penal ofrece razones independientes-del-contenido que cuentan como razones perentorias para la acción⁸⁰. En contraste, existe otra corriente de concepción democrática de la culpabilidad, como la argumentada por Mañalich, que sostiene que las razones para la acción producidas por una asamblea legislativa dotada de autoridad democrática deben ser entendidas de forma congruente a la noción hartiana, en la medida en que constituyen el resultado de una decisión⁸¹. Siguiendo a Raz, “la decisión implica la formación de una intención”⁸², la cual es reconducible a la voluntad de la asamblea legislativa de que, a través del reconocimiento de su autoridad democrática, los agentes actúen reconociendo las normas de comportamiento como razones que desplazan las razones inmediatamente pertinentes en la situación en la que se encuentren⁸³. Esta última concepción defiende una teoría procedimentalista de la autoridad de las normas de comportamiento, pues la autoridad de éstas no deriva de su contenido, sino de los

⁷⁷ Duff, “A Criminal Law We Can”, 1503.

⁷⁸ Duff, *Answering for Crime*, 45 y s.

⁷⁹ Duff, *Answering for Crime*, 45 y s. Traducción libre. Cita en su idioma original: “[W]hilst as members of such polity we are of course subject to the law, this should not be subjection to a law that is imposed on us by another, separate power distinct from us: the law that binds us should be our law –a law to and by which we bind ourselves, not a law that is imposed on us by a sovereign; it should be in that sense a ‘common’ law. This is not merely to say that the law must be subject to democratic control. It is also to say that it must be a law which we can recognise as reflecting values that we share as members of a political community (...).”

⁸⁰ H. L. A. Hart, *Essays on Bentham* (Nueva York: Oxford University Press, 1982), 243 y ss.

⁸¹ Mañalich, “Responsabilidad, autoridad y democracia”, 202. Véase también Mañalich, “La fundamentación de la pena”, 9 y ss.

⁸² Joseph Raz, *Practical Reason and Norms* (Oxford y Nueva York: Oxford University Press, 1990), 65.

⁸³ Mañalich, “Responsabilidad, autoridad y democracia”, 202.

procedimientos a través de los cuales son creadas⁸⁴. Así, como señala Mañalich, en la medida en que el proceso honre la posibilidad de igual participación pública en la toma de decisión, la regla penal se encontrará justificada -exhibiendo la pretensión de vincular a todos aquellos a quienes se reconoce la posibilidad de igual participación- con independencia de su eventual falta de adhesión sustantiva a la regla así producida⁸⁵. Si bien Duff difiere de lo anterior al señalar que “no se puede otorgar la autoridad de las partes centrales del derecho penal de esta forma [la procedimentalista]”⁸⁶, su teoría sí da cuenta de una concepción democrática de la culpabilidad, en la medida en que enfatiza que la única posibilidad de legitimación del derecho penal es que sea el producto de aquello que los ciudadanos, *en tanto* ciudadanos, se dan a sí mismos. El resultado debe ser expresivo de los valores centrales de una comunidad política.

Una consecuencia que se desprende de las diferencias entre las concepciones democráticas de la culpabilidad expuestas anteriormente, es el tratamiento del problema de la obligación política y moral del agente de actuar en conformidad con el derecho penal cuando ha sido víctima de situaciones de injusticia o exclusión extrema. De sus respectivos planteamientos, se puede desprender que ambas concepciones sostienen que la legitimación de la pretensión de vinculación a la norma se ve socavada cuando a una persona o grupo de personas le es negado su derecho a participar (en mayor o menor medida dependiendo del sistema de gobierno) del proceso de deliberación pública que culmina con la creación de la norma penal⁸⁷. Sin embargo, si la pretensión de que los ciudadanos actúen en conformidad a las normas de comportamiento se deriva de su autoridad, es poco probable que esa obligación se vea socavada por el hecho de que el autor del delito haya sido seria y sistemáticamente excluido de su comunidad, ya no en términos políticos, sino en términos económicos o sociales. Tratándose de la concepción defendida por Duff, la pretensión de vinculación entre el autor del delito y la norma penal es una más exigente, en la medida en que se exige que la persona haya sido tratada con la dignidad

⁸⁴ Mañalich, “Responsabilidad, autoridad y democracia”, 209.

⁸⁵ Mañalich, “Responsabilidad, autoridad y democracia”, 207.

⁸⁶ Duff, *Answering for Crime*, 87.

⁸⁷ Sobre este punto, Mañalich explica que la negación del estatus de ciudadano en la imposición de una pena privativa de libertad que consiste en pena aflictiva, transforma a la pena en una medida de seguridad. La pena expresa un reproche entre sujetos vinculados, y la negación de la ciudadanía presupone una actitud objetivante. Véase Juan Pablo Mañalich, “Pena y ciudadanía”, *Revista de Estudios de la Justicia*, no. 6 (2005): 75 y ss. Además, Mañalich argumenta, en línea con el planteamiento de Duff, que la legitimación del castigo penal de adolescentes es deficitaria en razón de su falta de participación política. En palabras del autor, existe un “carácter problemático del llamado a responder que una comunidad política puede dirigir a un extranjero, así como en general a personas que –como los menores de edad- no están habilitadas para participar plenamente en el ejercicio de autodeterminación colectiva (...)”, en Mañalich, “Responsabilidad, autoridad y democracia”, 179 y s.

y respeto que merece cualquier ciudadano. Se requiere que el autor del delito no haya sido excluido de la oportunidad de adquirir los beneficios económicos y materiales que otros disfrutaban⁸⁸. En virtud de que la obligación de obedecer el derecho penal no es sólo jurídica sino también moral⁸⁹, el Estado y sus instituciones deben actuar conforme a los valores que se desprenden de las normas de comportamiento penal pues, de lo contrario, decae el respeto a la ley que legítimamente se puede esperar del autor del delito que ha sido sistemáticamente excluido por su comunidad. Sin embargo, Duff deja abierto el debate sobre qué tan seria y sistemática debe ser esa exclusión para socavar la pretensión de que el autor del delito actúe conforme a un ciudadano que practica la fidelidad al derecho⁹⁰.

3.3.2. ¿Ante quién se debe responder?: la legitimación del Estado para el proceso de rendición de cuentas

En línea con lo expuesto anteriormente, Duff aborda la pregunta de *ante quién* se debe responder por la comisión de un delito basándose en una concepción democrática de la culpabilidad. El planteamiento consiste en que los delitos, en tanto agravios u ofensas, tienen un carácter público en la medida en que les concierne a todos los ciudadanos; la comunidad se encuentra vinculada a la víctima y al ofensor. El autor del delito debe responder ante su comunidad política, a través de las instituciones y procesos constituidos por el derecho procesal penal para hacer posible el proceso de rendición de cuentas. Así, los operadores jurídicos e instituciones que intervienen en el proceso penal están actuando en nombre de la comunidad política como totalidad⁹¹. En efecto, la teoría relacional de la responsabilidad penal defendida por Duff determina que el ciudadano no debe responder ante su comunidad por toda conducta que pueda ser considerada moralmente incorrecta, sino sólo por aquellas que revisten el carácter de agravios públicos; definidos de esa forma por el derecho penal sustantivo⁹². Así, Duff

⁸⁸ Duff, *Punishment, Communication*, 183.

⁸⁹ Duff, *Punishment, Communication*, 181.

⁹⁰ Duff, *Punishment, Communication*, 183 y s. Para una aproximación al debate sobre la legitimidad del castigo penal en contextos de exclusión social, véase: Gustavo Beade y Rocío Lorca, “¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién? Un diálogo sobre la legitimidad del castigo en contextos de exclusión social”, *Isonomía*, no. 47 (octubre 2017): 135-164; Gerald Cohen, “Casting the First Stone: Who Can, and Who Can’t, Condemn the Terrorists?”, *Royal Institute of Philosophy Supplements* 58 (mayo 2006): 113-136; y Roberto Gargarella, “El Derecho y el Castigo: de la injusticia penal a la justicia social”, *Derechos y Libertades*, no. 25 (junio 2011): 37-54.

⁹¹ Duff, *Answering for Crime*, 52 y s.

⁹² Duff, *Answering for Crime*, 53.

argumenta que pueden existir diferencias de qué cuenta como ofensa pública en distintos sistemas penales, las cuales algunas veces van a reflejar diferencias sobre el contenido moral de la conducta, y otras serán expresivas de distintos puntos de vista sobre qué conducta moralmente incorrecta justifica reconocerle un carácter público⁹³.

Sin embargo, no basta con la constatación de que el ciudadano responde ante su comunidad política, sino que ésta debe estar legitimada para llamar a responder al autor del delito. El hecho de que el autor del delito esté legalmente obligado a actuar en conformidad con las normas de comportamiento democráticamente instituidas, no es condición suficiente para afirmar la legitimación de la comunidad política de juzgarlo. Para eso, es crucial que esa comunidad exhiba un serio compromiso con los valores centrales que ha definido; cuya declaración se plasma en el derecho penal sustantivo⁹⁴. Duff nuevamente ilustra lo anterior por la vía de describir la situación de vulnerabilidad de una persona que ha sido seria y sistemáticamente excluida del sistema, ya sea en términos políticos, económicos o sociales⁹⁵. Si la comunidad política no ha reconocido esa exclusión como constitutiva de un agravio público en contra de ese ciudadano, existe un déficit de legitimación de esa comunidad para llamar a responder al autor por el delito cometido. En otras palabras, si la teoría relacional de Duff depende crucialmente de la exhibición del estatus de ciudadano, la falta de reconocimiento de ese estatus manifestada en la vulneración sistemática a sus derechos y libertades como ciudadano, vuelve ilegítimo el juzgamiento de esa persona. Esto no significa que no pueda ser legítimamente llamado a responder ante la víctima del delito cometido, sino que -en tanto ciudadano- la situación de exclusión social socava o debilita la legitimidad que tiene la comunidad política, como entidad, para llamarlo a responder por su conducta⁹⁶.

De forma análoga a la precondition de punibilidad anterior, Duff nuevamente deja abierta la pregunta de qué tan seria o injusta tiene que ser la exclusión de esa persona para socavar la legitimación de su juzgamiento penal en tanto ciudadano⁹⁷.

⁹³ Duff, *Answering for Crime*, 53

⁹⁴ Duff, *Punishment, Communication*, 185 y s.

⁹⁵ Duff, *Punishment, Communication*, 186

⁹⁶ Duff, *Punishment, Communication*, 188.

⁹⁷ Duff, *Punishment, Communication*, 188. Para una aproximación al debate sobre la legitimación del castigo penal en contextos de exclusión social, véase *supra*, nota 90.

3.3.3. El lenguaje del derecho penal

La última precondition necesaria para la legitimación de la práctica punitiva estatal está fuertemente relacionada con la idea de sanción penal como proceso comunicativo. Tal como se explicó anteriormente, si la sanción penal persigue comunicar al autor del delito la censura que merece su conducta, se deben dar las condiciones necesarias para que efectivamente exista comunicación entre el autor y su comunidad. El proceso penal pretende, y debe ser, un proceso racional y comunicativo que demande un rol activo de la persona imputada⁹⁸. El lenguaje jurídico con el que se dirige el proceso y se juzga a la persona debe ser un lenguaje accesible a todos los participantes del proceso penal. Si la persona acusada no logra entender el lenguaje con el cual se le imputa la comisión de un delito, no va a ser capaz de participar del proceso comunicativo de rendición de cuentas ante su comunidad política⁹⁹.

En primer lugar, Duff explica que esta comprensión lingüística debe ser fáctica y normativa. La persona imputada y los demás participantes no letrados dentro del proceso penal deben ser capaces de entender no sólo la imputación por la comisión de cierta acción, sino lograr entender que se imputa la comisión de un delito penal¹⁰⁰. Segundo, este entendimiento del lenguaje jurídico debe hacer posible que la persona imputada y el resto de los participantes puedan comunicarse o hablar el lenguaje jurídico por sí mismos. Debe ser un lenguaje normativo en primera persona que refleje un compromiso con los valores que sustentan el derecho penal sustantivo¹⁰¹. Ahora bien, como correctamente expone el autor,

[e]sto no significa que el imputado debe *aceptar* el derecho bajo el cual está siendo juzgado: los ciudadanos pueden estar vinculados por, y los imputados juzgados y condenados, bajo un derecho penal que no aceptan. Es sólo afirmar que el derecho debe ser asequible al imputado, como aquel que encarna valores y demandas que él *podría* aceptar¹⁰².

En ese sentido, la pretensión del derecho penal es que los ciudadanos de una comunidad política lo reconozcan como razón vinculante en el ejercicio de su autonomía privada, lo que no significa que no puedan debatir y estar en desacuerdo con su contenido. Para garantizar este

⁹⁸ Antony Duff, "Law, Language and Community: some preconditions of criminal liability", *Oxford Journal of Legal Studies* 18 (verano 1998): 194.

⁹⁹ Duff, *Punishment, Communication*, 189.

¹⁰⁰ Duff, *Punishment, Communication*, 189 y s; y Duff, "Law, Language", 198.

¹⁰¹ Duff, *Punishment, Communication*, 190.

¹⁰² Duff, "Law, Language", 199. Traducción libre. Cita en su idioma original: "This is not to say that the defendant must *accept* the law under which he is tried: citizens can be bound by, defendants can be tried and convicted under, laws which they do not accept. It is to say only that the law must be accessible to him, as embodying values and demands which he *could* accept".

debate y reflexión es esencial que los ciudadanos sean capaces de comprender el lenguaje del derecho, logrando un entendimiento de sus principales instituciones. Para lograr esto, el lenguaje jurídico no puede estar completamente desconectado del lenguaje común extrajurídico que es utilizado por los ciudadanos al interpelarse y discutir sobre los valores compartidos en su comunidad política. Duff explica que debe existir un puente entre ambos tipos de lenguaje que permita una comprensión de los conceptos más relevantes del lenguaje jurídico, con el objetivo de que pueda ser internalizado y utilizado en primera persona por los participantes del proceso penal. Este puente está conformado por “conceptos éticos gruesos”, que permiten describir y juzgar las acciones humanas en términos de su valor ético, tales como los conceptos de bondad y crueldad¹⁰³. Describir a una acción como cruel implica describirla como repudiable a la luz del carácter valorativo plasmado en el concepto de crueldad. Aquellos “conceptos éticos gruesos” son indispensables para la reflexión y comprensión ética, de forma análoga a los “conceptos jurídicos gruesos”, tales como los tipos de hecho punible (homicidio, violación, robo, entre otros) y las formas de imputación subjetiva (dolo y negligencia)¹⁰⁴. A pesar de que su significado jurídico no es completamente coincidente con su uso extrajurídico, los primeros deben estar lo suficientemente conectados con los segundos para posibilitar que los ciudadanos reconozcan los conceptos jurídicos como versiones especializadas de conceptos éticos gruesos que les son familiares¹⁰⁵. Ahora bien, Duff señala que esta precondition de que el lenguaje jurídico sea uno que el imputado pueda comprender y utilizar en primera persona significa que se pueda tener una expectativa normativa razonable de su uso en primera persona¹⁰⁶. Así, Duff nuevamente denuncia que si una persona ha sufrido situaciones de injusticia material y política de forma seria y sistemática, el lenguaje del derecho se presentará como un lenguaje de opresión y obediencia sumisa¹⁰⁷.

¹⁰³ Duff, “Law, Language”, 200; y Duff, *Punishment, Communication*, 190 y s.

¹⁰⁴ Duff, *Punishment, Communication*, 191.

¹⁰⁵ Duff, *Punishment, Communication*, 191.

¹⁰⁶ Duff, “Law, Language”, 205.

¹⁰⁷ Duff, “Law, Language”, 205.

CAPITULO II: Consideraciones del modelo normativo en la responsabilidad penal de adolescentes

Tras un análisis pormenorizado de la teoría normativa de Antony Duff, es necesario analizar su potencial crítico para justificar la práctica punitiva estatal en adolescentes. Un buen punto de partida es evaluar en qué medida las precondiciones de punibilidad argumentadas por Duff se ven satisfechas tratándose del castigo penal de adolescentes.

En la medida en que la primera precondición de punibilidad que desarrolla Duff –que el agente exhiba el estatus de ciudadano responsable- informa al resto de las precondiciones, se comenzará analizando hasta qué punto el reproche jurídico-penal de adolescentes satisface esta precondición. Sobre este punto, existen dos líneas argumentativas relevantes. La primera, problematiza el juzgamiento penal de adolescentes por la vía de argumentar una culpabilidad disminuida en virtud de la evidencia empírica que ofrece la psicología del desarrollo. La segunda, problematiza el reproche jurídico-penal de los adolescentes argumentando una culpabilidad disminuida en razón de que no exhiben el estatus de ciudadano. Ambas concluyen que los adolescentes no tienen el mismo grado de culpabilidad por el injusto que los adultos, pero varían en la forma en que abordan la pregunta sobre la responsabilidad penal adolescente.

1. Culpabilidad disminuida en razón del grado de desarrollo de los adolescentes

Una teoría retribucionista, como aquella defendida por Duff, se basa en el principio de culpabilidad. El criterio de legitimación de la imposición de la pena es un criterio de merecimiento y, así, la medida de la culpabilidad por el hecho determina la medida de ese merecimiento. Duff argumenta que las capacidades de las cuales depende la adscripción de responsabilidad jurídico-penal tienen relación con la capacidad receptiva de las razones que envuelven una determinada situación de deliberación práctica; esto es, un agente responsable debe ser capaz de reconocer y responder a las razones determinantes en esa situación concreta¹⁰⁸. En este mismo sentido, en su obra *Punishing Juveniles* Duff señala que la madurez relevante del adolescente en el contexto de la responsabilidad criminal consiste en su capacidad racional de

¹⁰⁸ Duff, *Answering for Crime*, 39 y ss.

reflexión y acción¹⁰⁹. Esto significa que el infractor adolescente tenga la capacidad de reconocer y guiar su conducta por los valores y razones que deberían guiarla, y ser capaz de entender las consecuencias de la conducta cometida. Asimismo, debe ser capaz de comprender la respuesta pública que se origina tras el quebrantamiento de la norma penal, en términos que sean normativamente apropiados. En definitiva, la madurez requiere desarrollo intelectual y emocional del agente¹¹⁰. A la luz de la definición ofrecida, Duff sostiene que la delimitación del rango etario relevante para la pregunta de la responsabilidad penal adolescente es un rango entre los 14 y 19 años de edad. No obstante, denuncia que cualquier delimitación es irreductiblemente arbitraria a la luz de qué se entiende por madurez relevante para efectos penales, en la medida en que existen variaciones en el desarrollo emocional e intelectual de los menores de edad¹¹¹. Por tanto, la pregunta relevante es hasta qué punto los adolescentes pueden contar como agentes responsables en lo concerniente a la expectativa normativa de respeto a la ley penal, y de ser juzgados en caso de quebrantar las normas de comportamiento.

Existe una línea argumentativa que responde a la pregunta anterior desde un análisis de las consecuencias normativas que se siguen de la evidencia empírica sobre el desarrollo de los adolescentes. Siguiendo a Coleman, Cruz explica que la adolescencia corresponde a un período que presenta los siguientes desafíos en relación a la culpabilidad del menor de edad¹¹². Primero, existe un déficit en la capacidad de comprensión social del menor en relación a su desarrollo moral. Si bien los adolescentes logran un desarrollo de su pensamiento formal que les permite pensar y diferenciar su propio pensamiento del de los demás, sufren de un “egocentrismo adolescente” que produce una asimilación imaginaria entre sus propias preocupaciones y lo que otros piensan, de manera que lo que les preocupa es interpretado como preocupante con la misma intensidad para los demás¹¹³. A su vez, para el desarrollo social del menor es fundamental la comprensión de cómo los puntos de vista de las distintas personas se relacionan y coordinan entre sí¹¹⁴. El adolescente se encuentra en un período de adquisición de tales perspectivas y

¹⁰⁹ Duff, “Punishing the Young”, 116.

¹¹⁰ Duff, “Punishing the Young”, 116.

¹¹¹ Duff, “Punishing the Young”, 116.

¹¹² Beatriz Cruz, “La culpabilidad por el hecho del adolescente: Referencias y diferencias respecto del derecho penal de adultos”, en *Informes en Derecho: Estudios de derecho penal juvenil III*, coord. Defensoría Penal Pública (Santiago: Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, 2012), 13, citando a J. C. Coleman y J. C. Henry, *Psicología de la adolescencia* (Madrid: Morata, 2003), 50.

¹¹³ Cruz, “La culpabilidad por el hecho del adolescente”, 13.

¹¹⁴ Cruz, “La culpabilidad por el hecho del adolescente”, 14.

destrezas, lo que repercute en su forma de relacionarse con los demás y con las normas de comportamiento penal. Además, en lo relativo a su desarrollo moral, Cruz destaca el descubrimiento del adolescente de la doble moralidad, que consiste en la contradicción entre los valores inculcados socialmente y la realidad social; proceso del cual se espera que el adolescente acepte esa contradicción sin abandonar los valores inculcados¹¹⁵.

Segundo, también en referencia a las conclusiones de Coleman, Cruz argumenta que existe un déficit en la capacidad del adolescente de gobernarse a sí mismo, controlando los impulsos dirigidos a la comisión de un hecho que es capaz de identificar como dañino para otro o la comunidad¹¹⁶. En el proceso de madurez, se produce en el adolescente el desarrollo gradual del autoconcepto y de la propia identidad, que influye considerablemente en sus relaciones interpersonales, sobretodo en el grupo de pares. En términos generales, los adolescentes afirman de forma definitiva su propia identidad durante los últimos años de la adolescencia. Lo anterior se relaciona con el nivel de ansiedad experimentada, la autonomía e incluso la relación con las autoridades¹¹⁷.

En consecuencia, el desarrollo gradual de estas capacidades plantea desafíos importantes en relación a la capacidad de culpabilidad, la consciencia de la antijuridicidad del hecho y la exigibilidad de una conducta conforme a la norma, en los adolescentes.

De un modo similar, Von Hirsch argumenta que existe un déficit de culpabilidad en los adolescentes que se explica por razones concernientes a las capacidades de cognición y de control volitivo. Respecto a las primeras, los menores de edad tienen una capacidad cognitiva más limitada para comprender las consecuencias dañinas de sus acciones. El autor señala que, generalmente, no se observa una deficiencia de conocimiento de los elementos definitorios del tipo de hecho punible, sino del carácter y la importancia de los intereses protegidos en la respectiva norma de comportamiento¹¹⁸. Para ilustrar lo anterior, Von Hirsch señala que un ladrón de 15 años puede estar consciente que ingresó ilícitamente a una casa y robó un televisor, pero no estar totalmente consciente de la forma en que su presencia agravia la expectativa

¹¹⁵ Cruz, “La culpabilidad por el hecho del adolescente”, 14.

¹¹⁶ Cruz, “La culpabilidad por el hecho del adolescente”, 15.

¹¹⁷ Cruz, “La culpabilidad por el hecho del adolescente”, 16, citando a J. C. Coleman y J. C. Henry, *Psicología de la adolescencia* (Madrid: Morata, 2003), 72.

¹¹⁸ Andrew Von Hirsch, “Sentencias proporcionales para menores, ¿Qué diferencia con la de los adultos?”, en *Informes en Derecho: Estudios de derecho penal juvenil III*, coord. Defensoría Penal Pública (Santiago: Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, 2012), 65 y s.

legítima de la víctima de que su domicilio se respete como espacio privado¹¹⁹. No obstante, Von Hirsch aclara que más que una cuestión de hecho, lo relevante es la consideración normativa de qué es lo que razonablemente le podemos exigir a los adolescentes. Así, en términos normativos, debemos asumir que esa capacidad cognitiva es dependiente “de la experiencia, el aprendizaje y las capacidades de razonamiento moral que se desarrollan durante la adolescencia a medida que transcurre el tiempo”¹²⁰. Respecto a la capacidad de control volitivo, Von Hirsch destaca que “los adolescentes tienden a ser menos capaces de posponer la gratificación, de controlar los sentimientos de ira y agresión, y de resistir las presiones de los pares”¹²¹. Nuevamente, lo decisivo no es la constatación fáctica de una menor capacidad de control volitivo, sino la necesidad de morigerar la expectativa normativa de control volitivo en la medida en que, al igual que otros factores del desarrollo moral, el autocontrol es una capacidad que se aprende a lo largo de la niñez y la adolescencia. En efecto, el control volitivo se obtiene a través del crecimiento cognitivo y emocional del adolescente, de su interacción con el entorno y los demás, y de la exposición a normas sociales¹²².

De lo expuesto anteriormente se puede concluir que existe un déficit de satisfacción de una precondition fundamental para la punibilidad: la agencia moral. Al argumentar que el adolescente está en un período de aprendizaje moral y de desarrollo de sus capacidades intelectuales y emocionales, se abre un desafío relevante para la legitimación del castigo penal de menores de edad.

2. Culpabilidad disminuida en razón de la falta de ciudadanía de los adolescentes

Para la teoría de Duff, es crucial que el agente responda jurídico-penalmente ante su comunidad política en razón de su estatus de ciudadano. Si bien la línea argumentativa anterior da cuenta de una culpabilidad disminuida de los adolescentes, no ofrece la posibilidad de analizar en profundidad qué impacto tiene la falta de ciudadanía de los adolescentes en la legitimación de su reproche jurídico-penal. Bajo la teoría de Duff, la expectativa de vinculación

¹¹⁹ Von Hirsch, “Sentencias proporcionales para menores”, 66.

¹²⁰ Von Hirsch, “Sentencias proporcionales para menores”, 67 y s.

¹²¹ Von Hirsch, “Sentencias proporcionales para menores”, 68.

¹²² Von Hirsch, “Sentencias proporcionales para menores”, 68 y s.

de los ciudadanos a las normas penales se fundamenta en la medida en que su contenido expresa los valores centrales que la comunidad política se ha dado a sí misma. En una formulación diferente, la norma de comportamiento debe contar como una razón vinculante para la acción, cuya falta de reconocimiento justifica el reproche penal en la medida en que la culpabilidad material se corresponde con un déficit de fidelidad al derecho¹²³. En la doctrina penal alemana, se ha utilizado como base la teoría de la acción comunicativa de Habermas para reformular la noción de falta de fidelidad al derecho como un déficit de lealtad comunicativa¹²⁴. En efecto, la autonomía del participante al cual se le imputa la falta de lealtad comunicativa se construye de la interacción de su autonomía pública y de su autonomía privada. En cuanto a su autonomía pública, la persona exhibe el estatus de ciudadano y ejerce un rol de deliberación en la medida en que participa en el procedimiento de creación de normas, teniendo la posibilidad de adoptar una postura crítica reconducible a su libertad comunicativa¹²⁵. Sólo así, la norma refleja el producto del ejercicio de su propia autonomía. Es esta posibilidad de ejercicio de autonomía política lo que justifica que el ciudadano, en lo concerniente a su autonomía privada, quede vinculado por una expectativa legítima de su comunidad de seguimiento de la norma, en tanto destinatario de ella¹²⁶. Ahora bien, la conexión entre el estatus de ciudadano, por un lado, y la condición de destinatario de la norma, por otro, no implica su equiparación. Como correctamente sostiene Mañalich,

[c]omo ciudadano, la persona deliberativa tiene derecho a rechazar la norma y a participar en el procedimiento democrático abogando por su supresión o modificación. Pero la persona deliberativa no puede invocar este derecho cuando, en su rol de persona de derecho, se encuentra en una situación en que está obligada a seguir la norma¹²⁷. En consecuencia, “la pretensión política de obligatoriedad de una regla democráticamente instituida descansa en el ejercicio de *autonomía pública* que cada ciudadano puede desplegar en el proceso de su producción, quedando vinculado por ésta en el ejercicio de su *autonomía privada*”¹²⁸. En virtud que los adolescentes no exhiben el estatus de ciudadanos, no participan

¹²³ Mañalich, “Pena y ciudadanía”, 65.

¹²⁴ Véase Urs Kindhäuser, “Fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad”, en *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, eds. Urs Kindhäuser y Juan Pablo Mañalich (Montevideo y Buenos Aires: BdF, 2011), 93 y ss.

¹²⁵ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez* (Madrid: Editorial Trotta, 1998), 186 y s.

¹²⁶ Mañalich, “Pena y ciudadanía”, 66.

¹²⁷ Mañalich, “Pena y ciudadanía”, 68.

¹²⁸ Mañalich, “Responsabilidad, autoridad y democracia”, 207.

del proceso deliberativo democrático de creación de normas penales, por lo cual existe un déficit en relación a la expectativa de fidelidad al derecho.

De un modo similar, Yaffe desarrolla una línea argumentativa sobre la culpabilidad disminuida de los adolescentes en razón del debilitamiento de su ciudadanía. Yaffe considera que la pregunta filosófica relevante sobre la justificación de un tratamiento penal diferenciado de los adolescentes, en comparación a los adultos, no es una que se responda en atención a la evidencia empírica ofrecida por la psicología del desarrollo sobre la capacidad de los adolescentes de motivarse conforme a la norma penal. El autor considera que eso es un error filosófico, pues llevaría a pensar que si existen algunos adolescentes que empíricamente muestran un desarrollo elevado en relación al resto de sus pares, no deberían ser tratados de forma distinta a los adultos¹²⁹. A modo de ejemplo, el debilitamiento a la reprochabilidad que se puede generar en razón de una actuación impulsiva o en desconocimiento del riesgo involucrado en la ejecución de una acción, pueden justificar el reconocimiento de una excusa absolutoria o factor de mitigación en la sanción penal, tanto a favor de un menor de edad como un adulto. La edad que marca la distinción entre un adolescente y un adulto es relevante porque tiene un significado político¹³⁰. El argumento central de Yaffe es que la culpabilidad penal de los adolescentes es disminuida no por algo intrínseco de su psicología o su comportamiento, sino en razón de que las sociedades han construido sus instituciones de una forma que debilita las razones jurídicas que tienen los adolescentes para evitar el quebrantamiento de la norma penal¹³¹. Los adolescentes “tienen voz” (*have a say*) en la creación de las normas penales de una forma mucho más debilitada que la de los adultos, pues tienen derechos políticos limitados¹³². Al adquirir la mayoría de edad, tienen un derecho de participación en el espacio de deliberación pública de una forma que no tenían al ser adolescentes, lo cual aumenta la fuerza de las razones jurídicas contenidas en las normas penales como razones para la acción.

Yaffe construye su planteamiento argumentando, en primer lugar, que la culpabilidad penal manifiesta los modos de interactuar con razones del agente; ser culpable por la comisión de un delito significa que ese delito, en tanto acción, manifiesta un modo de reconocimiento,

¹²⁹ Gideon Yaffe, *The Age of Culpability: Children and The Nature of Criminal Responsibility* (Oxford: Oxford University Press, 2018), 4.

¹³⁰ Yaffe, *The Age of Culpability*, 66.

¹³¹ Yaffe, *The Age of Culpability*, 10.

¹³² Yaffe, *The Age of Culpability*, 159.

ponderación y respuesta a las razones jurídicas para la acción, de una forma distinta de aquella que se espera que el agente manifieste¹³³.

En lo concerniente, los cimientos fundamentales de la teoría de Yaffe consisten en la adscripción a una teoría republicana limitada del Estado –de una forma similar a la defendida por Duff- bajo la cual el Estado reclama autoridad política sobre una persona en virtud del hecho que esa persona participa de la práctica del auto-gobierno¹³⁴. Además, adscribe a la idea positivista de que las normas penales generan razones jurídicas para el agente de evitar el quebrantamiento de las normas de comportamiento. Yaffe argumenta que “actuar autónomamente es actuar en conformidad con nuestras razones. Mientras más autónomas sean nuestras razones para la acción, más autónoma será nuestra acción”¹³⁵. En ese sentido, para que la acción del Estado sea una acción autónoma de sus ciudadanos, se requiere que el Estado actúe motivado por razones de los propios ciudadanos¹³⁶.

A su vez, el reconocimiento de una razón jurídica como razón para la acción depende crucialmente de la exhibición del estatus de ciudadano. Las razones jurídicas que se derivan de las normas del sistema chileno son razones para la acción de un ciudadano chileno, *en tanto* chileno, de un modo que las razones derivadas de un sistema jurídico extranjero no lo son. El agente que es ciudadano chileno no reconoce las razones jurídicas derivadas de las normas penales extranjeras como razones para la acción relevantes en su deliberación práctica. Sin embargo, tratándose de participantes de un mismo sistema jurídico (*insiders*), la fuerza vinculante de una razón jurídica es relativa al agente¹³⁷. Sólo tiene sentido hablar de una variación en la fuerza de una razón jurídica entre agentes que son participantes de un mismo sistema jurídico, pues aquellos que son ajenos a éste no reconocen esas razones jurídicas como razones vinculantes para la acción.

Ahora bien, es necesario dilucidar qué hace que una razón jurídica sea más fuerte que otra. Yaffe desarrolla tres escalas para medir la fuerza de las razones jurídicas: la escala regulativa, la escala expresiva y la escala institucional¹³⁸. Yaffe desea mostrar que el peso de

¹³³ Yaffe, *The Age of Culpability*, 71 y s.

¹³⁴ Yaffe, *The Age of Culpability*, 145.

¹³⁵ Yaffe, *The Age of Culpability*, 164. Traducción libre. Cita en su idioma original: “To act autonomously is to act on one’s own reasons. The more those reasons are one’s own, the more one’s act is autonomous. Similarly, for the state’s act to be the autonomous act of citizens is for the state to be acting on reasons that are the citizens’s own”.

¹³⁶ Yaffe, *The Age of Culpability*, 164.

¹³⁷ Yaffe, *The Age of Culpability*, 143 y ss.

¹³⁸ Yaffe, *The Age of Culpability*, 135 y ss.

una razón jurídica para un agente determinado se encuentra en función no sólo del peso de ésta razón en relación a las escalas identificadas, sino además del grado en que aquel agente *tiene voz* en la determinación del peso de esa razón. La primera escala consiste en que la fuerza de una razón jurídica para evitar la realización de la conducta prohibida se encuentra en función de la severidad del castigo especificado en la respectiva norma de sanción. La segunda escala determina la fuerza de una razón jurídica en función de la medida de reproche social expresado en la norma penal. Y la tercera escala determina la fuerza de una razón jurídica en función de los esfuerzos institucionales desplegados en la persecución de ciertos delitos por sobre otros. Ahora bien, dentro de un sistema jurídico determinado existen participantes que se les reconoce un derecho a ejercer influencia sobre las normas penales que otros no tienen. El peso que tiene una razón jurídica para un participante del sistema jurídico está en función del grado según el cual el agente puede incidir sobre los hechos que determinan el peso de esa razón. Cada una de las escalas de fuerza de una razón jurídica se encuentra referida a un conjunto de hechos desde los que se deriva el peso de esa razón –hechos sobre la regulación legal, hechos sobre el reproche social expresado en la norma, hechos sobre el reforzamiento coercitivo de esa norma. Los participantes varían en relación a cuánta influencia pueden ejercer sobre aquellos hechos o factores relevantes¹³⁹.

En consecuencia, si el peso de una razón jurídica determinada se encuentra, en parte, en función del grado de participación del agente en la constitución de los hechos normativos que construyen la fuerza de aquella razón, es necesario preguntarse si los adolescentes tienen, en algún sentido, *voz* en las normas penales de su comunidad política.

Yaffe sostiene que el concepto de “tener voz” en algo significa tener un derecho a ejercer influencia sobre ello, junto al derecho a la libertad de obstáculos para el ejercicio de esa influencia. Esto implica que la persona tenga una oportunidad significativa de ejercer influencia sobre algo, la que se deriva de su derecho legítimo a ejercerla. Sin un derecho a ejercer esa influencia sin obstáculos, la oportunidad no es significativa, y sin la ausencia efectiva de esos obstáculos, la oportunidad no es real¹⁴⁰. El derecho a ejercer influencia no equivale a efectivamente tener influencia sobre algo, es decir, no implica necesariamente lograr una

¹³⁹ Yaffe, *The Age of Culpability*, 145.

¹⁴⁰ Yaffe, *The Age of Culpability*, 160.

diferencia en el resultado final como, por ejemplo, al ejercer el derecho a voto a favor de un candidato que resulta no ser el ganador.

Yaffe destaca dos mecanismos principales que tienen los ciudadanos para ejercer influencia sobre las normas penales en una democracia liberal representativa. El mecanismo más relevante es el reconocimiento del derecho a voto. Este es un mecanismo de influencia indirecta, en la medida en que los votos ejercen influencia sobre los representantes, que a su vez ejercen influencia directa sobre las leyes. El otro mecanismo de influencia indirecta es el derecho a la libertad de expresión, el cual se puede ejercer a través del discurso político y la libertad de asociación, para así compartir ideas e incidir en las normas penales¹⁴¹. Yaffe argumenta que ambos mecanismos logran un balance entre el derecho de los ciudadanos de ejercer influencia sobre las normas y el principio de igualdad, pues en una democracia representativa no se puede conceder un derecho de participación a los ciudadanos en cada uno de los actos de gobierno, sin comprometer la igualdad de ejercicio de esa influencia¹⁴².

Al reconocer el derecho a voto como el mecanismo principal, la negación de ese derecho a los menores de edad debilita enormemente su derecho a ejercer influencia sobre las normas penales. Sin embargo, Yaffe señala que se les reconoce a los adolescentes el derecho a la libertad de expresión, por lo que los menores de edad *tienen voz* en la creación de las normas penales gracias al reconocimiento de su derecho a expresarse públicamente con libertad. No obstante, el ejercicio de este derecho es asimétrico, pues la libertad de expresión de los adolescentes queda, en un sentido relevante, sujeto al consentimiento o aceptación de sus padres o cuidadores. Estos últimos pueden restringir el acceso del adolescente a ciertos grupos de personas, por lo que se ve mermado el ejercicio de la libertad de expresión, al ser expuesto a obstáculos para reunirse con otras personas, intercambiar ideas y ser escuchado¹⁴³. En definitiva, a pesar de que los menores de edad tienen el derecho a ejercer influencia sobre las normas mediante la libertad de expresión, su derecho a estar libre de obstáculos para ejercerlo se encuentra condicionalmente garantizado; se debe cumplir la condición del consentimiento parental o de los cuidadores¹⁴⁴.

En consecuencia, Yaffe argumenta que los menores de edad deben estar sujetos a estándares más bajos en cuanto a la expectativa de que su comportamiento manifieste modos de

¹⁴¹ Yaffe, *The Age of Culpability*, 165.

¹⁴² Yaffe, *The Age of Culpability*, 165.

¹⁴³ Yaffe, *The Age of Culpability*, 168 y ss.

¹⁴⁴ Yaffe, *The Age of Culpability*, 170.

interactuar con razones que sean conformes con las manifestadas por ciudadanos que practican la fidelidad al derecho. Dichos estándares se construyen a partir de la fuerza que presentan las razones jurídicas para un determinado agente. Mientras más fuertes sean esas razones, mayor será la expectativa de que el ciudadano se comporte conforme a derecho¹⁴⁵.

Yaffe concluye que los adolescentes se encuentran sujetos a una excusa de estatus al momento de ser reprochados jurídico-penalmente. Las excusas de estatus son formas de excusas que no pertenecen a las categorías clásicas de ignorancia y compulsión. Excusar a un agente en razón de una excusa de estatus implica identificar que el agente no exhibe un estatus que es necesario para poder justificar su sometimiento a los estándares a los cuales quedan sometidos quienes sí exhiben ese estatus. Estas excusas justifican una absolución o factor de mitigación de la sanción penal, en virtud de que el agente que presenta un estatus disminuido manifiesta en su acción un modo de interactuar con razones menos deficiente que aquel agente que manifiesta los mismos modos de interactuar con razones, pero que sí exhibe el estatus relevante¹⁴⁶. Yaffe señala, en línea con el argumento de Duff, que el estatus relevante para la culpabilidad penal es el estatus de ciudadano. La falta de ciudadanía de los adolescentes implica una disminución de la fuerza de la razón jurídica contenida en la norma penal como razón para la acción. Lo anterior provee una excusa parcial o completa para la culpabilidad penal, pues aquellos que tienen una ciudadanía disminuida tienen un derecho más debilitado a ejercer influencia sobre los hechos que determinan la fuerza de las razones jurídicas, en comparación a aquellos que exhiben una ciudadanía plena¹⁴⁷. Dado que a los adolescentes se les reconoce un derecho significativamente menor a ejercer influencia sobre las normas, su culpabilidad se encuentra disminuida en comparación con la de los adultos, incluso cuando estos últimos manifiesten en su conducta los mismos modos de interactuar con razones que los primeros y cometen el mismo delito.

3. La legitimidad del reproche jurídico-penal de adolescentes

En virtud de los aspectos problemáticos de la responsabilidad penal adolescente ya identificados, cabe hacer un análisis en concreto sobre el grado de satisfacción de las precondiciones de la punibilidad que desarrolla Duff en su teoría normativa.

¹⁴⁵ Yaffe, *The Age of Culpability*, 159.

¹⁴⁶ Yaffe, *The Age of Culpability*, 83, 156.

¹⁴⁷ Yaffe, *The Age of Culpability*, 156.

En cuanto a la primera precondition, la falta de ciudadanía de los adolescentes afecta la estructura relacional triádica de Duff sobre la responsabilidad penal. Si el autor del delito es adolescente, ya no puede responder *en tanto* ciudadano ante su comunidad política. De acuerdo al planteamiento de Yaffe, la limitación de su derecho a ejercer influencia sobre las normas penales provoca un debilitamiento de las razones jurídicas para evitar el quebrantamiento de las normas de comportamiento. Si uno se inclina a favor de la línea argumentativa que afirma una culpabilidad penal disminuida de los adolescentes en razón de la inmadurez que presentan en su desarrollo moral y social, en la medida en que la comunidad política llame al adolescente a responder por el delito *en tanto* agente moral, se podría reconocer esta limitación a través del reconocimiento de un factor de mitigación al momento de determinar la sanción penal. En principio, este déficit de culpabilidad se podría corregir mediante el establecimiento de un sistema penal adolescente menos severo que el de los adultos. Ahora bien, si uno se inclina a favor del argumento de Yaffe, el cual es consistente -de una forma más directa que el argumento anterior- con el modelo de Duff, surge la pregunta de en qué medida la limitación de los adolescentes en su derecho a ejercer influencia sobre las normas penales socava por completo la posibilidad de dirigir, legítimamente, un reproche jurídico-penal. Puede que sea razonable que la víctima y los demás dirijan un reproche moral al agente que generó un daño, pero es cuestionable que el autor sea llamado a responder ante los demás *en tanto* ciudadano.

A su vez, la satisfacción de la segunda precondition de punibilidad –la obligación política del infractor de motivarse conforme a la norma- se ve mermada en la medida en que no pueda establecerse, en un sentido relevante, un vínculo político entre norma y destinatario adolescente. Mañalich considera que si la norma de comportamiento penal no refleja el ejercicio de la autonomía pública del adolescente, su vinculación resulta heterónoma¹⁴⁸. Ahora bien, es razonable reflexionar hasta qué punto la ausencia del derecho a voto de los adolescentes impide la formación de un vínculo político entre norma y destinatario. Puede que la vinculación no sea una cuestión de todo o nada, sino que la adolescencia se corresponda con un período de transición desde la completa desvinculación entre norma penal y destinatario (como sería el caso

¹⁴⁸ En este mismo sentido, Mañalich afirma que “[d]e ahí que sea imprescindible no perder de vista que, a diferencia de un derecho penal de adultos, un régimen de responsabilidad jurídico-penal aplicable respecto de menores de edad siempre será heterónimo en sentido político”, en Juan Pablo Mañalich, “Los plazos de prescripción de la acción penal de la Ley de responsabilidad penal de adolescentes frente al art. 369 quáter del Código Penal”, en *Informes en Derecho: Estudios de derecho penal juvenil IV*, coord.. Defensoría Penal Pública (Santiago: Centro de Documentación Defensoría Penal Pública), 219 y s.

de los menores de 14 años), a una vinculación normativa relevante que se adquiere en la adultez mediante el reconocimiento del derecho a voto como forma de participación en la deliberación democrática.

En ese mismo sentido, la tercera precondition de la punibilidad –la legitimación del Estado para llamar al autor del delito a responder en el proceso de rendición de cuentas- se ve mermada cuando el autor del delito es un adolescente, pues es ese mismo Estado el que no le ha reconocido, en un sentido relevante, la posibilidad de ejercer su autonomía política en el espacio de deliberación democrática. Siguiendo a Yaffe, tener participación política en la creación de la norma penal produce complicidad del ciudadano respecto del juzgamiento de la incorrección de las acciones que quebrantan la norma. La sanción penal es expresiva de la censura pública que merece el acto, declarado como incorrecto en virtud de su prohibición mediante la norma. Así, cuando el ciudadano es sancionado penalmente, se convierte en cómplice de aquella representación de su acción (la declaración de su incorrección mediante el reproche dirigido), y no solo en el sufrimiento vivido a través de la imposición de la pena¹⁴⁹. Si el adolescente tiene una participación política significativamente debilitada, existe un déficit de legitimación del Estado para llamarlo a responder ante su comunidad política por el delito cometido. Nuevamente, si lo relevante es su culpabilidad disminuida en razón de un déficit de agencia moral, este podría ser corregido mediante el establecimiento de una excusa absolutoria o un factor de mitigación. Si, por el contrario, lo determinante de la responsabilidad penal adolescente no es el reproche moral que se dirige a través del Estado, sino un reproche jurídico-penal, el déficit de participación del adolescente en la esfera pública merma significativamente el proceso de rendición de cuentas que legítimamente se puede dirigir en contra del autor del delito.

Finalmente, la precondition de la punibilidad de que el lenguaje del derecho penal sea un lenguaje que los ciudadanos puedan sentir como propio, es una que se encuentra en función de la legitimidad del proceso de rendición de cuentas. Si no es legítimo llamar al adolescente a que responda por el delito en un proceso de rendición de cuentas ante su comunidad, el lenguaje jurídico utilizado en el proceso deviene opresivo. Ahora bien, la comprensión fáctica y normativa del adolescente del lenguaje utilizado en las normas penales y en el proceso judicial, dependerá del grado de madurez intelectual y social del menor. De afirmarse que sí tiene sentido

¹⁴⁹ Yaffe, *The Age of Culpability*, 152.

dirigir un reproche jurídico-penal a un adolescente por la comisión de un delito, la satisfacción de esta precondition de debe ser una mucho más exigente que en el caso de los adultos. El entendimiento de los “conceptos jurídicos gruesos” del lenguaje del derecho penal, que depende crucialmente de su vínculo estrecho con los “conceptos éticos gruesos” del lenguaje moral, es una comprensión más difícil para un adolescente pues tiene menos experiencia moral que un adulto.

Teniendo en cuenta los aspectos problemáticos para la legitimación de la responsabilidad penal adolescente, queda abierta la pregunta de si la satisfacción deficitaria de las precondiciones de la punibilidad identificadas por Duff llevan a una solución de todo o nada, es decir, de un escenario de justificación a uno de completa ilegitimidad del reproche jurídico-penal, o más bien es una cuestión de grado. A pesar de la complejidad de la materia, en el capítulo siguiente se defenderá la posibilidad de construir un sistema de responsabilidad penal adolescente que se vea informado por las precondiciones desarrolladas por Duff. La satisfacción de cada una de éstas será irreductiblemente deficitaria, pero un sistema de responsabilidad penal adolescente es necesario como un período de transición hacia un auténtico sistema de rendición de cuentas.

CAPÍTULO III: Hacia una justificación de la sanción penal adolescente en Chile

1. Principios fundamentales

En virtud de los desafíos de legitimación que plantea la responsabilidad penal adolescente, se evaluará de forma crítica el sistema penal adolescente que rige en Chile, consagrado en la Ley 20.084. Se abordará la posibilidad de justificar retributivamente la sanción penal adolescente, a la luz de tres principios: el principio de especialidad, el principio de responsabilidad y el principio de proporcionalidad.

Un buen punto de partida es el argumento de Gustavo Chan en relación a la pregunta de si se justifica o no un trato diferenciado entre adolescentes y adultos respecto a su responsabilidad penal. Su argumento comienza por constar que la teoría del delito, en tanto discurso o construcción teórica, es formulada para ser aplicada a determinado objeto, que en este caso consiste en un modelo de sujeto. Dicho esto, puede suceder que la “sustancia de enunciación”, esto es, los sujetos reales sobre los cuales se debe aplicar la teoría del delito, no se correspondan con aquella construcción teórica. En efecto, Chan denuncia que esto es lo que ocurre cuando se adopta un concepto de culpabilidad originalmente formulado para adultos y se aplica al régimen penal de adolescentes¹⁵⁰. El autor señala que el respeto del principio de igualdad constitucional exige tener un tratamiento diferenciado entre la responsabilidad penal de adultos y la de los adolescentes, en virtud de la dimensión formal y material del principio de igualdad. En términos formales, el principio de igualdad exige que todas las personas que comparten una característica determinada sean tratadas de la misma manera y, *a contrario sensu*, aquellas personas que no comparten esa característica deben ser tratadas de manera diferente¹⁵¹. Sin embargo, este criterio de igualdad es vacío si no se lo complementa con una noción de igualdad material para determinar qué criterio o característica de diferenciación se utilizará. La comunidad política debe asumir la tarea valorativa de escoger un criterio material adecuado que permita discriminar lo importante de lo irrelevante¹⁵².

¹⁵⁰ Gustavo Chan, “Igualdad formal, igualdad material y responsabilidad penal de los jóvenes”, en *Informes en Derecho: Estudios de derecho penal juvenil IV*, coord. Defensoría Penal Pública (Santiago: Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, 2013), 26 y ss.

¹⁵¹ Chan, “Igualdad formal, igualdad material”, 31 y s.

¹⁵² Chan, “Igualdad formal, igualdad material”, 38.

El modelo tutelar de responsabilidad penal adolescente utilizaba un criterio valorativo que consistía en la insatisfacción de ciertas necesidades básicas de los jóvenes, lo que estructuraba un sistema penal aplicable a los menores de edad en razón de su situación de vulnerabilidad¹⁵³. Con la transición a un modelo de derecho penal juvenil, como aquel regulado en la Ley 20.084, el criterio valorativo fundamental consiste en el principio de culpabilidad. Siguiendo a Hruschka, si el juicio de culpabilidad consiste en un juicio sobre la capacidad de motivación del autor conforme a la norma penal y su exigibilidad de motivarse conforme a ella¹⁵⁴, cabe preguntarse hasta qué punto se puede tener esta expectativa normativa respecto al comportamiento de los adolescentes. Siguiendo la línea argumentativa de la culpabilidad disminuida en razón del desarrollo psicológico del menor, Chan concluye que debe existir un trato diferenciado y que debe utilizarse un concepto distinto de culpabilidad juvenil¹⁵⁵.

Esas consideraciones se ven reflejadas en la consagración del principio de especialidad en el mensaje de nuestra LRPA, pues se declara que se basa en una “responsabilidad especial [del adolescente] a su carácter de sujeto en desarrollo”¹⁵⁶. Así, se fundamenta el establecimiento de un sistema de justicia especializado en todas las fases del procedimiento y durante la ejecución de la sanción, que da cuenta de un sistema coherente y no simplemente de un conjunto de modificaciones puntuales al sistema penal de adultos. Tal como señala Couso, el mandato de especialidad del juzgamiento penal de adolescentes es reflejo de los estándares internacionales en materia de derechos humanos reconocidos por la Convención sobre los Derechos del Niño a los menores de 18 años, fundamentalmente en sus artículos 37 y 40¹⁵⁷. Así, el artículo 3° de la

¹⁵³ Chan, “Igualdad formal, igualdad material”, 38.

¹⁵⁴ Joachim Hruschka, *Imputación y derecho penal: Estudios sobre la teoría de la imputación* (Navarra: Editorial Aranzadi, 2005), 34 y s.

¹⁵⁵ El argumento queda expresado en la siguiente cita: “Para comprender las normas penales y actuar conforme a ellas se requieren una serie de atributos psíquicos (cognitivos, de juicio moral, psico-sociales y neurológicos) y de atributos socioculturales (grado de aculturación respecto de la cultura jurídica dominante). Dado que los adultos y los jóvenes usualmente difieren en el grado de desarrollo de esos atributos, por lo tanto, ambos grupos de la población deben ser tratados de manera diferenciada en cuanto a su responsabilidad penal. Para ese tratamiento diferenciado de la responsabilidad penal de los jóvenes es necesario un concepto de culpabilidad cuyo contenido de significado permita fijar y valorar el grado de desarrollo de aquellos atributos”, en Chan, “Igualdad formal, igualdad material”, 42 y s.

¹⁵⁶ Mensaje N° 68-347, 2 de agosto de 2002, en sesión 24 de la Ley 20.084. Sobre la importancia de reconocer al adolescente como sujeto de derechos, en términos de reconocer y respetar su autonomía, véase Francisco Maldonado, “Consideraciones acerca del contenido de especialidad que caracteriza a los sistemas penales de adolescentes”, *Revista de Derecho Escuela de Postgrado*, no. 5 (julio 2014): 17-54.

¹⁵⁷ Jaime Couso, “Fundamentos empíricos y normativos del mandato de especialidad en el derecho penal y procesal penal de adolescentes”, en *Juzgamiento penal de adolescentes*, eds. Jaime Couso y Mauricio Duce (Santiago: LOM Ediciones, 2013), 22.

LRPA hace efectiva la responsabilidad penal de quienes al momento de principiar la ejecución del delito, sean mayores de 14 años y menores de 18 años.

En cuanto a la regulación del principio de responsabilidad, en base a la necesidad de contemplar una noción de culpabilidad adolescente que reconozca esta etapa como una de aprendizaje, Von Hirsch sugiere la adopción de un principio de “tolerancia especial”¹⁵⁸. Este principio asume el compromiso de reconocer el período de la adolescencia como uno de experimentación, es decir, de probar límites y cometer errores. Así, el principio de tolerancia especial se aferra al presupuesto de que la mayoría de los menores que delinquen, cuando terminen su proceso de maduración intelectual y emocional, aprenderán mejor a vivir de forma autónoma, por lo que “no deberían ser cargados indebidamente con las consecuencias penales de sus malas decisiones anteriores”¹⁵⁹. En la misma línea, Mañalich señala que lo anterior fundamenta la construcción de una noción de culpabilidad del adolescente, definiéndola como una “proto-culpabilidad” en los siguientes términos:

Si un menor de edad es hecho responsable por un comportamiento de significación delictiva, entonces ello ha de tener lugar de modo que resulte parcialmente anticipatorio del recíproco depósito de confianza implicado en la expectativa de fidelidad al derecho que los miembros adultos de una comunidad política mantienen entre sí. Esto es: la proto-culpabilidad manifestada en el hecho imputable a un menor de edad ha de descansar en una anticipación del reconocimiento de autonomía que está implícito en un reproche paradigmático de culpabilidad, esto es, en un reproche de culpabilidad dirigido a un adulto¹⁶⁰.

Mañalich argumenta que el principio de tolerancia especial, acompañado de la noción de proto-culpabilidad, da cuenta del sentido y alcance del artículo 20 de la Ley 20.084, en la medida en que la finalidad de las sanciones consiste en “hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socio-educativa amplia y orientada a la plena integración social”. Mañalich sostiene que el primer componente de la cláusula da cuenta del concepto de proto-culpabilidad, debido a que “hacer efectiva su responsabilidad no supone simplemente constatar esa misma responsabilidad, sino más bien activarla”¹⁶¹. En razón de que la activación no puede ser un paso desde la plena inimputabilidad hacia la plena imputabilidad, la segunda parte de la cláusula

¹⁵⁸ Von Hirsch, “Sentencias proporcionales para menores”, 74.

¹⁵⁹ Von Hirsch, “Sentencias proporcionales para menores”, 74.

¹⁶⁰ Mañalich, “Los plazos de prescripción”, 219.

¹⁶¹ Mañalich, “Los plazos de prescripción”, 220.

refleja que esa activación se debe enmarcar en un esquema de orientación socioeducativa orientada a la plena integración social del adolescente¹⁶².

En cuanto al principio de proporcionalidad, Von Hirsch señala que además del déficit de los adolescentes en su capacidad cognitiva y control volitivo, ellos presentan una mayor susceptibilidad a la sanción penal, en la medida en que los castigos sufridos generan mayores interferencias en sus oportunidades de educación y desarrollo personal que en el caso de los adultos¹⁶³. Ahora bien, esto no significa adoptar un punto de vista subjetivista de la severidad penal, sino destacar que al momento de evaluar las sanciones penales a los adolescentes, se evalúe el grado de interferencia que producen en los intereses especiales asociados al período de infancia. Estos intereses consisten en el propio desarrollo del menor y en la preservación de su autoestima. Un menor de edad requiere tener oportunidades escolares y de aprendizaje que sean adecuadas, la interacción con modelos de rol apropiados y forjar lazos con sus pares¹⁶⁴. Estas razones fundamentan una adecuación, en términos de proporcionalidad retrospectiva, de la magnitud del reproche. De esta forma, para poder compatibilizar la responsabilidad del adolescente que ha quebrantado la norma de comportamiento, por un lado, con el requerimiento de disminuir el impacto de la punición en el proceso de progresiva adquisición de autonomía, por otro, es necesario implementar un principio de tolerancia especial que se manifieste tanto en la naturaleza como en la magnitud de la reacción penal frente al delito¹⁶⁵.

En razón de lo expuesto anteriormente, se abordará tres grandes desafíos de legitimación en la aplicación de nuestra Ley 20.084. Primero, en atención a la satisfacción deficitaria de las precondiciones relevantes para la punibilidad, se analizarán los mecanismos de remisión de casos contemplados en la LRPA. Segundo, se analizará la posibilidad de construir una teoría del delito coherente con el principio de tolerancia especial y proto-culpabilidad del menor, que pueda ser aplicado en la construcción del reproche jurídico-penal de adolescentes. Y tercero, se analizará en qué medida las sanciones privativas de libertad vulneran los principios orientadores de un derecho penal democrático. Este análisis permitirá interpretar y proponer modificaciones al sistema penal adolescente chileno, con la finalidad de acercarlo al modelo normativo de Duff en lo relativo a las tres áreas ya reseñadas.

¹⁶² Mañalich, “Los plazos de prescripción”, 220.

¹⁶³ Von Hirsch, “Sentencias proporcionales para menores”, 70.

¹⁶⁴ Von Hirsch, “Sentencias proporcionales para menores”, 70 y ss.

¹⁶⁵ Von Hirsch, “Sentencias proporcionales para menores”, 77 y s.

2. Mecanismos de remisión y desestimación de casos

El principio de especialidad en la responsabilidad penal adolescente debe orientar el establecimiento de una política fuertemente comprometida con la evitación del contacto de los menores de edad con el sistema penal. El objetivo es la implementación de políticas amplias de remisión de casos antes que ingresen al proceso judicial formal y, tratándose de los casos que ya ingresaron, establecer facultades para que las autoridades que intervienen en el proceso puedan renunciar a la persecución penal de dichos delitos.

En virtud de lo establecido en el artículo 40.3 b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, el principio de especialidad exige -como estándar internacional en materia de derechos humanos de los adolescentes- que los procedimientos judiciales contra los jóvenes infractores sean evitados, decisión que debe ser adoptada respetando los derechos y garantías de los menores de edad. Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado, respecto al artículo 40.3, que los Estados partes deben establecer una serie de medidas que entrañen la supresión del proceso penal y la reorientación hacia la remisión de los casos, lo cual no puede quedar limitada sólo a delitos leves o infractores primerizos¹⁶⁶. En la normativa internacional, se insta al establecimiento de estos mecanismos con el objetivo de evitar las consecuencias negativas que para un menor de edad puede producir su participación en un proceso judicial y el potencial efecto estigmatizador que se genera¹⁶⁷. Sin embargo, desde el modelo normativo de Duff se podría concluir que además de la evitación de posibles consecuencias negativas para el adolescente, el sistema de responsabilidad penal debe establecer salidas legales que den cuenta de una disposición política a renunciar al castigo penal de adolescentes, de una forma más intensa que en el caso de los adultos.

¹⁶⁶ Comité de los Derechos del Niño, “Observación General Nro. 10”, párrafos 24 y 25. En ese mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señalando que “[l]as normas internacionales procuran excluir o reducir la ‘judicialización’ de los problemas sociales que afectan a los niños, que pueden y deben ser resueltos, en muchos casos, con medidas de diverso carácter, al amparo del artículo 19 de la Convención Americana, pero sin alterar o disminuir los derechos de las personas. En este sentido, son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas”, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Opinión Consultiva 17/2002”, párrafo 135.

¹⁶⁷ Comité de los Derechos del Niño, “OG/10”, párrafo 25.

Mauricio Duce efectúa un análisis de los mecanismos de remisión de casos en nuestra LRPA, haciendo la distinción entre mecanismos de remisión o desestimación no condicionada de forma previa a la intervención judicial, y los mecanismos de remisión o desestimación condicionada de casos¹⁶⁸.

Respecto a los primeros, el artículo 35 de la Ley 20.084 establece el principio de oportunidad como principal mecanismo de desestimación no condicionada de casos. El objetivo de este principio es que en un primer contacto con el caso, el fiscal a cargo pueda desestimarlo antes de que se inicie un proceso formal de persecución de la responsabilidad del adolescente. Esta disposición hace aplicable al proceso penal juvenil la misma facultad contenida en el artículo 170 del Código Procesal Penal¹⁶⁹, tratándose del sistema de responsabilidad penal de adultos. En esta última disposición se prevé la facultad de no iniciar o poner término a la persecución penal, cuando se trate de hechos que revisten caracteres de delito que no comprometan gravemente el interés público, siempre y cuando no se traten de delitos cometidos por funcionario público en el ejercicio de sus funciones, o que la pena establecida en la ley para aquellos delitos supere en su mínimo al presidio o reclusión menor en su grado mínimo. Horvitz y López, siguiendo a Maier, reconocen dos objetivos principales de la aplicación de criterios de oportunidad en el proceso penal de adultos: la descriminalización de hechos punibles y la eficiencia del sistema penal. En lo fundamental, los criterios de oportunidad que tienen como finalidad la descriminalización de hechos punibles consisten en los siguientes: i) la adecuación social del hecho; ii) importancia ínfima del hecho (delitos de bagatela); iii) la culpabilidad mínima del autor; y iv) la ausencia de necesidad preventiva¹⁷⁰. Al señalar el artículo 170 del CPP el criterio de interés público, existe un compromiso con un criterio material de “mínima gravedad del injusto”¹⁷¹. La aplicación del principio responde a una definición política, en cuanto su aplicación al caso concreto por parte de los fiscales del Ministerio Público está condicionada a las instrucciones generales que al efecto imparta el Fiscal Nacional, conforme a lo previsto por el artículo 17 letra a) de la Ley N° 19.640 (Ley Orgánica Constitucional del

¹⁶⁸ Mauricio Duce, “El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el nuevo proceso penal juvenil chileno”, en *Juzgamiento penal de adolescentes*, eds. Jaime Couso y Mauricio Duce (Santiago: LOM Ediciones, 2013), 284 y ss.

¹⁶⁹ En adelante, Código Procesal Penal será referido por las siglas ‘CPP’.

¹⁷⁰ María Inés Horvitz y Julián López, *Derecho procesal penal chileno* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002), 48-50.

¹⁷¹ Horvitz y López, *Derecho procesal penal*, 487.

Ministerio Público), y por el artículo 170 inc. 6° del CPP¹⁷². Duce y Riego argumentan que las instrucciones generales impartidas son fundamentales para establecer una política general que no dependa de la discreción de cada fiscal, sino sea el resultado de una discusión política que establezca criterios transparentes, igualitarios y flexibles¹⁷³.

Respecto al sistema penal de menores, el artículo 35 de la LRPA agrega dos modificaciones importantes al principio de oportunidad en relación a su regulación en el sistema penal de adultos¹⁷⁴. La primera, establece que “los fiscales tendrán en especial consideración la incidencia que su decisión podría tener en la vida futura del adolescente imputado” (inciso 1° del artículo 35). Esta cláusula puede ser leída a la luz de una política de prevención especial positiva, es decir, de asegurar la resocialización del menor de edad y evitar las consecuencias negativas de la pena, pues la facultad pone un acento en el imputado y no en la víctima o intereses sociales generales. Sin embargo, tras una lectura retribucionista a la Duff de este mecanismo, se muestra un claro compromiso del sistema de establecer una salida legal, renunciando a la persecución de la responsabilidad penal del adolescente.

En ese mismo sentido, la segunda modificación también permite un avance en relación a un compromiso político de renunciar a la persecución penal de adolescentes. El inciso 2° del artículo 35 de la LRPA establece que “para la aplicación de dicha norma se tendrá como base la pena resultante de la aplicación del artículo 21 de la presente ley”. Esto significa una ampliación del límite de pena establecido en el artículo 170 del CPP, pues éste último produce que el principio de oportunidad sólo sea aplicable tratándose de delitos de baja gravedad. Al aplicarse lo dispuesto en el artículo 21 -de acuerdo al cual la pena correspondiente a los adolescentes es la inferior en un grado al mínimo establecido en la ley para el ilícito correspondiente- se produce un aumento importante de los casos que pueden ser objeto del principio de oportunidad en el sistema de la LRPA¹⁷⁵. Como bien explica Berríos, esta modificación al principio de oportunidad ha provocado que su aplicación en el sistema penal

¹⁷² Horvitz y López, *Derecho procesal penal*, 52, 488.

¹⁷³ Mauricio Duce y Cristián Riego, *Proceso Penal* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007), 215 y s. En ese mismo sentido, véase Juan Bustos, *Derecho penal del niño-adolescente* (Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007), 77.

¹⁷⁴ Véase Duce, “El derecho a un juzgamiento especializado”, 286 y s.

¹⁷⁵ Mónica Cerda y Rodrigo Cerda, *Sistema de responsabilidad penal para adolescentes* (Santiago: Librotecnia, 2007), 177.

adolescente sea dos veces mayor que su aplicación en el sistema penal de adultos, de acuerdo a la línea que se proyecta a partir de las cifras de los años 2010 y 2011¹⁷⁶.

A pesar de la importancia de este mecanismo, Bustos critica la timidez del legislador al regular el principio de oportunidad¹⁷⁷, argumentando que la regulación pasa por alto que el tema de fondo es la necesidad de la pena. A su vez, Cerda critica la falta de otros mecanismos de desestimación temprana de casos¹⁷⁸. En efecto, en el proyecto original de la Ley 20.084 se contemplaba una norma más amplia del principio de oportunidad que no contenía los límites establecidos en el artículo 170 del CPP¹⁷⁹. La norma permitía al fiscal no sólo considerar como criterio el impacto para la vida futura del imputado, sino también “la mejor resolución del conflicto”¹⁸⁰. Además, Duce destaca que en los anteproyectos se establecía la posibilidad de que el juez denegara en la primera audiencia la continuación del procedimiento en caso que el fiscal decidiera llevar adelante la persecución penal, siempre y cuando se justificara en alguna de las siguientes hipótesis: a) si se consideraba que los antecedentes del fiscal eran insuficientes; b) si el juez consideraba que el procedimiento no era conveniente por la escasa relevancia del hecho; c) si evaluaba que concurrían circunstancias de extinción de la responsabilidad penal; y d) si había una reparación o promesa de reparación satisfactoria para la víctima¹⁸¹. Esto consistía en un mecanismo adicional por el cual ya no sólo el fiscal, sino también el juez, tenía la posibilidad de activar una renuncia institucional a la persecución penal adolescente. De haberse acogido estas propuestas en la LRPA, nuestro sistema penal adolescente estaría un paso más cerca del modelo normativo de Duff, en la medida en que una satisfacción deficitaria de las precondiciones de la punibilidad debe empujar al establecimiento de mecanismos de renuncia política e institucional a la persecución penal adolescente, de una forma más intensa que los mecanismos contemplados en el sistema penal de adultos.

¹⁷⁶ Gonzalo Berríos, “La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas”, *Polít. Crim.* 6, no. 11 (junio 2011): 176.

¹⁷⁷ Bustos, *Derecho Penal*, 78.

¹⁷⁸ Cerda y Cerda, *Sistema de responsabilidad*, 176 y s.

¹⁷⁹ Esto se regulaba en el artículo 56, que señalaba: “Principio de oportunidad. Los fiscales del Ministerio Público podrán no iniciar la persecución de la responsabilidad penal de un adolescente o abandonar la ya iniciada, cuando consideren que ello resulta conveniente para la mejor solución del conflicto jurídico penal o para la vida futura del imputado”. Véase Historia de la Ley N° 20.084, 28.

¹⁸⁰ Véase Duce, “El derecho a un juzgamiento especializado”, 287 y s.

¹⁸¹ Véase Duce, “El derecho a un juzgamiento especializado”, 288; y Mauricio Duce, “El proceso establecido en el proyecto de ley que crea un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal: avances y problemas”, *Revista de Derechos del Niño* 2 (2004): 107.

Ahora bien, la LRPA contempla otros mecanismos que apuntan a la renuncia o terminación de la persecución penal de adolescentes: la remisión de casos. Las dos instituciones principales en la ley son la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios. Ambas consisten en salidas alternativas que pueden operar una vez producida la intervención de un juez de garantía, y se encuentran sujetas a las mismas reglas que operan en el sistema procesal penal de adultos¹⁸².

La suspensión condicional del procedimiento se encuentra regulada en el artículo 237 del CPP, el cual exige para su procedencia que en caso de condena la pena a imponer no supere los tres años de privación de libertad. En el sistema de responsabilidad adolescente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 21 de la LRPA, se amplía la aplicación a casos en que, por las penas a imponer, sería difícil que un adulto se pudiera ver beneficiado por esta salida alternativa. Esta consideración exige una interpretación del artículo 237 letra a) de una forma que respete el sentido y alcance de lo dispuesto en el artículo 21 de la LRPA; esto es, que la pena a imponer a los adolescentes considere la rebaja de un grado al mínimo de la pena dispuesta en la norma. Cerda argumenta a favor de esa interpretación, agregando que en caso en que a un adolescente imputado le sea aplicable una pena superior a tres años, pero que en atención a los factores de determinación del artículo 21 considerados por el fiscal esta pena no sea privativa de libertad (por ejemplo, una pena de libertad vigilada especial), por su naturaleza no hay inconveniente en decretar una suspensión condicional del procedimiento¹⁸³. Si bien esta ampliación en las hipótesis de procedencia de esta salida alternativa la transforman en un recurso flexible que puede ser utilizado por los fiscales, el porcentaje de utilización de este mecanismo en el sistema de adolescentes y en el de adultos es muy similar¹⁸⁴.

Por otro lado, un aspecto problemático de la suspensión condicional del procedimiento en el sistema de la LRPA es la extensión del período de suspensión. Al no existir una norma especial, se aplica lo dispuesto en el artículo 237 inciso 6° del CPP, el que dispone que el plazo de suspensión no debe ser inferior a un año ni superior a tres. Este plazo resulta muy extenso

¹⁸² Para un análisis profundo sobre los principales efectos de estas salidas alternativas en el sistema de responsabilidad adolescente, véase Ana María Morales, “Las salidas alternativas y las sanciones no privativas de libertad de reparación del daño y servicios en beneficio de la comunidad en el subsistema de responsabilidad penal de adolescentes infractores de la ley penal”, *Revista de Estudios de la Justicia*, no. 7 (2006): 159-82.

¹⁸³ Cerda y Cerda, *Sistema de responsabilidad*, 180. En ese mismo sentido, véase Duce, “El derecho a un juzgamiento especializado”, 290.

¹⁸⁴ Véase Berríos, “La ley de responsabilidad penal”, 176.

tratándose de la responsabilidad penal de los adolescentes, debido a que, por un lado, respecto de delitos de mediana o baja gravedad, la pena a imponer resulta ser menos extensa que la duración de las condiciones de la suspensión y, por otro, no se ajusta a la realidad de los adolescentes en relación al significado que tiene un período de tiempo de uno a tres años en sus vidas. Así, es razonable especular que no se ha producido un aumento importante del uso de esta salida alternativa en razón de que el plazo mínimo de un año resulta poco proporcional en relación a la extensión de la pena a imponer en caso de condena¹⁸⁵.

Finalmente, en atención al principio de especialidad, Duce enfatiza en la necesidad de resguardar la voluntariedad en la renuncia del adolescente imputado a su derecho al juicio oral y demás garantías¹⁸⁶. En este mismo sentido, Morales argumenta que la entrega de información al adolescente por parte del defensor juvenil y el control judicial deben asegurar que la decisión del adolescente no se vea motivada por consideraciones de eficiencia del sistema¹⁸⁷. Lo anterior es coherente con los estándares internacionales en materia de derechos humanos de los adolescentes, en la medida en que el Comité de los Derechos del Niño ha señalado, en lo fundamental, que el uso de la remisión debe utilizarse cuando existan pruebas fehacientes de la participación del menor en el delito, el consentimiento del adolescente debe ser libre y por escrito, y la remisión debe suponer el cierre definitivo del caso siempre que se cumplan las condiciones¹⁸⁸.

La segunda salida alternativa es el acuerdo reparatorio, regulado en el artículo 241 del CPP, que consiste en la posibilidad de que se celebre un acuerdo entre imputado y víctima sólo en aquellos casos en que los hechos que revisten caracteres de delito afecten bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistan en lesiones menos graves, o constituyan delitos culposos. Si bien en el proyecto de la LRPA se contemplaba una propuesta de eliminación de los límites dispuestos en el artículo 241, durante la tramitación de la ley se concluyó que era mejor fijar los mismos criterios aplicables a la responsabilidad penal de los adultos¹⁸⁹. La

¹⁸⁵ Sobre una crítica a la extensión del período de suspensión, véase Duce, “El derecho a un juzgamiento especializado”, 292. Así también, Cerda y Cerda, *Sistema de responsabilidad*, 181.

¹⁸⁶ Duce, “El derecho a un juzgamiento especializado”, 292.

¹⁸⁷ Morales, “Las salidas alternativas”, 174.

¹⁸⁸ Comité de los Derechos del Niño, “OG/10”, 27.

¹⁸⁹ En el proyecto de ley, el artículo 58 establecía: “Acuerdo reparatorio. En los procesos de que trata la presente ley regirán los acuerdos reparatorios establecidos en el artículo 241 del Código Procesal Penal. En todo caso, no tendrá lugar la limitación establecida en el inciso segundo de dicha disposición, como tampoco su inciso tercero en lo que dice relación con aquél”. Véase Historia de la Ley N° 20.084, 28.

ausencia de un tratamiento diferenciado no es coherente con el principio de especialidad del sistema penal adolescente, lo cual es problemático pues esta salida alternativa podría consagrar el principio de tolerancia especial y el fortalecimiento del vínculo social del adolescente con la víctima y su comunidad.

Finalmente, es relevante analizar dos mecanismos de remisión que se activan en el momento de aplicación de la pena, esto es, una vez que ha quedado acreditada la responsabilidad penal del adolescente en el hecho imputado: la suspensión de la ejecución de la pena y la sustitución de la condena. Más que mecanismos de remisión, son mecanismos que compensan la timidez legislativa en cuanto al establecimiento de instituciones que descarten o pongan término a la persecución penal de adolescentes, de una forma que sea claramente más intensa que las previstas en el sistema de adultos¹⁹⁰. La suspensión de la pena se encuentra regulada en el artículo 41 de la LRPA y consiste en la posibilidad de que el juez suspenda la ejecución de la pena y sus efectos por un plazo de seis meses, siempre y cuando el adolescente haya sido condenado por un delito cuya pena privativa o restrictiva de libertad no exceda de 540 días. Para decretar esta medida, el juez debe evaluar la concurrencia de antecedentes favorables para el condenado, de tal forma que sea desaconsejable la imposición de la pena. Si el juez concede la suspensión de la pena y transcurridos los seis meses de suspensión el adolescente no ha sido objeto de una nueva persecución penal, el tribunal debe dejar sin efecto la sentencia condenatoria y dictar sobreseimiento definitivo de la causa. Si bien en el sistema de adultos se encuentra contemplada una facultad similar en el artículo 398 del CPP, la suspensión sólo se aplica tratándose de condenas por faltas. En consecuencia, la LRPA permite una ampliación significativa de la procedencia de la suspensión de la pena, lo cual es coherente con el principio de especialidad y el de tolerancia especial.

El segundo mecanismo es la sustitución de la condena, la que se encuentra regulada en el artículo 53 de la LRPA y consiste en la facultad del tribunal, de oficio o a petición de parte, de sustituir la pena por una menos gravosa en la medida en que sea favorable para la reintegración social del adolescente. Ahora bien, este mecanismo se encuentra sujeto a una limitación cuando la sanción impuesta al adolescente haya sido su internación en régimen cerrado, pues en ese caso no se podrá sustituir la pena por la prestación de servicios en beneficio de la comunidad o la reparación del daño causado (inciso final del artículo 53). Además,

¹⁹⁰ Duce, “El derecho a un juzgamiento especializado”, 295 y s.

tratándose de las sanciones privativas de libertad, la sustitución sólo podrá disponerse de forma condicionada, es decir, si se incumpliere la sanción sustitutiva, podrá revocarse su cumplimiento ordenándose la continuación de la sanción originalmente impuesta por el tiempo que faltare (artículo 54).

Por último, cabe mencionar que el artículo 55 de la LRPA contempla un mecanismo de remisión de condena, en virtud del cual el tribunal puede remitir el cumplimiento del saldo de condena cuando, en base a antecedentes calificados, considere que se ha dado cumplimiento a los objetivos perseguidos con su imposición al adolescente. Para su procedencia, el tribunal debe contar con un informe favorable del Servicio Nacional de Menores y, tratándose de una sanción privativa de libertad, esta facultad sólo podrá ser ejercida si se ha cumplido más de la mitad del tiempo de duración de la sanción originalmente impuesta. Más que un mecanismo de remisión de casos, el objetivo de esta institución es remitir el saldo de condena, el cual se encuentra limitado al transcurso de un plazo fijo de tiempo tratándose de las sanciones privativas de libertad. De todas formas, también da cuenta de un mecanismo institucional que exige ser interpretado a la luz del principio de tolerancia especial y proto-culpabilidad, si se asume el compromiso de construir un sistema penal de y para ciudadanos.

A modo de reflexión, el análisis de los mecanismos de remisión y desestimación de casos contemplados en la LRPA debe ser realizada en coherencia con los principios que inspiran un tratamiento diferenciado de la responsabilidad penal adolescente. Tras la argumentación de cómo la legitimación del reproche penal de adolescentes se ve fuertemente debilitada por el déficit en la satisfacción de las precondiciones de punibilidad desarrolladas por Duff, la creación de un sistema penal más democrático exige una intensa política de renuncia a la persecución penal de adolescentes. Lo anterior permite establecer un sistema que sea coherente con el compromiso político de tratar la adolescencia como período de transición hacia una ciudadanía plena. El reproche jurídico penal adolescente debe ser anticipatorio de ese reconocimiento de ciudadanía, pero no exigir de los adolescentes un comportamiento ejemplar de ciudadano que practica la fidelidad al derecho.

3. Criterios de imputación en la responsabilidad penal adolescente

Al defender un concepto de culpabilidad disminuida de los adolescentes, es necesario construir una teoría del delito que se adecúe a esa culpabilidad. En lo fundamental, esto exige que la construcción de la imputación subjetiva y la culpabilidad –como criterios de imputación– den cuenta de las capacidades de los adolescentes y de aquello que legítimamente se puede esperar de su conducta¹⁹¹.

Sobre la imputación subjetiva, la imputación ordinaria por la comisión de un delito exige la configuración de dolo eventual. Para su configuración, es necesario que el autor del delito haya actuado representándose las circunstancias de hecho relevantes para la realización del tipo de hecho punible. Si el agente ejecuta una determinada acción representándose, con un grado de probabilidad relevante, la posibilidad que su conducta realice el tipo del delito, entonces actúa con dolo eventual pues se debería haber formado la intención de evitar la realización del tipo del delito por la vía de omitir la ejecución de la acción. Kindhäuser señala que el grado de probabilidad relevante para la representación del agente tiene que ser determinado a través de una apelación al estándar normativo de una persona racional y razonable que practica la fidelidad al derecho¹⁹². Así, Mañalich señala que “el dolo eventual, en cuanto forma básica de dolo, se deja entender como nada más y nada menos que la conciencia de la adopción del riesgo en cuestión”¹⁹³. Para su configuración, se debe evaluar la representación del autor en atención a indicadores de dolo eventual, los que consisten en indicadores objetivos de síndromes de riesgo, de tal forma que “el riesgo relevante ha de ser entendido como la posibilidad o chance de que la específica forma de comportamiento antinormativo se vea realizada por el comportamiento del agente”¹⁹⁴.

En razón del concepto de proto-culpabilidad, se debe ajustar la expectativa normativa de la representación que tiene un adolescente de los síndromes objetivos de riesgo al momento de actuar. A modo de ejemplo, la expectativa normativa de que un adolescente que golpea reiteradamente a otro se representa, con un grado de probabilidad relevante, que a través de su conducta se pueda ver realizado el delito de homicidio, debe ser una expectativa más debilitada

¹⁹¹ Sobre la diferencia entre objeto de imputación y criterios de imputación, y la relevancia de su diferenciación, véase Hruschka, *Imputación y derecho penal*, capítulo 1.

¹⁹² Urs Kindhäuser, “Der subjektive Tatbestand im Verbrechensaufbau”, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht* (2007): 456 y ss., citado por Juan Pablo Mañalich, “La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica”, *Revista Chilena de Derecho* 44, no. 2 (2017): 473.

¹⁹³ Mañalich, “La tentativa de delito”, 474.

¹⁹⁴ Mañalich, “La tentativa de delito”, 473 y s.

que la que razonablemente se puede esperar de un adulto en la misma situación de deliberación práctica.

Tratándose del segundo nivel de imputación -el juicio de culpabilidad por el injusto-, tanto la capacidad de motivación conforme a la norma penal como la exigibilidad de motivación conforme a ella, son aspectos que deben ser analizados con mayor laxitud en atención a la capacidad de internalización de las normas jurídico-penales de los adolescentes y su vinculación política con éstas.

Primero, siguiendo la distinción de Kindhäuser entre error de hecho y error de derecho, esto es, error de verdad sobre los presupuestos de hecho relevantes para la realización del tipo y error de sentido sobre las propiedades que contiene un concepto normativo determinado¹⁹⁵, se debe ampliar el espacio de reconocimiento del error invencible como eximente de responsabilidad en el juzgamiento penal de adolescentes, especialmente a nivel de la culpabilidad¹⁹⁶. Tal como plantea Hernández, por una diferente percepción del significado social del hecho, en términos de valoración social del mismo, el adolescente no ha podido razonablemente conocer el carácter injusto de su conducta ni, consecuentemente, enderezarla de acuerdo con el derecho¹⁹⁷.

Utilizando uno de los ejemplos expuestos por Kindhäuser, si la distribución de un escrito pornográfico quebranta una norma de comportamiento penal, el autor debe representarse no sólo el contenido del escrito (relevante para la determinación del dolo eventual), sino también el sentido y alcance del concepto “pornográfico”¹⁹⁸. En ese sentido, tratándose de la imputación dirigida a un adolescente, la presunción de la consciencia de la antijuridicidad del hecho debe reconocerse revertida con mayor laxitud que la de un adulto. La comprensión normativa de la antijuridicidad de la conducta requiere la culminación de un proceso de socialización e internación de normas sociales, que el adolescente se encuentra todavía transitando. La invencibilidad del error es aquello que fundamenta el reconocimiento de una eximente de responsabilidad por error de prohibición, la cual se construye a partir de lo que es razonable

¹⁹⁵ Urs Kindhäuser, “Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho”, en *El Error en el Derecho Penal*, eds. Frisch Wolfgang, Ingeborg Puppe, Urs Kindhäuser, GERAL Grunwald y Hans Ullrich Paeffgen (Buenos Aires: Ad-Hoc, 1990), 141 y ss.

¹⁹⁶ Esta propuesta es coincidente con lo planteado por Hernández y Mañalich en sus respectivos trabajos. Véase: Héctor Hernández, “El nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su ‘Teoría del delito’”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* 20, no. 2 (diciembre 2007): 211; y Mañalich, “Los plazos de prescripción”, 219 y s.

¹⁹⁷ Hernández, “El nuevo derecho penal”, 211.

¹⁹⁸ Kindhäuser, “Acerca de la distinción”, 143 y ss.

esperar de un ciudadano que practica la fidelidad al derecho. Si la imputación se dirige en contra de un adolescente, la evaluación de la invencibilidad del error debe apuntar a aquello que es legítimo esperar de un adolescente promedio, y no de un ciudadano adulto como paradigma de agente sujeto a reproche jurídico-penal¹⁹⁹.

A su vez, para que se pueda afirmar la culpabilidad del adolescente por el injusto realizado, ésta no debe ser rebatida por la concurrencia de alguna causal de exculpación que dé cuenta de la inexigibilidad de una conducta conforme a derecho en una determinada situación²⁰⁰. Siguiendo la propuesta de Hernández, las circunstancias eximentes de fuerza irresistible o medio insuperable (artículo 10 N° 9 del Código Penal) deben ser analizadas evaluando no sólo el carácter extraordinario de las circunstancias concomitantes al hecho, sino también evaluar el efecto de éstas desde la perspectiva de un adolescente que se ve enfrentado a ellas²⁰¹. Nuevamente, es relevante que la expectativa normativa de un comportamiento conforme a derecho se ajuste a las particularidades de un adolescente. A diferencia de lo que sugiere Hernández, más que prestar atención al grado de desarrollo y madurez del menor de edad, la aplicación de esta eximente debe ajustarse a la distancia que existe entre la norma penal y el adolescente, en atención al déficit de satisfacción de la segunda precondition de la punibilidad identificada por Duff. En virtud del déficit de participación política del adolescente en la creación de la norma penal, que determina un debilitamiento de su fuerza como razón para la acción, la legitimación del reproche jurídico-penal del adolescente requiere que el sistema permita una interpretación más laxa de la satisfacción de los requisitos de la eximente. A modo de ilustrar lo anterior, en una situación de deliberación práctica es razonable que el adolescente reconozca, pondere y responda a razones prudenciales con más fuerza vinculante para su acción que las razones jurídicas que reclaman consideración en esa situación. Las consideraciones anteriores también son aplicables a la eventual concurrencia de un error de prohibición indirecto;

¹⁹⁹ El reconocimiento de una eximente de responsabilidad por error de prohibición invencible es reconocida en nuestro sistema jurídico a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema desde el año 1998, que reconoce este efecto eximente fundado en la prohibición constitucional de presumir de derecho la responsabilidad penal establecida en el artículo 19 N° 2 inciso 6° de nuestra Constitución. Véase: sentencia de la C. Suprema, 4 agosto 1998, Gaceta Jurídica N° 218 [1998], 96; y sentencia de la C. Suprema, 23 marzo 1999, Fallos del Mes N° 484 [1999], 187, citadas en Hernández, “El nuevo derecho penal”, 213, nota 63.

²⁰⁰ Para un análisis en profundidad sobre la diferencia entre causales de inculpabilidad (dentro de las cuales se incluye el error de prohibición) y las causales de exculpación, véase Juan Pablo Mañalich, “La exculpación como categoría del razonamiento práctico”, *InDret* 1 (enero 2013): 1-29.

²⁰¹ Hernández, “El nuevo derecho penal”, 211.

esto es, el error en el sentido y alcance de una causa de justificación, en cuanto a un posible error del adolescente en la ponderación del bien jurídico amparado²⁰².

De un modo similar, la consideración de las circunstancias atenuantes y agravantes para efectos de la determinación de la pena en concreto debe también tener presente el proceso de madurez del adolescente y el grado de expectativa normativa razonable de adecuación de su comportamiento a derecho. En sus respectivos trabajos, Cruz y Hernández destacan que, en relación a la concurrencia de atenuantes, se debe prestar especial atención a las dispuestas en el artículo 11 N° 3, N° 4 y N° 5 del Código Penal²⁰³. En cuanto a la concurrencia de la atenuante del artículo 11 N° 3, el sentido de la oración “la provocación o amenaza del ofendido” debe ser interpretado teniendo en cuenta que hay ciertas provocaciones que pueden resultar insignificantes para un adulto, pero muy significativas para un adolescente, en relación al desarrollo de su personalidad y su vínculo con los demás. La misma consideración es aplicable respecto de la atenuante del artículo 11 N° 4, pues el adolescente que actúa en vindicación próxima puede verse inclinado, en atención a la fuerza de sus razones para la acción, por una razón diferente a la razón jurídica que reclama aplicación. Por último, la atenuante del artículo 11 N° 5 debe ser aplicada de forma coherente con la experiencia moral y social del menor de edad, en lo relativo al control de sus impulsos y el respeto por los demás.

Por su parte, la configuración de circunstancias agravantes debe ser coherente con lo que legítimamente se puede exigir del comportamiento de los adolescentes. Las agravantes más problemáticas son aquellas contenidas en el artículo 12 N° 9, N° 13, N° 17 y N° 18 del Código Penal. El principio de tolerancia especial exige interpretar el sentido y alcance de los conceptos normativos contenidos en las agravantes de una forma que respete la adolescencia como período de transición hacia la adquisición de una ciudadanía plena. Los conceptos de “ignominia” (art. 12 N° 9), “autoridad” (art. 12 N° 13 y art. 12 N° 18) y “dignidad” (art. 12 N° 18), tienen un sentido y alcance irreductiblemente cultural, que para su acabada comprensión exige un nivel de internalización de normas sociales relevante²⁰⁴. Asimismo, la configuración de la agravante del art. 12 N° 17 requiere un grado de comprensión de la libertad religiosa y, tratándose de los adolescentes, su eventual concurrencia puede ser expresiva de la tensión entre la afirmación de

²⁰² Cruz, “La culpabilidad por el hecho del adolescente”, 18.

²⁰³ Véase Cruz, “La culpabilidad por el hecho del adolescente”, 19 y s; y Hernández, “El nuevo derecho penal”, 214.

²⁰⁴ Hernández, “El nuevo derecho penal”, 215.

identidad del adolescente infractor y los valores culturales hegemónicos²⁰⁵. Lo que muestra la concurrencia de esas agravantes es una actitud subjetiva de desprecio por ciertos valores e instituciones que trascienden al disvalor propio de la acción delictiva. Por esta razón, en principio, debería rechazarse la agregación de disvalor subjetivo por la concurrencia de agravantes, en virtud de una correcta comprensión del principio de tolerancia especial y proporcionalidad.

4. Sanciones privativas de libertad aplicables a los adolescentes

Para finalizar el análisis, cabe reflexionar en qué medida las sanciones privativas de libertad establecidas en la LRPA son coherentes con el modelo de derecho penal democrático de Duff.

Si bien la LRPA establece un catálogo de sanciones menos severo, en términos comparativos, al contemplado en el sistema penal de adultos, para los delitos de mayor gravedad se establecen sanciones privativas de libertad (párrafo 3° de la Ley 20.084). Los artículos 26 y 47 de la ley citada establecen que la privación de libertad se utilizará sólo como medida de último recurso, lo cual es consistente con el principio de especialidad por ser una consideración no contemplada en el sistema de responsabilidad penal de los adultos. No obstante, es cuestionable la premisa inicial de que un sistema penal adolescente deba contemplar sanciones privativas de libertad. El artículo 37 b) de la Convención sobre los Derechos del Niño consagra la sanción privativa de libertad como último recurso, pero no prohíbe a los Estados el establecimiento de ésta.

En principio, uno podría señalar que es razonable que un catálogo de sanciones contemple algunas privativas de libertad, cuya aplicación se corresponde con la reacción punitiva que merece un hecho punible de gravedad, en comparación con uno de menor gravedad. Si bien este problema implica una discusión de *lege ferenda* que es sumamente compleja, se puede criticar las sanciones privativas de libertad aplicables a adolescentes en términos de proporcionalidad cardinal. Siguiendo la distinción que propone Von Hirsch entre proporcionalidad ordinal y proporcionalidad cardinal²⁰⁶, bajo una exigencia de la primera, la

²⁰⁵ Cruz, “La culpabilidad por el hecho del adolescente”, 23.

²⁰⁶ Véase Andrew Von Hirsch, *Censure and Sanctions* (Oxford: Clarendon Press, 1993), 18 y ss. Para una interpretación de esta distinción en la doctrina nacional, véase Juan Pablo Mañalich, “La reiteración de hechos

pena privativa de libertad a imponer por la comisión de un hecho punible de considerable gravedad puede ser la reacción proporcionalmente adecuada en relación a las penas contempladas para los delitos de mediana o baja gravedad. No obstante, la pregunta por la proporcionalidad cardinal se corresponde con la discusión política sobre qué tanta desaprobación o censura merece ser expresada en las sanciones penales; cuál es el límite mínimo y el máximo de la escala de reacción punitiva frente a la comisión de hechos punibles.

Bajo una exigencia de proporcionalidad cardinal, uno puede inclinarse a favor de la supresión de la sanción de internación en régimen cerrado (artículo 17 de la LRPA) y la internación en régimen semicerrado (artículo 16 de la LRPA). Las sanciones privativas de libertad atentan contra el propósito comunicativo de la pena de Duff, cuando son aplicadas a los adolescentes. Si la pena tiene por objetivo expresar la censura que merece la conducta delictiva y lograr un proceso de arrepentimiento, reforma y reconciliación del autor con su comunidad política, la sanción penal en adolescentes presenta un desafío comunicativo aún mayor. El adolescente todavía no forma parte, en un sentido relevante, de la comunidad política; el ejercicio de su autonomía política es dependiente de la exhibición del estatus de ciudadano. El modelo normativo de Duff exige que el derecho penal sea un derecho de ciudadanos que no excluya al infractor de la vida en comunidad. Para alcanzar ese objetivo, las sanciones penales aplicables a los adolescentes no deben impedir que se forje un vínculo entre el adolescente que quebrantó la norma penal y su comunidad política.

En definitiva, la aplicación de las sanciones de internación en régimen cerrado o semicerrado le comunican al adolescente que –a pesar del compromiso de adquisición próxima de ciudadanía- al no actuar conforme a derecho se le va a tratar como sujeto paradigmático de reproche jurídico-penal. El juzgamiento penal de los adolescentes debe ser anticipatorio del reconocimiento del estatus de ciudadano, de un modo que efectivamente exprese ese compromiso; la internación en régimen cerrado o semicerrado produce su negación.

punibles como concurso real. Sobre la commensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena”, *Polít. Crim.* 10, no. 20 (diciembre 2015): 498-527.

CONCLUSIONES

El modelo normativo de Antony Duff ofrece la posibilidad de reflexionar sobre la legitimación del reproche jurídico-penal en un Estado democrático de derecho. Por esta razón, en el primer capítulo se desarrolló una exposición sobre la concepción de Duff respecto a la pena y su fundamentación, para así finalizar el capítulo explicando los cimientos de su modelo: su teoría democrática de la culpabilidad y la distinción fundamental entre precondiciones y condiciones de la punibilidad. Siguiendo una concepción relacional de la responsabilidad, el autor del delito responde ante su comunidad política *en tanto* ciudadano por el agravio público cometido, pues en razón de ese estatus se encuentra sujeto a una expectativa normativa de practicar la fidelidad al derecho. La legitimación de esa expectativa de seguimiento de la norma penal descansa en el ejercicio de la autonomía política del ciudadano, de tal forma que las normas penales sean el resultado de la deliberación democrática de una comunidad y expresen los valores fundamentales que ésta ha definido. Así, el estatus de ciudadano del agente imputado es central para poder afirmar la legitimidad del proceso de rendición de cuentas planteado por Duff, en la medida en que consiste en la primera precondición de la punibilidad que informa a las demás.

Ahora bien, Duff amplía el horizonte de exigencias para legitimar el reproche jurídico-penal en comparación a otras teorías democráticas de la culpabilidad, en la medida en que las demás precondiciones requieren para su satisfacción un álgido compromiso de parte del Estado de honrar los valores fundamentales que la comunidad política ha definido, lo que implica cuestionarse hasta qué punto el Estado se encuentra legitimado para juzgar penalmente a una persona o grupo de personas que han sido seria y sistemáticamente excluidos de la comunidad, no sólo en términos políticos, sino sociales y económicos. Las reflexiones anteriores permiten abrir el debate sobre la legitimación del reproche penal de adolescentes.

En efecto, en el segundo capítulo se expuso dos principales líneas argumentativas para enfrentar la pregunta por la legitimidad del juzgamiento penal de adolescentes. Si bien la línea argumentativa que aboga por un concepto de culpabilidad disminuida de los adolescentes en razón de la evidencia empírica que ofrece la psicología del desarrollo aporta consideraciones relevantes para efectos de la construcción de la imputación, sobretudo en relación a la capacidad de motivación conforme a la norma penal, las conclusiones que se pueden extraer de la segunda

línea argumentativa permiten enfrentar de forma directa la pregunta filosófica por la legitimación del reproche jurídico-penal de adolescentes. En lo fundamental, el planteamiento de Yaffe ofrece un argumento clave que se vincula con las precondiciones de la punibilidad identificadas por Duff. El déficit de participación política de los adolescentes en la creación de las normas penales determina un debilitamiento de la fuerza de esas razones jurídicas como razones para la acción del agente. Si bien el desarrollo intelectual y moral del adolescente puede justificar una excusa absolutoria o un factor de mitigación, la pregunta filosóficamente interesante es el sentido político que tiene el tránsito de la adolescencia a la adultez. Los adolescentes merecen un tratamiento penal diferenciado porque nuestras instituciones políticas limitan su posibilidad de ejercer influencia sobre el derecho. Lo anterior permite afirmar la necesidad de crear un sistema penal adolescente como sistema de transición hacia un verdadero proceso de rendición de cuentas a la Duff. El reproche jurídico-penal de adolescentes se encontrará legitimado sólo en la medida en que sea anticipatorio de un reconocimiento de ciudadanía, respetando la autonomía de los adolescentes y el período de adolescencia como transición hacia la adquisición de una ciudadanía plena. Esto implica asumir que la legitimación del reproche penal adolescente no es una cuestión de todo o nada, sino gradual: es necesario construir un sistema diferenciado de responsabilidad penal adolescente que refleje el tránsito desde la completa desvinculación entre el agente y norma penal (inimputabilidad) hacia la vinculación normativa relevante entre agente adulto y norma penal, que legítimamente se espera tras el reconocimiento pleno de su derecho a ejercer su autonomía política.

Así, teniendo presente que la legitimación del reproche penal de adolescentes es irreductiblemente deficitaria en razón de la falta de satisfacción de las precondiciones reseñadas, pero asumiendo un compromiso de creación de un sistema penal de transición hacia un verdadero proceso de rendición de cuentas, en el tercer capítulo se analizó cómo construir instituciones que honren las exigencias contenidas en el modelo de Duff, haciendo un análisis de nuestro sistema penal adolescente. Al poner énfasis en tres áreas relevantes de nuestro sistema, se puede concluir que la legitimación del juzgamiento penal de adolescentes exige un serio esfuerzo por renunciar a la persecución de su responsabilidad penal. Primero, se requiere establecer mecanismos de remisión y desestimación de casos de una forma mucho más intensa que el contemplado en el sistema penal de adultos. Segundo, es necesario que los criterios de imputación utilizados para construir el reproche jurídico-penal sean coherentes y consistentes

con la distancia política que existe entre el autor adolescente del delito y la norma penal que reclama aplicación. Y tercero, para construir un sistema penal verdaderamente inclusivo en un Estado democrático de derecho, existe una presión de legitimación que empuja a la supresión de las sanciones privativas de libertad para los adolescentes. En términos de proporcionalidad cardinal, la decisión política de establecer sanciones privativas de libertad para los adolescentes infractores niega el compromiso anticipatorio del juzgamiento penal de adolescentes. La regulación actual trata al adolescente infractor con el estándar de un ciudadano paradigmático que practica fidelidad al derecho, negando el compromiso político de considerar la adolescencia como período de transición hacia la adquisición de una ciudadanía plena.

A modo de reflexión final, los aspectos problemáticos del sistema de responsabilidad penal adolescente en Chile que fueron abordados en este trabajo pretenden ser un primer acercamiento al análisis de nuestras instituciones a la luz de los argumentos ofrecidos por una teoría democrática de la culpabilidad penal. La adopción de una teoría como la de Duff abre un extenso debate sobre la legitimación del juzgamiento penal de adolescentes. Se espera que este trabajo haya sido una contribución a la reflexión crítica sobre la práctica punitiva estatal.

BIBLIOGRAFÍA

- Austin, John. 1885. *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*. Londres: John Murray.
- Beade, Gustavo y Rocío Lorca. 2017. ¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién? Un diálogo sobre la legitimidad del castigo en contextos de exclusión social. *Isonomía*, no. 47 (octubre): 135-64.
- Berríos, Gonzalo. 2011. La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas. *Polít. Crim.* 6, no. 11 (junio): 163-91.
- Bustos, Juan. 2007. *Derecho penal del niño-adolescente*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- Chan, Gustavo. 2013. Igualdad formal, igualdad material y responsabilidad penal de los jóvenes. En *Informes en Derecho: Estudios de derecho penal juvenil IV*, coord. Defensoría Penal Pública, 25-60. Santiago: Centro de Documentación Defensoría Penal Pública.
- Cerda, Mónica y Rodrigo Cerda. 2007. *Sistema de responsabilidad penal para adolescentes*. Santiago: Librotecna.
- Cohen, G. A. 2006. Casting The First Stone: Who Can, and Who Can't, Condemn The Terrorists? *Royal Institute of Philosophy Supplement* 58 (mayo): 113-136.
- Couso, Jaime. 2007. Principio educativo y (re)socialización en el derecho penal juvenil. *Justicia y Derechos del Niño*, no. 9: 51-63.
- _____. 2013. Fundamentos empíricos y normativos del mandato de especialidad en el derecho penal y procesal penal de adolescentes. En *Juzgamiento penal de adolescentes*, eds. Jaime Couso y Mauricio Duce, 21-42. Santiago: LOM Ediciones.
- Couso, Jaime y Mauricio Duce. 2013. *Juzgamiento penal de adolescentes*. Santiago: LOM Ediciones.
- Cruz, Beatriz. 2012. La culpabilidad por el hecho del adolescente: Referencias y diferencias respecto del derecho penal de adultos. En *Informes en Derecho: Estudios de derecho penal juvenil III*, coord. Defensoría Penal Pública, 9-32. Santiago: Centro de Documentación Defensoría Penal Pública.

- Duce, Mauricio. 2004. El proceso establecido en el proyecto de ley que crea un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal: avances y problemas. *Revista de Derechos del Niño* 2: 99-113.
- _____. 2013. El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil. En *Juzgamiento penal de adolescentes*, eds. Jaime Couso y Mauricio Duce, 43-106. Santiago: LOM Ediciones.
- _____. 2013. El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el nuevo proceso penal juvenil chileno. En *Juzgamiento penal de adolescentes*, eds. Jaime Couso y Mauricio Duce, 201-300. Santiago: LOM Ediciones.
- Duce, Mauricio y Cristián Riego. 2007. *Proceso Penal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Duff, Antony. 1998a. *Philosophy and the Criminal Law. Principle and Critique*. Cambridge: Cambridge University Press.
- _____. 1998b. Law, Language and Community: some preconditions of criminal liability. *Oxford Journal of Legal Studies* 18 (verano): 189-206.
- _____. 2001. *Punishment, Communication and Community*. Oxford y Nueva York: Oxford University Press.
- _____. 2002. Punishing the Young. En *Punishing Juveniles: Principle and Critique*, eds. Ido Weijers y Antony Duff, 115-34. Oxford y Portland: Hart Publishing.
- _____. 2003. 'I Might Be Guilty, But You Can't Try Me': Estoppel and Other Bars To Trial. *Ohio State Journal Of Criminal Law* 1: 245-59.
- _____. 2007. *Answering for Crime: Responsibility and liability in the criminal law*. Oxford y Portland: Hart Publishing.
- _____. 2010. Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial. *Blackwell Publishing Ltd. Ratio* 23 (junio): 123-40.
- _____. 2015. A Democratic Criminal Law. *Legal Studies Research Paper Series*, no. 15-20: 1-20.
- _____. 2017. A Criminal Law We Can Call Our Own. *Northwestern University Law Review* 111, no. 6: 1491-505.
- Gargarella, Roberto. 2011. El Derecho y el Castigo: de la injusticia penal a la justicia social. *Derechos y Libertades*, no. 25 (junio): 37-54.

- Habermas, Jürgen. 1998. *Facticidad y validez*. Madrid: Editorial Trotta.
- Hart, H. L. A. 1982. *Essays on Bentham*. Nueva York: Oxford University Press.
- Hernández, Héctor. 2007. El nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su 'Teoría del delito'. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* 20, no. 2 (diciembre): 195-217.
- Horvitz, María Inés y Julián López. 2002. *Derecho procesal penal chileno*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Hruschka, Joachim. 2005. *Imputación y derecho penal: Estudios sobre la teoría de la imputación*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- Kant, Immanuel. [1785] 2007. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. San Juan: Ed. Pedro M. Rosario Barbosa.
- Kindhäuser, Urs. 1990. Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho. En *El Error en el Derecho Penal*, eds. Frisch Wolfgang, Ingeborg Puppe, Urs Kindhäuser, Gerald Grunwald y Hans Ullrich Paeffgen, 141-63. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Kindhäuser, Urs. 2011. Fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad. En *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, eds. Urs Kindhäuser y Juan Pablo Mañalich, 67-114. Montevideo y Buenos Aires: BdF.
- Langer, Máximo y Ricardo Lillo. 2014. Reforma a la justicia penal juvenil y adolescentes privados de libertad en Chile: Aportes empíricos para el debate. *Polít. Crim.* 9, no. 18: 713-38.
- Louise-Herz, Annette. 2003. Communication in juvenile justice procedures. *Criminal Law Forum* 14: 467-80.
- Maldonado, Francisco. 2014. Consideraciones acerca del contenido de especialidad que caracteriza a los sistemas penales de adolescentes. *Revista de Derecho Escuela de Postgrado*, no. 5 (julio): 17-54.
- Mañalich, Juan Pablo. 2005. Pena y ciudadanía. *Revista de Estudios de la Justicia*, no. 6: 63-83.
- _____. 2012. Los plazos de prescripción de la acción penal de la Ley de responsabilidad penal de adolescentes frente al art. 369 quáter del Código Penal. En *Informes en Derecho: Estudios de derecho penal juvenil IV*, coord. Defensoría Penal Pública, 213-32. Santiago: Centro de Documentación Defensoría Penal Pública.

- _____. 2013. La exculpación como categoría del razonamiento práctico. *InDret* 1 (enero): 1-29.
- _____. 2015. La reiteración de hechos punibles como concurso real. Sobre la conmensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena”. *Polít. Crim.* 10, no. 20 (diciembre): 498-527.
- _____. 2016. Duff, A., Sobre el castigo, México: Siglo XXI, 2015. *Derecho y Crítica Social* 2: 265-74.
- _____. 2017a. La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica. *Revista Chilena de Derecho* 44, no. 2: 461-93.
- _____. 2017b. Responsabilidad, autoridad y democracia: una exploración crítica de la filosofía del derecho de Antony Duff. *Discusiones*, no. 17 (junio): 167-219.
- _____. 2018a. La fundamentación de la pena bajo un derecho penal de la culpabilidad. En *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, 5-24. Santiago: Legal Publishing y Thomson Reuters.
- _____. 2018b. Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología política. En *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, 25-66. Santiago: Legal Publishing y Thomson Reuters.
- Moore, M.S. 2011. Intention as a Marker of Moral Culpability and Legal Punishability. En *Philosophical Foundations of Criminal Law*, eds. Antony Duff y Stuart Green, 179-205. Oxford: Oxford University Press.
- Morales Peillard, Ana María. 2006. Las salidas alternativas y las sanciones no privativas de libertad de reparación del daño y servicios en beneficio de la comunidad en el subsistema de responsabilidad penal de adolescentes infractores de la ley penal. *Revista de Estudios de la Justicia*, no. 7: 159-82.
- Raz, Joseph. 1990. *Practical Reason and Norms*. Oxford y Nueva York: Oxford University Press.
- Roxin, Claus. 1976. *Problemas básicos del derecho penal*. Madrid: Reus S.A.
- Scanlon, Thomas. 2008. *Moral Dimensions: Permissibility, Meaning, Blame*. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press.
- Strawson, Peter. 2008. *Freedom and Resentment and Other Essays*. Londres y Nueva York: Routledge.
- Von Hirsch, Andrew. 1993. *Censure and Sanctions*. Oxford: Clarendon Press.

- _____2012. Sentencias proporcionales para menores, ¿Qué diferencia con las de los adultos?
En *Informes en Derecho: Estudios de derecho penal juvenil III*, coord. Defensoría Penal
Pública, 61-86. Santiago: Centro de Documentación Defensoría Penal Pública.
- Yaffe, Gideon. 2018. *The Age of Culpability: Children and the Nature of Criminal
Responsability*. Oxford: Oxford University Press.