



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias Penales

**HACIA UNA JUSTIFICACIÓN RETRIBUCIONISTA DE LA
RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE**

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

AUTOR:

NICOLÁS MATÍAS CHACANA ALEGRÍA

PROFESOR GUÍA:

GONZALO PATRICIO BERRÍOS DÍAZ

SANTIAGO, CHILE

2015

A mi familia.

Agradecimientos

A mis padres, María y Javier, sin cuya perseverancia y preocupación hubiese sido imposible culminar exitosamente este proceso.

A mi novia, Daniela, quien constantemente procura despertar la inquietud intelectual en mí.

A todos quienes, de una u otra forma, me han acompañado en este largo camino. Mención especial para el profesor guía Gonzalo Berríos, por su erudición y siempre buena disposición para resolver mis dudas; al profesor Juan Pablo Mañalich, por su constante colaboración en los intrincados caminos de la justificación democrática de la responsabilidad penal adolescente; y para mi amigo Jorge Alfaro y hermano Javier Chacana, por la invaluable ayuda prestada en la traducción y comprensión del material bibliográfico en inglés.

ÍNDICE

RESUMEN	7
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I. EL RETRIBUCIONISMO COMO TEORÍA DE JUSTIFICACIÓN DE LA PENA.	18
1. Normas de comportamiento y normas de sanción bajo el aparato conceptual de la teoría de las normas.	20
2. Las reglas de imputación.....	31
2.1. Imputación de primer nivel como imputación a la capacidad de acción.	37
2.2. Imputación de segundo nivel como imputación a la capacidad de motivación.	49
2.2.1. La condición de persona como presupuesto de atribución del reproche penal.....	56
2.2.1.1 Ser persona.	57
2.2.1.2. El problema de la libertad de la voluntad.....	70
2.2.2. Conocimiento y autocontrol volitivo como elementos de la culpabilidad formal.....	94
2.2.3. El principio de merecimiento como criterio legitimador de la imposición de la pena.....	99

3.	Criterios materiales de legitimación de la imposición de la pena.	111
3.1.	El delito como falla personal. La expresión de falta de sentido de la justicia.....	111
3.2.	El delito como falta de lealtad comunicativa.	125
3.3.	El delito como conflicto social.	132
4.	Nuestro concepto de culpabilidad.	135
5.	Delito y pena.	139
5.1.	La pena como expresión institucional de reproche.....	142
5.2.	El principio de proporcionalidad como corolario de una justificación retributiva de la pena.	158
6.	Recapitulación.....	165

CAPÍTULO II. ¿ES POSIBLE UNA JUSTIFICACIÓN RETRIBUCIONISTA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE?		172
1.	Principio de igualdad formal y principio de igualdad material.....	173
2.	El adolescente como sujeto en desarrollo. La culpabilidad formal como criterio de diferenciación relevante entre la responsabilidad penal de adultos y adolescentes.....	176
3.	La menor resiliencia al castigo y la tolerancia especial como criterios relevantes para la determinación del reproche penal adolescente.	196
4.	El ejercicio de la autonomía pública y privada en los adolescentes.	199

5. La prevención especial positiva como criterio relevante en la imposición de penas a adolescentes.	205
6. El reproche disminuido a los adolescentes y la necesaria regulación de un régimen extraordinario de responsabilidad penal.	218
7. Análisis crítico de la Ley 20.084 a la luz de la teoría de justificación retributivo-democrática de la pena.	224
7.1. Generalidades.	225
7.2. ¿Es consistente nuestra LRPA con los instrumentos internacionales ratificados por Chile y actualmente vigentes y con nuestra justificación retributivo-democrática de la pena?	232
7.2.1. ¿Consagra nuestra LRPA el principio de especialidad, de responsabilidad y de proporcionalidad?	233
8. Recapitulación.	257
CONCLUSIONES	264
BIBLIOGRAFÍA	270

RESUMEN

La presente investigación se compone de dos partes: una primera destinada a establecer una justificación retributivo-democrática del Derecho penal, y una segunda encaminada a poner a prueba el rendimiento de dicha propuesta en el marco de la responsabilidad penal adolescente, haciendo especial hincapié en el estatuto legal regulador de dicha responsabilidad actualmente vigente en nuestro país.

INTRODUCCIÓN

Históricamente la punición de los menores de edad ha sido tratada de forma diversa. Juan Bustos propone una división en cuatro modelos según la forma en que el mundo occidental ha enfrentado el fenómeno de la delincuencia juvenil: un modelo del discernimiento –propuesto por el liberalismo clásico-; un modelo tutelar o de la situación irregular –propio de las Leyes de Menores-; un modelo educativo –propio del Estado de bienestar-; y un modelo de responsabilidad –basado en la doctrina de la protección integral de los derechos del niño-.¹

El modelo del discernimiento –imperante en Chile hasta la entrada en vigencia de la actual Ley de Responsabilidad Penal Adolescente²- se yergue sobre la hipótesis de la capacidad individual de autodeterminación de los sujetos. Dicha capacidad es probada judicialmente conforme al conocido “examen de discernimiento”. Se trata, en definitiva, de un mero análisis individual de concurrencia de los requisitos de lo que en este trabajo denominaremos “culpabilidad formal”.

¹ BUSTOS (2007), p. 11.

² En adelante LRPA.

Este modelo no estandariza expectativa de conducta alguna en relación al rango etario de los sujetos, salvo para regular una edad bajo la cual se entiende serán absolutamente inimputables. De esta manera, conforme al régimen ordinario de Derecho penal, los agentes deberán responder penalmente de ser declarados con discernimiento, y en caso contrario, serán catalogados como inimputables.

Fuera de lo complejo de establecer científicamente la capacidad de autodeterminación de un sujeto particular –además de devenir en una caracterización deficiente de lo que la culpabilidad entendida como fenómeno social implica-, en la práctica el sujeto declarado inimputable quedaba sujeto a medidas de protección de carácter administrativo, las cuales muchas veces tenían, en lo fáctico, el mismo carácter de imposición de un mal que la pena, pero aplicadas sin las garantías propias del proceso penal.

Por su parte, el modelo tutelar o de la “situación irregular” –aplicable en nuestro país, antes de la entrada en vigencia de la LRPA, irrestrictamente para los menores de 16 años, y a los mayores de 16 y menores de 18 en cuanto no se les declarare con discernimiento-³ propone la total supresión del sistema penal para adolescentes e infantes, y en su reemplazo regula un sistema de

³ De hecho, se les aplicaba medidas de protección de carácter cautelar contempladas en el art. 29 de la Ley de Menores, como la libertad vigilada o la internación.

medidas correccionales y de protección de carácter administrativo. Su fundamento se encuentra en la asunción paternalista de una obligación de protección del Estado para con el menor de edad en “riesgo”. Pero además, subrepticamente, protege a la sociedad del peligro que un adolescente en “riesgo social” representa.⁴

Podrá observarse que en este modelo el sujeto carece absolutamente de la dignidad de ser merecedor de responsabilidad por sus actos, pues no se predica a su respecto la concurrencia de capacidad de culpabilidad –o de autodeterminación-. Antes bien, el sujeto deviene en objeto de protección del Estado. Pero, al igual que en el modelo del discernimiento, el adolescente inimputable queda sujeto a la aplicación de medidas de protección administrativas, sin las garantías propias del proceso penal, y cuyas consecuencias, en definitiva, tienen el mismo carácter pernicioso que las penas.⁵

⁴ MALDONADO (2004), pp. 108-109.

⁵ Como señalan BERRÍOS y GALLARDO (2000), p. 28, se trata, en definitiva, de un verdadero “fraude de etiquetas”. MUÑOZ CONDE [*En*: ROXIN (1981), pp. 19-20], se expresa en el mismo sentido, pero criticando genéricamente a los sistemas dualistas de Derecho penal.

En ambos modelos, es el delito, justamente, la señal de alerta de que el menor de edad inimputable se encuentra en una incuestionable situación de riesgo.⁶

En tercer lugar tenemos al modelo educativo. El mismo intenta poner límites a la desformalización de las medidas de protección. Así, este modelo propone una oferta de tratamiento de carácter administrativo, de orientación socio-educativa, evitando la judicialización del conflicto, pero sin desconocer el carácter penal de la contravención a las normas por parte de adolescentes.⁷ Lo anterior se traduce en la aplicación de soluciones extrajudiciales como los programas de mediación-conciliación, de tipo terapéutico, de seguimiento y control, de apoyo y acogimiento familiar, de resarcimiento de daños, etc., y de cuyo cumplimiento satisfactorio depende, en general, la suspensión del procedimiento y de la eventual condena.⁸

El rendimiento práctico de este modelo es escaso, pues, en primer término, el dogma de la rehabilitación ha sido rebasado por los malos resultados de estas medidas –las cuales parecen solo funcionar respecto de

⁶ MALDONADO (2004), p. 109.

⁷ MALDONADO (2004), p. 112.

⁸ MALDONADO (2004), p. 113.

sujetos con bajo compromiso delictual⁹, y además, este tipo de medidas, al igual que en los modelos anteriores, tienden a la discrecionalidad judicial y administrativa desmesurada, impropias de un Estado de Derecho.¹⁰

Por último, el modelo de la responsabilidad judicializa la problemática delictiva de los menores de edad, reconociendo, dentro de ciertos rangos etarios, su capacidad de culpabilidad, de manera de poder aplicarse a su respecto consecuencias propiamente penales. Ello supone reconocer en el adolescente el carácter de sujeto de derechos en propiedad, aun cuando su ejercicio pueda ser progresivo, aceptándose, por su parte, que el adulto detenta plena autonomía para la gama completa de derechos.¹¹

⁹ Especialmente crítica se pronuncia BELOFF (2008), pp. 361-362, quien señala que los sistemas tutelares de antaño sufrieron una profunda crisis teórica, porque las teorías de la explicación etiológica de la desviación criminal y de la resocialización habían sido deslegitimadas en gran parte del mundo desarrollado. En sentido crítico también, pero desde una perspectiva sistémica, ALBRECHT (1990), p. 102.

¹⁰ MALDONADO (2004), pp. 113-114.

¹¹ MALDONADO (2004), p. 115. BUSTOS (2007), p. 24, se pronuncia en sentido similar. En efecto, este autor señala que “el niño es persona, pero el ejercicio de sus derechos es progresivo, sus necesidades e intereses son por consecuencia diferentes respecto de los adultos y por consiguiente el control penal ha de tener en cuenta esta realidad”.

Bajo este modelo, entonces, el joven es considerado como “sujeto en desarrollo”, reconociéndosele el carácter de persona distinta de un adulto, y por tanto titular de los derechos comunes a toda persona, sin perjuicio de asumir adicionalmente la titularidad de aquellos que le asisten en su condición de menor de edad.¹² Ello se plasma en la necesidad de un tratamiento penal especial, si queremos ser respetuoso del principio de igualdad.

Lo anterior redundaría en que conforme a la demarcación etaria realizada por el legislador, se pueda vislumbrar claramente la escisión entre responsabilidad penal e inimputabilidad, quedando los primeros afectos a todas las garantías del proceso penal, y los segundos al sistema de protección de los derechos de la infancia, regido por las directrices de la Convención de los Derechos del Niño.^{13/14}

Todo lo expuesto hace que a efectos de una justificación democrática del Derecho penal adolescente, el modelo de la responsabilidad corra con evidente ventaja respecto del resto de los modelos, en tanto reconoce abiertamente el carácter penal del quebrantamiento de normas de conducta por parte de menores de edad, haciéndolos acreedores de la vastedad de garantías que el

¹² MALDONADO (2004), pp. 115-116.

¹³ En adelante CDN.

¹⁴ MALDONADO (2004), pp. 116-117.

proceso penal tiene para los imputados. Pero además de ello, su ventaja práctica respecto del modelo del discernimiento es evidente: el legislador estandariza rangos etarios de imputabilidad penal, de manera que su determinación no queda al arbitrio del juez de turno o del perito encargado de realizar el diagnóstico de discernimiento.

La LRPA, en este sentido, vino a establecer un estatuto especial de tratamiento penal de adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años, de manera de superar las falencias prácticas suscitadas ante la vigencia del modelo del discernimiento para los imputables, y del tutelar o de la situación irregular para los inimputables. Así, se reconoce que el adolescente es responsable penalmente, pero en la misma medida, se es consciente de la especialidad de su responsabilidad. El mensaje con que el Presidente de la República envió el proyecto de LRPA a la Cámara de Diputados es especialmente claro a este respecto: “La propuesta se basa en el principio de responsabilidad según el cual el adolescente es un sujeto que, si bien es irresponsable como adulto, se le puede exigir una responsabilidad especial adecuada a su carácter de sujeto en desarrollo.”¹⁵

¹⁵ Historia Fidedigna de la Ley N° 20.084. [En línea]: <http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20084> [Consulta: 19 de febrero de 2015], p. 11.

Luego, es en el contexto de la vigencia de la LRPA en nuestro país-la cual irrestrictamente consagra un modelo de la responsabilidad, aunque complementado con medidas educativas-, en que se desenvuelve nuestra investigación.

En efecto, en el primer capítulo de esta obra intentaremos dar cuenta de la que, a nuestro juicio, es la justificación de la imposición de la pena más consistente con el reconocimiento de los sujetos como ciudadanos; a saber, una justificación retributivo-democrática, la cual además de entender al Derecho penal como mera respuesta formalizada al hecho voluntario de un sujeto, lo comprende en todo su esplendor como institución democrática, cuyo sentido material radica en reprochar a quien delinque su falta de sentido de la justicia y de lealtad comunicativa, entendiendo que el mismo, en tanto ciudadano, goza de canales formales de deliberación para sentirse autor de la norma quebrantada.

Pero además de querer justificar la pena desde el prisma del sujeto-objeto de punición, nos interesa legitimarla desde el punto de vista del detentador del *ius puniendi*: el Estado. Así, la propuesta será la siguiente: la capacidad de exigibilidad del Estado de conductas conforme a Derecho por

parte de los ciudadanos se encuentra en una estricta relación sinalagmática con los grados de autonomía que el mismo reconoce a las personas.¹⁶

Luego de dejar establecida nuestra particular postura sobre la justificación de la pena, el segundo capítulo tiene por objeto poner a prueba el rendimiento teórico de esta propuesta respecto de la responsabilidad penal adolescente, entendiendo que la misma tiene un carácter especialísimo, atendidas las particulares condiciones del menor de edad como sujeto-objeto de punición. Dichas especiales condiciones están dadas por su capacidad cognitiva y volitiva en desarrollo, su menor resiliencia al castigo, el menor reconocimiento de ejercicio de su autonomía privada, el reconocimiento potencial del ejercicio de su autonomía pública, y un imperativo de especial tolerancia para con la adolescencia, entendiendo que la misma, en lo sustantivo, se caracteriza por ser un período de prueba y aprendizaje.

En último término, elaboraremos sendas críticas a la actual legislación de responsabilidad penal adolescente vigente en Chile, entendiendo que la misma no da cuenta, como debería, del reconocimiento del adolescente como sujeto especial y radicalmente distinto del adulto, sin perjuicio de los avances en el reconocimiento de la dignidad de los menores de edad que conlleva la vigencia

¹⁶ Para un desarrollo de este concepto de exigibilidad sistémica, véase BUSTOS y HORMAZÁBAL (2006), pp. 447-451.

de un modelo de responsabilidad por sobre un modelo del discernimiento –
entrecruzado, como se señalara, con uno tutelar-.

CAPÍTULO I. EL RETRIBUCIONISMO COMO TEORÍA DE JUSTIFICACIÓN DE LA PENA.

Entendemos por retribucionismo a aquella teoría de justificación de la pena conforme a la cual ésta debe ser impuesta si y solo si es merecida por quien la recibe, sin que otros criterios puedan distorsionar dicha relación.

A simple vista, la cuestión parece zanjada, pues en un ejercicio intelectual intuitivo podemos aseverar, sin más, que todos estaremos de acuerdo en que una pena debe ser impuesta solo a quien la merece. Con todo, el asunto se torna algo más oscuro cuando empezamos a escudriñar en los fundamentos de la imposición de la pena, pues ésta no se impone por el solo hecho de estar tipificada en una ley. En efecto, la razón de ser del Derecho penal se encuentra en el establecimiento de normas de conducta ventajosas para el desenvolvimiento de la racionalidad instrumental de todos en la esfera de la autonomía privada. Que estas normas lleven implícitos consensos morales implica que su quebrantamiento, en la dimensión expresiva, debe contravenir dichos consensos. Ello requiere algo más que una simple coincidencia entre el contenido proposicional de la norma de conducta y el hecho respectivo; requiere, antes bien, que el hecho pueda expresar que la voluntad del sujeto actuante es contraria al contenido de la norma. Dicha expresión de voluntad, en definitiva, solo puede estar asociada a una persona,

es decir, a un sujeto de experiencias libre que sea capaz de autoconciencia y de ser partícipe relevante de la argumentación con otros respecto de sus estados mentales. Solo ello puede llevarnos a la asunción de responsabilidad, conforme al lenguaje común con que utilizamos el término.

Pero además, una justificación retributiva del Derecho penal requiere referirse al por qué de la imposición de la pena, más allá de los criterios individualistas a los que hemos hecho referencia. Que el Estado sea detentador de un poder coactivo tal que pueda disponer de bienes tan relevantes para los sujetos como su libertad, requiere de una justificación sólida que haga ver dichas restricciones como justas a ojos de todos. Parte de este capítulo, en efecto, tiene por objeto enarbolar dicha justificación, pero bajo el prisma de una teoría democrática del Derecho penal, que según nuestro entender es la única que puede dar cuenta de la posibilidad de que todos nos sintamos integrados en un esquema institucional voluntario de expectativas recíprocas.

En definitiva, el capítulo que empezamos a desarrollar tiene por objeto abordar todas las problemáticas de legitimidad subyacentes a la imposición de la pena, de manera de demostrar que en último término, una teoría retributivo-democrática de justificación de la pena es la única que puede dar cuenta de forma satisfactoria de nuestra dignidad como sujetos autónomos, tanto en el plano de la autonomía privada como pública.

1. Normas de comportamiento y normas de sanción bajo el aparato conceptual de la teoría de las normas.

La semántica formal sugiere que la pregunta fundamental, equivalente a la pregunta de la ontología por lo ente en tanto que ente, se deja ver como una pregunta por la forma de todas las frases, formulada de la siguiente manera: ¿qué significa comprender una frase?¹⁷

Como las normas de comportamiento y las normas de sanción se articulan por medio de frases, si nuestro objeto es conocer algo de ellas, debemos recurrir al análisis que la semántica formal realiza sobre la forma general de las frases.

Según su carácter, pues, las normas de comportamiento pueden subdividirse en mandatos, prohibiciones y permisiones, dependiendo de si la norma se da para que una cosa deba, tenga que no o pueda ser hecha.¹⁸ Se trata, así, de normas prescriptivas, las cuales pueden descomponerse –como todas las frases no indicativas- en una oración indicativa correspondiente y un fijador de modo (u operador deóntico).¹⁹ Luego, en su estructura locucionaria,

¹⁷ TUGENDHAT (2003), p. 62.

¹⁸ VON WRIGHT (1970), p. 87.

¹⁹ DAVIDSON (1990a), p. 132.

las emisiones de oraciones no indicativas no tienen valor de verdad en su conjunto, pero cada una de sus partes sí lo tiene. De esta forma, el fijador de modo y el contenido proposicional –que vendría a ser la oración indicativa– tienen un valor de verdad por separado.

El fijador de modo es verdadero sólo si la emisión del núcleo indicativo se corresponde, en cuanto a su fuerza, con el modo correspondiente (por ejemplo, si la oración es imperativa en cuanto a su fuerza, se hace verdadero el fijador de modo deóntico).

Del contenido proposicional de la norma de conducta, por su parte, se pueden distinguir dos “dimensiones semánticas” de sentido (connotación, significado) y referencia (denotación). Así, es plausible señalar que el sentido de una sentencia descriptiva es la proposición que expresa, y que la referencia es el hecho que hace verdadera la proposición expresada por la sentencia. En esta terminología, entonces, tendríamos que decir que sólo las sentencias que expresan proposiciones verdaderas tienen referencia. Las sentencias que expresan proposiciones falsas, por su parte, carecen de referencia, pero no de sentido.^{20/21}

²⁰ DAVIDSON (1990a), p. 133. Lo característico de las frases enunciativas o asertivas es que pueden ser verdaderas o falsas, pues representan un supuesto de hecho –o estado de cosas,

Como podrá observarse, entre los distintos caracteres de una norma de conducta lo que cambia, dentro de su estructura locucionaria, es el fijador de modo, pudiendo, en un ejercicio teórico, mantener el contenido proposicional, el cual es totalmente independiente del primero, y cuyo respectivo valor veritativo— el del contenido proposicional- es verificable de forma empírica —es decir, bajo el análisis de hechos que puedan ser descritos como cumplimiento del contenido proposicional de la norma-.

En este orden lógico, a los mandatos corresponden los tipos de delitos de omisión, a las prohibiciones los de comisión, y a las reglas permisivas tipos de justificación. Consideradas pragmáticamente, “las normas de prohibición y

en términos de Wittgenstein- que, de ser verdad, se transforma en un hecho. En este sentido, también TUGENDHAT (2003), p. 70.

²¹ VON WRIGHT (1970), p. 109. En similar sentido, pero utilizando una terminología diversa, KINDHÄUSER (1999), pp. 144-145, para quien es necesario distinguir entre el sentido (contenido) de una expresión y su significado (alcance), o dicho en otros términos, entre su intensión y su extensión. “El sentido de una expresión es la totalidad de partes componentes que son pensadas como contenidas en ella. Este contenido (...) está determinado por las reglas de empleo lingüístico (...) Por el contrario, una oración es verdadera [en referencia al análisis de su significado o alcance] cuando la afirmación que se expresa en ella es correcta, o sea, cuando la situación de hecho expresada por la oración existe”, lo cual se constata empíricamente.

de mandato constituyen fundamentos de obligaciones, las normas de permisión y de exención, por el contrario, causas de justificación.”²² Luego, los tres tipos de normas que son prescripciones operan, según lo expuesto, en un mismo nivel lógico para el análisis valorativo del hecho según la norma de comportamiento correspondiente.²³

Lo anterior se deja observar claramente si entendemos que las normas de comportamiento coordinan la tensión entre dos intereses contrapuestos, de modo tal que sean identificables las condiciones bajo las cuales la libertad general de acción cede frente al interés protegido por la norma. Señala

²² MAÑALICH (2010b), p. 167. Según Kindhäuser, las normas de comportamiento se dejan subdividir, según su contenido, en cuatro clases: “prohibiciones que proscriben un determinado comportamiento, mandatos que prescriben un determinado comportamiento, permisiones que autorizan un determinado comportamiento y exenciones que autorizan la omisión de un comportamiento. En este sentido, las permisiones son la contrapartida a las prohibiciones y las exenciones la contrapartida a los mandatos.” KINDHÄUSER (2008b), p. 18.

En nuestra clasificación tripartita de las normas de conducta, las exenciones se incluyen dentro de las permisiones, en tanto ambas operan como justificación a la realización de una conducta (u omisión) prohibida (u obligatoria) por una norma de partida constitutiva de una prohibición o de un mandato.

²³ HRUSCHKA (2005a), p. 102, conceptúa a las normas prohibitivas como normas de partida y a las normas justificantes como contranormas. De esta forma, los errores relevantes para la exclusión de imputabilidad pueden recaer tanto en las normas de partida como en las contranormas.

Kindhäuser que “[e]sta coordinación es abstracta en dos sentidos distintos. Ella hace abstracción, primero, del concreto titular del bien jurídico protegido y así también de la pregunta de si una determinada persona en una determinada situación tiene efectivamente interés en que el bien jurídico que se le adscribe permanezca salvaguardado. Y la coordinación de los intereses hace abstracción, en segundo término, de razones ulteriores que pudieran jugar un rol en la evaluación de un conflicto dado”.²⁴

El autor continúa señalando: “(...) elementos de un tipo delictivo son todas aquellas circunstancias de importancia para la coordinación abstracta de la libertad general de acción del destinatario de la norma y el objeto de protección relevante. A una causa de justificación pertenecen, en cambio, todas aquellas circunstancias que traen en consideración ulteriores intereses merecedores de protección (...)”, como el estado de necesidad, en que el peligro para un bien prepondera sobre el valor del bien afectado.²⁵

La norma de comportamiento, así entendida, representa un estándar de justicia distributiva, expresando la solución a un conflicto práctico de ámbitos de

²⁴ KINDHÄUSER (2008b), pp. 23-24. Y esas razones ulteriores pueden hacer referencia a normas permisivas o a normas de exención –que operan como causas de justificación en el análisis de la coordinación de intereses-.

²⁵ KINDHÄUSER (2008b), p. 25.

autonomía –los de los distintos sujetos que viven en sociedad- potencialmente enfrentados. Y en términos de teoría del delito, la norma de comportamiento determina el objeto del reproche jurídico-penal –es decir, el estándar de comportamiento debido-, el cual se obtiene por vía de formulación contradictoria del supuesto de hecho de la respectiva norma de sanción descrita en la ley.

En este sentido, la antinormatividad no sería más que la realización o no (dependiendo del carácter de la norma de conducta) del respectivo contenido proposicional, el cual se deja articular como un juicio objetivo de mera subsunción.²⁶ De esta forma, el contenido proposicional de la norma de conducta es totalmente independiente del concreto destinatario de ésta, es decir, de sus representaciones mentales –al menos en el estudio de la antijuridicidad de la conducta-. Luego, deviene irrelevante, en este nivel de análisis, que la norma de comportamiento respectiva sea conceptuada como norma de determinación o norma de valoración, pues su estructura locucionaria, sea que se entienda a la norma en su función prospectiva de configuración o en su función retrospectiva de valoración, no se modifica.²⁷

²⁶ MAÑALICH (2010b), pp. 171-172.

²⁷ MAÑALICH (2010b), pp. 172-173. Lo cual, por cierto, no implica que la distinción teórica no sea fructífera en pasos lógicos posteriores de análisis. En contra se expresa HRUSCHKA (2005b), p. 28, para quien ya en el análisis de la antijuridicidad la norma de comportamiento operaría en su función de baremo de medición, es decir, como norma de valoración.

Cobra sentido, de esta manera, la distinción de Searle entre norma de comportamiento como norma regulativa y norma de sanción como norma constitutiva.²⁸

Bajo esta formulación, la norma de comportamiento funciona como norma primaria y la norma de sanción como norma secundaria. Luego, la norma de comportamiento opera como imperativo categórico de acción, o dicho en otros términos, debe operar como razón eficaz para la acción (u omisión) del respectivo comportamiento proscrito (o prescrito) por la norma.²⁹ En terminología de Raz, lo anterior se deja conceptuar como una razón de primer orden para la acción, y al mismo tiempo como razón de segundo orden

²⁸ MAÑALICH (2010b), p. 168. Una característica de las normas regulativas es que las formas de comportamiento que regulan son totalmente posibles aun sin referencia a las mismas reglas. En cambio, una norma constitutiva, como lo es la norma de sanción, crea una relación jurídica nueva, inexistente antes de su aplicación.

²⁹ Un imperativo categórico -como lo es una norma de comportamiento penal- “expresará por tanto un motivo incondicionado para actuar, es decir un motivo que no depende de ningún deseo actual del agente en cuya satisfacción pudiera intervenir como medio la acción recomendada.” MACKIE (2000), p. 32.

exclusionaria, es decir, que excluye de la deliberación a otras razones de primer orden para la acción.³⁰

Así, a nivel lógico, la norma de comportamiento quebrantada –que establece el estándar de comportamiento debido- es el antecedente de la operatividad de la norma de sanción respectiva, la cual habilita a imponer una determinada sanción penal como consecuencia jurídica del cumplimiento del contenido proposicional de la norma de comportamiento.³¹

Así vistas las cosas, creemos que ya estamos en condiciones de establecer diferencias entre ambos tipos de normas en relación a su estructura, al destinatario de éstas y al fin que persiguen. En cuanto a la primera diferencia, la norma de comportamiento constituye un estándar categórico de comportamiento jurídicamente correcto, y en cambio, la norma de sanción es una regla condicional, la cual sujeta su aplicabilidad a un caso concreto a la realización del supuesto de hecho de la norma de comportamiento respectiva –

³⁰ RAZ (1986), p. 246, señala que “[u]na razón de segundo orden es cualquier razón para actuar por una razón, o contenerse de actuar por una razón. Una razón exclusionaria, [, por su parte,] es una razón de segundo orden para contenerse de actuar por una razón”. Llevado al análisis de las normas de conducta penales, éstas constituyen una razón exclusionaria en cuanto excluyen actuar, sobre el equilibrio de razones, por otra razón que no sea el seguimiento de la norma, en cuanto imperativo categórico de acción.

³¹ MAÑALICH (2011), p. 90.

que se construye por medio de la formulación invertida de la norma de sanción-. Una segunda diferencia dice relación con el sujeto al que ambas se encuentran dirigidas. En efecto, la norma de comportamiento se encuentra dirigida a cualquier sujeto que pueda llegar a estar en posición de realizar el contenido proposicional de la norma, y la norma de sanción no se encuentra dirigida a nadie, sino que constituye, según Mañalich, una proposición jurídica afirmativa, “cuya finalidad radicaría en configurar derechos punitivos y determinar su contenido, y esto siempre en interés tanto del titular del respectivo *ius puniendi* como de la persona en contra de la cual ese derecho es ejercido.”³² Una tercera diferencia la podemos encontrar en las finalidades por las que se encuentran establecidas ambos tipos de normas. Las normas de sanción sirven para el establecimiento concluyente de derechos y deberes punitivos a consecuencia del quebrantamiento de una determinada norma de comportamiento, y las normas de comportamiento, por su parte, tienen su razón de existencia en la evitación de menoscabos a bienes jurídicos determinados.³³

Pero, ¿por qué habría de reforzarse penalmente a las normas de comportamiento?

³² MAÑALICH (2011), p. 91.

³³ MAÑALICH (2011), p. 92.

Para responder a lo anterior, es necesario hacer una referencia sucinta a la legitimidad de las normas de comportamiento³⁴. En nuestra propuesta, esta legitimidad vendría dada por la protección de bienes jurídicos como expresión de posibilidad de la coexistencia de libertad ventajosa para todos, bajo un principio de estricta universalización. En otros términos, la legitimidad de las normas de comportamiento descansa en el establecimiento de un estándar de justicia distributiva que expresa la solución a un conflicto práctico de ámbitos de autonomía (eventualmente) enfrentados.³⁵

Con todo, las normas de comportamiento tienen un componente de inestabilidad inmanente, en cuanto es ventajoso individualmente comportarse como un *free rider*.³⁶ Es lo anterior lo que hace necesario el establecimiento de

³⁴ Para un lato desarrollo de este punto, *infra*, pp. 111 y ss.

³⁵ Esta forma de análisis deviene eminentemente *kantiana*. En efecto, para Kant el derecho es “el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio de otro según una ley universal de la libertad”. KANT (1989), p. 39.

³⁶ Un *free rider* es un sujeto que obtiene una doble ventaja en el no seguimiento de una norma de comportamiento ventajosa para todos: la ventaja individual de no seguir la norma de comportamiento, y la ventaja de que todos la sigan en beneficio recíproco. Luego, el hecho de que por una cuestión de racionalidad estratégica cada sujeto pueda comportarse como un *free rider*, haciendo desaparecer la ventaja del respeto recíproco de las normas de comportamiento, hace necesario su refuerzo por medio de normas de sanción, a efectos de mantener la coexistencia de libertad ventajosa para todos. KINDHÄUSER (2009), p. 21.

normas de sanción como refuerzo punitivo, en tanto entregan a los sujetos razones prudenciales para el desistimiento del quebrantamiento de las normas de conducta, adicionalmente a las razones morales que el propio mensaje normativo contiene.³⁷

Como podrá observarse, ya hablar de razones morales y razones prudenciales hace que el objeto del Derecho penal no sea establecer una mera operación de subsunción de un hecho bajo el contenido proposicional de una respectiva norma de comportamiento, sino establecer una relación individual de responsabilidad del sujeto por el acto llevado a cabo y el cual, como punto de partida, se deja ver como objetivamente antinormativo, es decir, concordante con el supuesto de hecho de la norma.

Dicho lo anterior es que podemos dar cuenta de la diferencia estructural entre reglas de comportamiento y reglas de imputación, siendo estas últimas las que cumplen la función de establecer la relación personal de un sujeto específico con el que ha de interpretarse como su comportamiento.³⁸

³⁷ En este último sentido, VON HIRSCH (1998), p. 117, quien señala que la censura implícita en la imposición de la pena otorga razones morales y, adicionalmente, razones prudenciales, siendo estas últimas necesarias producto de la falibilidad humana.

³⁸ En el mismo sentido, SÁNCHEZ-OSTIZ (2008), p. 20, distingue lógicamente entre reglas de imputación y objeto de imputación (que sería la función valorativa de la norma de

Con todo, debemos ir más allá; las reglas de imputación, en sus dos niveles –según será desarrollado en lo que sigue- siquiera son suficientes para comprender en su totalidad la operación del Derecho penal. Antes bien, es necesario entender que el concepto de delito no se deja conceptualizar independientemente del tratamiento de una específica teoría de la pena³⁹. Dicho en otros términos, la pregunta estructural del Derecho penal –qué cuenta como pena⁴⁰, no se deja responder sin antes enfrentar la pregunta funcional de por qué se impone la pena, lo cual nos lleva a una genuina discusión sobre teoría de la pena⁴¹.

2. Las reglas de imputación.

Como señaláramos, la antinormatividad se deja conceptualizar como el objeto de la imputación; como un juicio *ex post* completamente objetivo,

comportamiento en cuanto hecho antijurídico objetivamente). Las reglas de imputación no son producto del sólo ejercicio intelectual de la dogmática penal, sino que se dejan extraer de la regulación que los Códigos Penales realizan en su “Parte General”.

³⁹ PAWLIK (2010a), p. 77.

⁴⁰ Pues la “pena” es lo que diferencia al Derecho penal de otras áreas del Derecho sancionatorio, como el Derecho tributario.

⁴¹ Así, MAÑALICH (2007), p. 120, siguiendo en este punto a Michael Moore.

independiente de las capacidades y conocimientos del concreto destinatario de la norma.

Las capacidades y conocimientos del concreto destinatario de la norma sólo cobran relevancia, en esta propuesta, como presupuesto de la respuesta a la pregunta por la posibilidad de seguimiento de la norma, de manera que el no seguimiento de la misma manifieste un déficit reprochable de fidelidad al Derecho.⁴² Dicho en otros términos, lo trascendente para el Derecho penal no es establecer una vinculación causal entre un sujeto y una acción calificada como (objetivamente) antinormativa, sino establecer una específica vinculación entre el sujeto concreto y su acción, de manera que ésta sea expresión de un déficit de reconocimiento de la norma de conducta como razón eficaz para la acción que autoriza a la utilización de una norma de sanción como método de expresión de reproche institucional. En palabras de Mañalich, “[a] través de la imputación, referida a la capacidad personal de seguimiento de la norma, el hecho punible se constituye como contradicción de la norma. Un comportamiento solo adquiere el valor declarativo de una contradicción de la norma si el destinatario de la norma no ha seguido la norma, a pesar de haber *podido* hacerlo.”⁴³

⁴² Así, MAÑALICH (2010b), p. 174; MAÑALICH (2011), p. 90.

⁴³ MAÑALICH (2010b), p. 174.

Para lograr lo anterior, es que en la postura defendida en este trabajo se recurrirá a las “reglas de imputación”, cuya función es meramente retrospectiva (es decir, sólo operan como baremos de medición), y las cuales funcionan en dos niveles: en un primer nivel, se trata de la imputación a la concreta capacidad de acción del sujeto, el cual a partir de sus características personales debe poder reconocer a la norma como razón eficaz para la acción. Así, en un primer nivel de imputación –imputación al deber de evitación intencional- se requiere analizar el concreto poder físico del sujeto y el conocimiento de las circunstancias fácticas que puedan expresar un déficit de reconocimiento normativo. En este nivel, luego, se presupone como motivo dominante para actuar a la fidelidad al Derecho. Es recién en el segundo nivel de imputación –la imputación a la capacidad de motivación o culpabilidad- en donde podemos preguntarnos si al sujeto le es exigible esa motivación conforme a la norma, la cual opera como atribución derrotable por una incapacidad psíquica para comprender el mensaje normativo –inimputabilidad-, una concreta incompreensión no reprochable del mensaje normativo –error de prohibición invencible- o por la inexigibilidad de una conducta alternativa a la comisión del ilícito –por ejemplo, en casos de estado de necesidad exculpante-.^{44/45/46}

⁴⁴ En este sentido, HRUSCHKA (2005b), p. 30; MAÑALICH (2005), pp. 64-65; MAÑALICH (2010b), pp. 175-176; KINDHÄUSER (2013), pp. 218-220..

⁴⁵ La razón, por ejemplo, de la diferencia entre causas de justificación y causas de exculpación, es que las reglas de justificación se corresponden con las reglas permisivas, y operan dentro

Entonces, si las normas de comportamiento se justifican teleológicamente en la protección de bienes jurídicos, “las reglas de imputación se legitiman en tanto estándares que establecen criterios de una justa adscripción de responsabilidad personal por la contravención de una norma de comportamiento.”⁴⁷

Atendido lo anterior, el análisis de la concreta imputación de responsabilidad penal debe tener en consideración las concretas capacidades

del mismo sistema que los mandatos y las prohibiciones. En cambio, las reglas de exculpación pertenecen al sistema de reglas de imputación de segundo nivel, entregando razones ulteriores para sostener que el autor no podía formarse un motivo de evitación de la acción (o de realización de la acción omitida) conforme a la norma. Así, HRUSCHKA (2005b), p. 37.

⁴⁶ Junto a los dos niveles de imputación, han de distinguirse dos tipos de imputación: ordinaria y extraordinaria (o adversativa, en terminología de Sánchez-Ostiz). La imputación de un hecho antijurídico es ordinaria si no se aprecia razón alguna que la excluya. Por el contrario, es extraordinaria si concurre alguna causa de exclusión de imputación, y sin embargo, precisamente por ello se hace responsable al autor. La imputación extraordinaria funciona tanto en el primer como en el segundo nivel de imputación. En el primer nivel, la imputación extraordinaria es la imputación de responsabilidad jurídico-penal en casos de concurrencia de imprudencia, cuando la ley así lo permite –pues se debe partir del supuesto de que toda acción es, por definición, dolosa-. Así, HRUSCHKA (2005b), p. 35; SÁNCHEZ-OSTIZ (2008), p. 50. Sobre la imputación extraordinaria en el segundo nivel, *infra*, nota 90.

⁴⁷ MAÑALICH (2010b), p. 170.

personales que deben concurrir en el sujeto para poder predicarse de éste que no reconoce a la norma como razón eficaz para su acción, debiendo hacerlo en virtud de su capacidad de acción y de su capacidad de motivación.⁴⁸ Bajo la construcción de una teoría imperativista radical, pues, solo un sujeto capaz de culpabilidad podría realizar un injusto.⁴⁹ Luego, se requiere el análisis en los dos niveles de imputación para determinar si existe responsabilidad jurídico-penal.⁵⁰

⁴⁸ Dicho en términos de Kindhäuser, “[l]a vinculación del destinatario a la respectiva norma de comportamiento, con arreglo a su capacidad de acción, puede ser denominada ‘deber’; y su vinculación al deber, con arreglo a su capacidad de motivación, ‘capacidad de culpabilidad’.” KINDHÄUSER (2013), p. 219.

⁴⁹ KINDHÄUSER (2008a), p. 9.

⁵⁰ En relación a esta división en dos niveles de imputación, una interesante controversia se ha dado en doctrina en relación a la dependencia o no del conocimiento de las circunstancias fácticas relevantes respecto del conocimiento de la concreta antijuridicidad de la acción. Lo anterior, si respondemos que se trata de conocimientos diversos, dejaría fundamentar la distinción teórica entre dolo y conciencia del injusto, como dos niveles de imputación distintos – como lo hacemos en este trabajo-. Para JAKOBS (2009), pp. 10-15, los elementos normativos del tipo no pueden concebirse aislados del contexto de expectativas normativas correspondientes. Así, quien sabe que está matando no sólo sabe, con cierta probabilidad – para que concorra dolo-, que va a causar la muerte de otro, sino que conoce el significado de la conducta “matar” y la expectativa social subyacente a su evitación, en tanto protección de un bien socialmente valioso. Por lo anterior, significado de la conducta y conocimiento de la norma constituyen dos nombres distintos para el mismo concepto. En un sentido similar a Jakobs,

BINDING (2009), pp. 42; 67-68, para quien ya a nivel de dolo cobra relevancia la conciencia de la antijuridicidad de la conducta, lo cual se muestra en el hecho de que todo error jurídicamente relevante es un error de Derecho, pues un error sobre hechos desnudos carece de relevancia. Para PAWLIK (2010b), p. 127, por su parte, injusto y culpabilidad operarían en un mismo nivel, pues ya en el plano del injusto se revela un déficit de disponibilidad para la colaboración, lo cual constituye el contenido de la culpabilidad. Luego, culpabilidad no es algo que se añada al injusto, sino que es constitutivo de éste. Para KINDHÄUSER (1999), pp. 143-152, en cambio, se debe diferenciar entre el sentido y significado de la afirmación expresada por la norma, de las condiciones que deben operar fácticamente para que la afirmación hecha por la norma sea verdadera. Para efectos del dolo -en tanto conocimiento de las circunstancias fácticas-, debe suponerse que el autor conoce el sentido y significado del mensaje normativo, de manera de poder derivar la forma de cumplir con el contenido de la norma. Lo anterior implica que en el modelo del silogismo práctico los elementos de comprensión de sentido y significado de la norma se deben dar por supuestos, preguntándose recién en el plano de la culpabilidad si existe alguna razón para que el autor no tenga que motivarse conforme al mensaje normativo. Para MAÑALICH (2011), pp. 103-104, por su parte, de todos modos es posible diferenciar entre el conocimiento del hecho y el conocimiento de la antijuridicidad del hecho, pues nada impide distinguir la pregunta de si un sujeto sabe (o cree) que se dan circunstancias de hecho que hacen aplicable, objetivamente, el predicado normativo (por ejemplo, "cosa ajena", para los delitos contra la propiedad), por una parte, de la pregunta de si ese mismo sujeto sabe (o cree) que el predicado normativo es aplicable en las circunstancias objetivamente dadas. Lo primero apunta a la satisfacción de las condiciones de verdad de una concreta proposición, y lo segundo al alcance o sentido a través de los cuales se articula dicha proposición. Luego, un error sobre ambos tipos de conocimiento es diferenciable teóricamente, y lo mismo se deja explicar claramente en el análisis de los casos de error (como en los delitos putativos, en que un error de prohibición invertido no implica error de tipo, pues no concurre tipicidad).

Pero como mencionáramos, para establecer criterios de una justa adscripción de responsabilidad penal debemos recurrir a una concreta teoría de la función de la pena. La misma, en el marco de este trabajo, será entendida como una justificación retributiva, entendiendo como concreto contenido comunicativo del delito a la falta de reconocimiento de la norma como razón eficaz para la acción, y como contenido comunicativo de la pena al reproche que opera como respuesta a la falta de sentido de la justicia de quien desconoce voluntariamente a las normas de comportamiento como expresión de consensos morales socialmente ventajosos.⁵¹

2.1. Imputación de primer nivel como imputación a la capacidad de acción.

La imputación de primer nivel, según Hruschka, implica que el concreto sujeto, en opinión del juzgador imputante, ha tenido una alternativa a su hecho comisivo u omisivo.⁵²

Lo anterior, según lo sostenido en este trabajo, es cierto, pero incompleto. Creemos que dicha alternativa de acción debe hacer referencia a la

⁵¹ Para un desarrollo en profundidad, *infra*, pp. 111 y ss.

⁵² HRUSCHKA (2005b), p. 30.

capacidad personal del sujeto a quien se adscribe el comportamiento relevante de formarse y realizar la intención de primer orden de evitar el comportamiento antinormativo. Esta capacidad, en términos de lo que entendemos por dolo bajo el prisma de la teoría de la culpabilidad, requiere tanto de un poder físico como de un conocimiento referido a las circunstancias fácticas relevantes del hecho.⁵³ De este modo, la alternativa de acción es referida a la posibilidad, en virtud de las capacidades físicas y conocimientos fácticos del sujeto, de actuar conforme al contenido de la prescripción penal.

Lo mismo puede no darse en los siguientes casos: 1) cuando el supuesto de hecho que constituye el contenido proposicional de la norma de conducta es físicamente imposible; 2) ante la concurrencia de necesidad física (*vis absoluta*); 3) en casos en que el autor no ha tenido conocimiento de la situación relevante o de la alternativa que le era dada al proceso o a la inactividad, pues respecto de lo que el sujeto no ha conocido no puede haber imputación alguna.⁵⁴

Entendida la capacidad de acción como capacidad de evitabilidad intencional –es decir, capacidad de evitar intencionalmente el comportamiento antinormativo en el momento relevante para la decisión-, ésta se yergue en

⁵³ Así, MAÑALICH (2010b), p. 175.

⁵⁴ En este sentido, HRUSCHKA (2005b), p. 33.

condición de la imputación penal como infracción de deber⁵⁵, conforme al primer nivel de imputación, lo cual se deja formalizar a través del modelo del silogismo práctico.⁵⁶ En Derecho penal, la premisa mayor del silogismo es la evitación de la realización del tipo como el objetivo jurídicamente obligatorio –en la forma de un imperativo categórico-, siendo la premisa menor la que contiene los conocimientos y capacidades relevantes del destinatario de la norma respectiva, y la conclusión –con necesidad práctica si el objetivo plasmado en la premisa mayor es la razón preponderante para actuar- el comportamiento adecuado a deber que ha de ser ejecutado u omitido.^{57/58}

⁵⁵ La norma de comportamiento, en la imputación, se convierte en norma de determinación; en un concreto deber de acción. Así, KINDHÄUSER (2008a), p. 8. Lo anterior no es incompatible con el hecho de que las reglas de imputación operen como normas de valoración, en tanto la valoración del objeto es algo distinto al objeto de la valoración.

⁵⁶ Para una exposición del modelo del silogismo práctico, véase VON WRIGHT (2008), pp. 303-310. Von Wright habla de “obligaciones derivadas” cuando en el modelo del silogismo práctico la premisa mayor es una obligación primaria –como en el caso de las normas del Derecho penal-. VON WRIGHT (2008), p. 318.

⁵⁷ KINDHÄUSER (2008a), p. 9.

⁵⁸ Una posición interesante es la de Joseph Raz, quien señala que las normas obligatorias en general desempeñan el mismo papel que las decisiones en el razonamiento práctico de quienes las siguen. De esta forma, las normas obligatorias son consideradas, por quienes las siguen, al mismo tiempo como una razón de primer orden para efectuar la acción ordenada y como una razón de segundo orden para no actuar sobre otras razones en conflicto, es decir, operan como una razón exclusionaria. RAZ (1986), pp. 262-263.

Lo analíticamente valioso del modelo del silogismo práctico aplicado al Derecho penal es que clarifica la diferencia entre “objeto de imputación” - expresado en la premisa mayor-, y “fundamento de la imputación” –el actuar del sujeto no ajustado a sus concretos conocimientos y capacidades plasmados en la premisa menor y, por tanto, incompatible con la conclusión, que tiene necesidad práctica de ser la premisa mayor el motivo preponderante para actuar-.⁵⁹ Asimismo, el modelo del silogismo práctico nos permite ver que para el análisis del objeto de imputación –en los delitos de resultados- es necesaria una perspectiva *ex post* –pues no se puede castigar a alguien por un resultado que no se ha producido-⁶⁰, pero también una perspectiva *ex ante*, en el sentido de que no se puede castigar la producción de un resultado cuando *ex ante* no era esperable⁶¹; y para el análisis del fundamento de la imputación es necesaria una perspectiva *ex ante* –pues no se puede castigar a alguien por un resultado

⁵⁹ KINDHÄUSER (2008a), p. 10.

⁶⁰ Con todo, lo anterior no impide el castigo de la tentativa y del delito frustrado –entendidas como etapas incompletas de la comisión de un delito en grado de consumado-, lo cual demostraría que, en última instancia, para el Derecho penal lo relevante es la intencionalidad.

⁶¹ BURKHARDT (2004), p. 154, nos señala que en los delitos de resultados de lo que se trata es de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico protegido, y la realización de este peligro en el concreto acontecer que origina el resultado, todo lo cual se deja juzgar en un pronóstico objetivo-posterior, por medio del cual un juzgador razonable, antes del hecho, estime que la correspondiente conducta era arriesgada o que aumentaba el peligro.

que no pudo prever en virtud de sus conocimientos fácticos y capacidades físicas concretas-

Como podrá observarse, la competencia por un resultado concreto rebasa un mero juicio causal. Dicha competencia está dada por la comprobación de la evitabilidad final de la realización del tipo, conforme a las concretas capacidades del destinatario de la norma. En el análisis judicial de esta comprobación, Kindhäuser propone el siguiente modelo: “se da un injusto de la acción, constituyente del fundamento de la responsabilidad, cuando un destinatario de la norma fiel a derecho, que dispone de los conocimientos y las capacidades físicas del autor individual, tendría que ejecutar una determinada alternativa de comportamiento para así realizar la intención de evitar, con eficacia para la acción, una realización típica. Al tipo subjetivo del delito han de reconducirse, por ende, los presupuestos de la capacidad individual de acción correspondientes.”⁶²

⁶² KINDHÄUSER (2008a), p. 16. Como señala MAÑALICH (2010a), p. 398, “en el marco de la imputación jurídico-penal no se trata de lo que la persona actuante efectivamente haya querido, sino de lo que ella, en tanto destinatario de la norma en quien se presupone cierta fidelidad al derecho, tendría que haber querido, en atención a su capacidad individual de acción y motivación.”

Por cierto, lo relevante no es que el sujeto parta de una concreta intención de producción del resultado concreto –como en el dolo directo-, sino que, bajo un juicio objetivo, pero limitado por los particulares conocimientos y capacidades del agente, sea predecible la producción del resultado, con una cierta probabilidad.

Recapitulando, cuando hablamos de imputación de primer nivel, nos referimos a la capacidad de evitación intencional de una conducta antinormativa, en circunstancias que el sujeto, en virtud de su capacidad física y de su conocimiento de las circunstancias fácticas, tenía una alternativa de acción distinta al delito.

Pero, ¿qué característica relevante ha de tener la acción en Derecho penal para poder ser adscrita al sujeto? A este respecto, haremos eco de la siguiente premisa: para el Derecho penal, en cuanto mecanismo social para el establecimiento de consensos morales a través de normas de conducta, y para su restablecimiento en caso de ser quebrantadas por un sujeto competente para expresar la carga moral de falta de reconocimiento de ésta, lo importante, como punto de partida, es que una acción pueda ser caracterizada como acción intencional.⁶³ Lo anterior es trascendente, pues obedece a lo que Mackie

⁶³ Es importante señalar que la intención es lo distintivo de una acción intencional, pero no toda acción puede ser descrita como intencional. Al respecto, DAVIDSON (1995b), p. 65.

denominara “estricta regla de responsabilidad”, según la cual “un agente es responsable de todas sus acciones intencionales y únicamente de ellas”.⁶⁴

Lo característico de la acción intencional es que puede ser racionalizada a partir de la adscripción de creencias y deseos.⁶⁵ Un problema derivado de lo anterior es que éstas no son razones públicas, y allí donde una constelación de creencias y deseos pueden racionalizar una acción, siempre es posible que otra constelación totalmente diferente pueda racionalizarla con la misma eficacia.⁶⁶

Ergo, para comenzar a dilucidar el problema, debemos entender que la adscripción de deseos y creencias no puede darse en forma independiente del habla, pues “sólo alguien con un lenguaje podría tener un pensamiento, puesto que tener un pensamiento sería tener una disposición para emitir determinadas oraciones con la fuerza apropiada bajo circunstancias dadas.”⁶⁷ Visto desde el punto de vista de quien atribuye responsabilidad, las creencias y deseos sólo

⁶⁴ MACKIE (2000), p. 237.

⁶⁵ Señala KINDHÄUSER (2003), p. 58, que “la acción es un comportamiento (humano) interpretado mediante la atribución de una intención. A partir de tal atribución de una intención el comportamiento obtiene un sentido, al asignársele una razón”.

⁶⁶ DAVIDSON (1990b), p. 168.

⁶⁷ DAVIDSON (1990b), p. 175.

pueden ser adscritos y no descubiertos, pues la racionalización, al final de día, es una operación que solo se encuentra en la cabeza de quien adscribe.⁶⁸

Entonces, exponer las razones por las que un sujeto actúa es racionalizar su acción, es decir, es señalar una actitud favorable y una creencia por las que el agente realizó la acción. La creencia relevante para el agente, por cierto, es que la descripción de los hechos presenta una propiedad que la hace deseable para él.⁶⁹ Lo anterior, pues, se condice con el elemento cognitivo del dolo –el conocimiento de las circunstancias fácticas relevantes para la realización del tipo-. Luego, quien cree en forma errada, no puede estar actuando intencionalmente, en el sentido que su acción no puede ser racionalizada coherentemente a la luz de sus creencias.

La explicación de una acción a través de la atribución de intencionalidad es una redesccripción⁷⁰ de la misma acción dentro de un contexto intensional.⁷¹

⁶⁸ MAÑALICH (2009a), p. 203. HART (1948/1949), p. 171. En términos de Hart, la adscripción de intencionalidad utilizaría un lenguaje “atributivo”, y no descriptivo.

⁶⁹ DAVIDSON (1995a), p. 20.

⁷⁰ DAVIDSON (1995a), p. 25.

⁷¹ Una entidad es extensional si sus relaciones de identidad se conservan a través de sus diferentes descripciones posibles (“Bruto mató a Julio César” implica la verdad de la oración “Bruto mató al mejor amigo de Marco Antonio”, en la medida en que, de hecho, Julio César haya sido el mejor amigo de Marco Antonio). Una entidad es intensional si sus relaciones de

Así, un hombre es el agente de un acto, bajo esta concepción, si existe alguna descripción de la acción que haga verdadera una oración que dice que lo hizo intencionalmente.⁷² Lo anterior exige, por cierto, que exista alguna descripción de lo que hace el agente que haga verdadera una oración que dice que las circunstancias fácticas eran conocidas por él.^{73/74}

Visto lo anterior es que podemos formalizar la acción intencional de la siguiente manera: “El agente A provoca el acaecimiento e intencionadamente si y solo si A provoca e sabiendo que está provocando e y deseando e”.⁷⁵

identidad varían según cual sea la descripción escogida (Cleopatra sabe que Bruto mató a Julio César” no implica la verdad de “Cleopatra sabe que Bruto mató al mejor amigo de Marco Antonio). Así, MAÑALICH (2010c), p. 143. En el mismo sentido LOWE (2000), p. 213, quien señala que “A provoca...” es un contexto extensional, pero “A provoca intencionadamente...” o “A sabe que está provocando...” es un contexto intensional.

⁷² DAVIDSON (1995b), p. 67.

⁷³ DAVIDSON (1995b), p. 71.

⁷⁴ Es importante entender que existen acciones primitivas, las cuales Davidson conceptúa como meros movimientos corporales, o como cosas que no hacemos al hacer alguna otra cosa – como mover un dedo-, y que las mismas pueden ser redescritas, y bajo algunas descripciones serán acciones primitivas, y bajo otras descripciones serán acciones intencionales. DAVIDSON (1995b), p. 82. En el mismo sentido, LOWE (2000), p. 218.

⁷⁵ LOWE (2000), p. 213. ANSCOMBE (1991), p. 125, nos señala que “hay dos características que se hallan presentes en el acto de querer: el movimiento hacia un objeto y el conocimiento (o por lo menos la opinión) de que el objeto se encuentra ahí”.

El carácter deseable de una acción, con todo, solo constituye un juicio *prima facie*, pues pueden existir razones ulteriores que impliquen la no realización de la acción deseable. Así, para realizar una acción deseable se requiere de un nuevo juicio global o incondicionado que exprese que la característica deseable es suficiente para actuar conforme a ella.⁷⁶

Ya señalamos que un elemento característico de la acción intencional es el conocimiento. Pues bien, otro elemento trascendente para caracterizar una acción como intencional es la capacidad física. Lo anterior quiere decir que un agente sólo puede abstenerse de hacer una determinada cosa si, y solo si, puede hacer esta cosa, pero de hecho no la hace.⁷⁷

Aplicado a las prescripciones, lo anterior quiere decir que el sujeto destinatario de la norma debe tener la habilidad de hacer la cosa prescrita, es decir, que puede hacerla, pues solo hay lugar a la desobediencia cuando la

⁷⁶ DAVIDSON (1995c), p. 125. En el mismo sentido, RAZ (1986), pp. 248-252, quien nos señala, en su teoría del razonamiento práctico, que siempre es el caso que debemos actuar movidos por una razón invulnerable para la acción. Atendido a que decidir es formarse una intención de hacer algo, y la decisión se basa en la deliberación del sujeto sobre los diversos cursos de acción posibles –y accesibles a su conocimiento-, la decisión siempre implica una razón exclusionaria para actuar –para no tomar en cuenta nuevas razones y argumentos-.

⁷⁷ VON WRIGHT (1970), p. 62.

obediencia es posible.⁷⁸ Ello se deja conceptuar como el elemento de capacidad física en el dolo.

La racionalización de una acción intencional, por cierto, no es un ejercicio arbitrario. La atribución de intencionalidad no se caracteriza por la utilización del lenguaje descriptivo, sino del lenguaje atributivo⁷⁹. Luego, en el contexto comunicativo –es decir, en el juego público de razones–, lo que hacemos como agentes es autorizar a otros a inferir nuestros compromisos doxásticos (creencias) y nuestros compromisos prácticos (intenciones).⁸⁰

Bajo lo antes dicho, podemos plantear que la utilización de la frase atributiva “él lo hizo” no implica más que una atribución de responsabilidad justificada por los hechos, en cuanto para un observador los movimientos físicos del cuerpo son las circunstancias que, en ausencia de alguna excepción,

⁷⁸ VON WRIGHT (1970), pp. 125-130.

⁷⁹ Y el lenguaje atributivo, según Hart, se caracteriza por la utilización de la cláusula “etcétera”, en el sentido que un concepto no se deja caracterizar como la conjunción de condiciones necesarias y suficientes. Luego, en el lenguaje atributivo siempre habrá espacio para la consideración de innumerables excepciones que pueden “derrotar” a la atribución respectiva. HART (1948/1949), p. 174. Así, el elemento mental sólo puede comprenderse por la consideración de cierto rango heterogéneo de defensas y excepciones. HART (1948/1949), pp. 175-176.

⁸⁰ BRANDOM (2008), pp. 128-129.

son buenas razones para el empleo de esa frase.⁸¹ En consecuencia, lo característico de la descripción de una acción por medio de razones es que podemos argumentar en contra.⁸² Y ello es lo que permite, en el contexto de las razones públicas, superar el escollo de que las creencias y deseos siempre sean razones privadas.

Entonces, la imputación a la capacidad de acción –o capacidad de evitación intencional- conlleva el análisis tradicional del injusto subjetivo –dolo-, cuya diferenciación lógica de la capacidad de motivación deviene obligatoria si queremos valernos del modelo del silogismo práctico.⁸³ Con todo, “el injusto que no alcanza a constituir un injusto culpable carece de relevancia jurídico-

⁸¹ En este sentido, HART (1948/1949), p. 187. En sentido similar, DAVIDSON (1995c), p. 108, para quien la acción debe ser razonable a la luz de las creencias y deseos del agente, lo cual no implica que sea necesario que las creencias y deseos mismos lo sean.

⁸² ANSCOMBE (1991), pp. 67-68.

⁸³ Lo cual no quiere decir que el modelo del silogismo práctico sea valioso en sí mismo. Por el contrario, su valor radica en que puede dar cuenta de la distinción conceptual entre objeto de valoración y valoración del objeto, así como de la diferencia entre dolo y culpabilidad –en el entendido que esta última opera con posterioridad como validación de la vigencia de la premisa mayor del silogismo-.

penal, porque recién la culpabilidad por el injusto fundamenta el carácter reprochable de ese injusto.”⁸⁴

En este modelo, entonces, la construcción de las condiciones de punibilidad presupone que la norma de comportamiento pueda considerarse una razón vinculante para la acción, lo cual permite que la falta de reconocimiento pueda justificar el reproche implicado en la imputación. Solo posteriormente se requiere la validación de esta expectativa de fidelidad, lo cual se reduce indefectiblemente a un problema político de justificación de la “justicia” de las normas de conducta.⁸⁵

2.2. Imputación de segundo nivel como imputación a la capacidad de motivación.

Antes de ingresar al análisis de fondo, debemos realizar una declaración previa: al igual que cualquier presupuesto de existencia de un hecho punible, la culpabilidad jurídico-penalmente relevante es un constructo, lo cual significa que

⁸⁴ MAÑALICH (2011), p. 96. KINDHÄUSER (2013), pp. 219-220, estima que en el dolo se trata de un déficit de fidelidad al Derecho sólo sugerido, pues en un paso posterior podría ser derrotada esta sugerencia por alguna norma permisiva bajo la forma de una causa de justificación o de exculpación.

⁸⁵ En sentido similar, MAÑALICH (2005), p. 65.

no puede actuar al margen de la operación del Derecho penal. Dicho en otros términos, “los criterios de adscripción de culpabilidad no pueden sino estar definidos en estricta referencia a parámetros de legitimación del régimen de sanciones cuya imposición queda en efecto condicionada por la correspondiente exigencia de culpabilidad”.⁸⁶ Ello es lo que hace, como señaláramos, que el Derecho penal sea definido por su función, y no por una característica estructural.

Aclarado lo anterior, podemos comenzar con nuestro análisis del concepto de culpabilidad.

La imputación de segundo nivel es la imputación a la capacidad de motivación o capacidad de culpabilidad, la cual supone y sucede a la imputación de primer nivel como imputación al tipo subjetivo o a la capacidad de acción (o de evitación intencional). Se trata, en este segundo nivel, de un juicio de méritos y deméritos en virtud del concreto conocimiento del mensaje normativo del sujeto, su composición cognitiva, su autocontrol volitivo, y la exigibilidad social de una conducta conforme a Derecho, todo lo cual puede

⁸⁶ MAÑALICH (2013), p. 215. Lo anterior, como hace notar el mismo autor, no significa afirmar la verdad del funcionalismo, pues se trata de especificar los presupuestos de la adscripción de culpabilidad en atención a parámetros de legitimación y no en relación a consideraciones de adecuación funcional desde el punto de vista de la teleología del régimen sancionatorio.

operar como excepción a la atribución de responsabilidad penal (en términos de lo que aquí se ha expuesto como lenguaje atributivo).

Como será tratado más adelante, la culpabilidad, como criterio de imputación de responsabilidad, es la emanación del reconocimiento que socialmente nos damos como personas, y en cuanto tales, dignas de ser tratadas conforme a nuestra voluntad libre. Lo anterior, en términos del Derecho positivo, se encuentra consagrado en el art. 1° de la Constitución Política de la República⁸⁷, como reconocimiento expreso de la dignidad humana.⁸⁸

La imputación de segundo nivel, así entendida, significa el juicio por el cual se considera que el autor que obró con conocimiento de la antijuridicidad de su hecho, por una parte, tuvo un motivo para omitir la acción prohibida o

⁸⁷ En adelante CPR.

⁸⁸ Una exposición interesante sobre el sustento constitucional del principio de culpabilidad se encuentra en HERNÁNDEZ (2007a), pp. 18-20, quien señala que la doctrina, además de reconocer que el criterio de culpabilidad se encontraría sustentado en el reconocimiento de la dignidad humana, también lo ha identificado como la emanación del principio de irretroactividad de la ley penal (art. 19 N° 3 CPR), como, en último término, con la prohibición constitucional de presumir de derecho la responsabilidad penal (art. 19 N° 3 CPR), entendiendo que la culpabilidad es condición necesaria de la responsabilidad, de manera que la presunción de la primera implicaría, lógicamente, la presunción de la segunda.

para ejecutar la acción prescrita y, por otra parte, no tuvo ningún contramotivo o razón posterior comprensible que le impidiera el cumplimiento de su deber.^{89/90}

Como podrá observarse, “[u]n comportamiento solo adquiere el valor declarativo de una contradicción de la norma si el destinatario de la norma no ha seguido la norma, a pesar de haber *podido* hacerlo”.⁹¹ Por tanto, las condiciones de imputación (positivamente formuladas) son aquellas bajo las cuales el destinatario de la norma penal se encuentra en posición de seguirla intencionalmente.⁹²

⁸⁹ HRUSCHKA (2005b), p. 34.

⁹⁰ En la imputación de segundo nivel también existe una imputación extraordinaria. Así, la *actio liberae in causa* se corresponde con la atribución de demérito al sujeto que se ha puesto él mismo en posición de no poder conformar su voluntad con el contenido de la norma de conducta, como en los casos de autointoxicación. El error de prohibición vencible también es un caso de imputación extraordinaria en el segundo nivel, en cuanto se reprocha al autor no haberse puesto en posición de poder seguir intencionalmente la norma de conducta -habiendo podido hacerlo-, accediendo a su contenido. Se trata, pues, del incumplimiento de una exigencia de cuidado, las cuales, según Kindhäuser, tienen la estructura de un imperativo hipotético, pues “sólo tiene que ser seguido bajo la condición de que alguien quiera estar en posición de seguir un imperativo categórico”. KINDHÄUSER (2013), p. 225.

⁹¹ MAÑALICH (2010b), p. 174.

⁹² MAÑALICH (2010b), p. 174.

En el segundo nivel de imputación la pregunta es si el destinatario de la norma estaba en condición de formarse, en consideración a la norma y con eficacia para la acción, la intención (de segundo orden) de evitar intencionalmente el comportamiento antinormativo (capacidad de motivación).⁹³

Esta capacidad relacionada con el requisito de la culpabilidad implica, primero, que el destinatario de la norma debe disponer, al momento del hecho, de una constitución psíquica suficiente para motivarse conforme al contenido de la norma, de manera que los casos de personas privadas de razón (art. 10 N° 1 del Código Penal⁹⁴) y minoría edad (art. 10 N° 2 CP) constituirían verdaderas causas de inculpabilidad.⁹⁵ En segundo lugar, el destinatario debe tener acceso cognitivo al contenido de la norma de conducta, lo que quedaría excluido en casos de error de prohibición invencible, en que se estima que no es posible exigir al concreto autor de la conducta acceso al contenido de la norma. En tercer lugar, al destinatario de la norma le debe ser exigible, en la situación concreta, motivarse conforme a la norma, cuestión que no puede predicarse

⁹³ MAÑALICH (2010b), p. 176.

⁹⁴ En adelante CP.

⁹⁵ En el caso de los menores de edad, ergo, deberá entenderse que la segunda parte del art. 10 N° 2 CP establece una verdadera apertura a un “régimen extraordinario” de responsabilidad penal para aquellas personas incapaces de culpabilidad, pero en tránsito biográfico hacia la satisfacción de todos sus requisitos. Así, MAÑALICH (2010b), p. 97. Para un lato desarrollo de este punto, *infra*, capítulo II, acápite 6.

cuando el seguimiento de la norma jurídico penal implique un sacrificio personal extraordinario.⁹⁶

En los términos del modelo expuesto, entonces, la culpabilidad debe ser entendida como el “conjunto de los presupuestos de cuya satisfacción depende la imputabilidad definitiva de una infracción personal de deber como un comportamiento que expresa un déficit reprochable de fidelidad al derecho”.⁹⁷

Como señaláramos, el concepto de delito no se deja comprender sin antes responder a la pregunta funcional de por qué se impone una pena, pues es esto lo que diferencia al Derecho penal como rama específica del Derecho. Con todo, lo anterior no implica asumir, como el funcionalismo sistémico, que el contenido material de la culpabilidad pueda ser llenado por completo por el criterio de justificación específico de imposición de la pena. Antes bien, la culpabilidad, y la atribución definitiva de responsabilidad jurídico-penal, debe otorgar un criterio independiente de la estricta funcionalidad de la pena, que

⁹⁶ Así, MAÑALICH (2011), p. 97. Con todo, para la consciencia (actual) de antijuridicidad es suficiente que el autor pueda inferir el carácter antinormativo de su conducta a partir del conocimiento que tenga de las circunstancias fácticas de las que depende la realización del tipo. Así, MAÑALICH (2011), pp. 106-107.

⁹⁷ MAÑALICH (2011), p. 98.

pueda erigirse como un principio garantista que cumpla una función similar a la del bien jurídico para el injusto.⁹⁸

Dicho contenido de la culpabilidad, que la hace operar como criterio garantista de protección del ciudadano frente al poder punitivo estatal, estará dado, según nuestra concepción, por la asunción de la libertad individual del sujeto que contraviene una norma de conducta específica. Dicha libertad individual justificaría la actitud reactiva ínsita en la imposición de la pena como reproche. Pero además, ha de entenderse que el Derecho penal debe legitimarse, también, desde la perspectiva del detentador del poder punitivo –en este caso el Estado–, conforme a la capacidad de éste para exigir a los sujetos conductas conforme a las prescripciones normativas. Todas estas son cuestiones a tratar en lo sucesivo.

⁹⁸ Sobre el concepto de bien jurídico, BUSTOS (2007), p. 27, estima que el mismo es “una síntesis normativa de una relación social dinámica y dialéctica en que se expresan las necesidades elementales de las personas.” Para KINDHÄUSER (2009), p. 21, en cambio, “son bienes jurídicos aquellas propiedades de seres humanos, cosas e instituciones que sirven al libre desenvolvimiento individual y que resultan merecedores de protección bajo el principio de la coexistencia de libertad ventajosa para todos”, lo cual se deja extraer sin más de una teoría de la justicia contractualista.

2.2.1. La condición de persona como presupuesto de atribución del reproche penal.

El reproche implicado en la imposición de una pena es un reproche específico: uno que toma postura (institucional), en la forma de una actitud reactiva, por la realización de un comportamiento previo defectuoso, incompatible con el sentido de la justicia (distributiva) ínsito en las normas de comportamiento jurídico-penalmente reforzadas, y que comunicativamente se refleja en una falta de reconocimiento de la norma como razón eficaz para la acción.⁹⁹

Que la imposición de la pena, como puede observarse, se mueva dentro de un contexto comunicativo, implica que la comunicación es condición necesaria para la operatividad del Derecho penal justificado retributivamente. Y la comunicación, a su vez, es elemento exclusivo de lo que denominamos “persona”. Ello, por cierto, no hace operar a lo anterior como una presunción argumentativa, sino que, en efecto, es algo que se debe intentar dilucidar.

⁹⁹ Para un desarrollo de esta justificación, *infra*, pp. 111 y ss.

2.2.1.1 Ser persona.

El concepto de persona ha sido una cuestión controvertida dentro de la historia de la filosofía. De hecho, podríamos comenzar este apartado planteando una duda existencial: siquiera yo puedo estar seguro de mi condición de persona, salvo, quizá, por mi capacidad reflexiva para utilizar el pronombre personal yo.

Lo anterior lleva a preguntarnos, ¿qué significa ser persona? ¿Ser persona forma parte de una noción metafísica? ¿Existe un *set* de condiciones necesarias y suficientes para atribuir el carácter de persona a un ente determinado, o antes bien, estamos ante lo que Hart denominara un concepto atributivo?

Como Lowe nos señalara, el concepto de “sujeto de experiencias” (un ser que tiene mente), entendiendo experiencia en sentido amplio como cualquier clase de sensación, percepción o pensamiento, es más amplio que el de “ser humano”, incluyéndolo. Dentro de esta concepción, lo que caracterizaría en último término a un ser que es persona es la capacidad de reconocerse a sí mismo como sujeto individual de experiencias, lo cual, lingüísticamente, se traduce en el uso reflexivo del pronombre personal “yo”. Se trata, pues, de la posesión de un conocimiento reflexivo sobre la propia identidad y los estados

mentales conscientes, es decir, conocimiento de quién es uno y de lo que está pensando y sintiendo¹⁰⁰.

La utilización del término yo, a su vez, no admite lugar a dudas. Así, yo no puedo dudar de que yo soy yo.¹⁰¹ Descartes, en sentido similar, arguyó que nadie puede dudar del estado de duda o de certeza en que se encuentra, como si ello fuera algo dado inmediatamente al individuo. Se trata, históricamente, de un primer concepto lato de consciencia.¹⁰²

Lo anterior, por cierto, admite ser caracterizado como el problema trascendental de la accesibilidad al conocimiento “interior” que conlleva la autoconciencia. Ya Heidegger señaló que la apertura que el ser humano tiene de sí mismo no debe ser entendida objetualmente, sino como un nexo de sentido en que un ser humano se comprende (lo que en términos *heideggerianos* constituye lo que se llama “mundo”).¹⁰³

¹⁰⁰ LOWE (2000), p. 229.

¹⁰¹ LOWE (2000), p. 231.

¹⁰² TUGENDHAT (2003), p. 89. Esto es lo que Husserl llamó “vivencia”. TUGENDHAT (2003), p. 103.

¹⁰³ TUGENDHAT (2003), p. 93.

Que la autoconsciencia no pueda ser descrita en términos objetuales, implica que los enunciados de intención no se basan en la observación de un “hecho interno”, sino que simplemente expresan un estado de conciencia particular, el que terceros pueden inferir basándose en la observación del comportamiento y las manifestaciones externas del agente.¹⁰⁴ Se trata, pues, de un uso bilateral de las frases vivenciales que hace posible la comprensión del “interior” del sujeto, y la certeza de estos enunciados no es en absoluto un hallazgo positivo, sino un hecho negativo: que la expresión de incerteza no tiene sentido para el sujeto que las emite dentro de un contexto comunicativo.¹⁰⁵

Lo antes dicho, empero, requiere la suposición de que la comunicación de estados mentales obedece a las tres pretensiones de validez que han de entenderse entabladas en toda instancia de habla exitosa (acción orientada al entendimiento, o simplemente acción comunicativa, en términos *habermasianos*): verdad, sinceridad y rectitud. La pretensión de verdad es relativa a lo que constituye el contenido proposicional del acto de habla —es

¹⁰⁴ TUGENDHAT (2003), p. 104. Ello es lo que BRANDON (2008), pp. 128-129, describió como la autorización que, dentro del contexto comunicativo, damos a otros para inferir nuestros compromisos doxásticos (creencias) de nuestras acciones intencionales y peticiones explícitas. HART (1948/1949), p. 187, en sentido similar, señala que la atribución de intencionalidad (frases como “él lo hizo”), se basan en que terceros, a partir de la observación de hechos externos, tienen buenas razones para su utilización, ante la ausencia de defensas permisibles.

¹⁰⁵ TUGENGHAT (2003), p. 104.

decir, a su coincidencia con acaecimientos externos-, la pretensión de sinceridad dice relación con la correspondencia entre ciertos estados mentales emitidos lingüísticamente por el hablante con el contenido proposicional de su emisión lingüística, y la pretensión de rectitud imprime un horizonte normativo al acto de habla –por ejemplo, el reproche de un acto debe basarse en el hecho de que el acto es incorrecto o censurable-.¹⁰⁶

Si el sujeto que emite lingüísticamente un enunciado intencional es sincero, entonces, el planteamiento de la incerteza carece de sentido (en efecto, yo no puedo dudar, de ser sincero con lo que emito, de que estoy preocupado). Y en el contexto comunicativo, terceros pueden inferir mi estado mental y atribuírmelo, de ser consistente, en los hechos, con los compromisos doxásticos suscritos.

En definitiva, lo que hace especialmente fiable e infalible al conocimiento de nuestros propios pensamientos y sensaciones conscientes es precisamente el hecho de ser conscientes. Esto último implica que un cierto estado mental puede ser objeto de un estado mental de orden superior, de acuerdo a la

¹⁰⁶ HABERMAS (1999), pp. 391 y ss. Para una exposición de las pretensiones de validez *habermasianas* subyacentes a toda instancia exitosa de habla, véase MAÑALICH (2009b), pp. 62-63.

siguiente formalización: al igual que yo puedo creer que p , puedo creer que creo que p .¹⁰⁷

Como podrá observarse, la identificación de la autoconciencia como elemento característico del concepto de persona deriva, inevitablemente, en el análisis de la comunicación de estados mentales propios, pues como elementos privados carecen de relevancia intersubjetiva.

Entendiendo lo anterior es que creemos adecuada la caracterización hecha por Dennett de la condición de persona moral –capaz de ser objeto de atribución de responsabilidad moral-, como conjunción de condiciones necesarias, pero no suficientes. En efecto, el autor señala que la primera condición del concepto de persona es la de ser racional (en el sentido de estar capacitada para el uso de la razón); la segunda es la de poder adscribirseles estados de conciencia o enunciados de intencionalidad; la tercera es la actitud –particular- que se toma ante una persona (que se diferencia de la actitud que tomamos ante entes que no son personas); la cuarta es la reciprocidad de trato; la quinta es la capacidad de comunicación verbal; y la sexta y última condición es la autoconciencia. Señala el autor que las tres primeras condiciones son interdependientes y, al mismo tiempo, condición necesaria de la cuarta condición, siendo ésta condición necesaria, pero no suficiente, de la quinta

¹⁰⁷ LOWE (2000), p. 249.

condición, y ésta condición necesaria, pero no suficiente, de la sexta condición, constituyendo ésta condición necesaria de la cualidad moral de persona.¹⁰⁸

Dennett llama “sistemas intencionales” a aquellos que reúnen solamente las tres primeras condiciones. En efecto, nos señala que “[u]n sistema intencional es un sistema cuyo comportamiento puede ser (al menos en ocasiones) explicado y predicho recurriendo a atribuciones de *creencias* y *deseos* (...) al sistema”, de lo que resulta claro que los sistemas intencionales no son todos personas, pues atribuimos creencias y deseos a los animales e incluso a las computadoras. Pero lo característico de la atribución de creencias y deseos es que opera como una predicción de comportamiento, a condición de que el sujeto al que se le atribuye lidie con estos deseos y creencias de forma racional.¹⁰⁹ Asimismo, un sistema intencional puede ser descrito en términos de sistema intencional de segundo orden, entendiendo por tal a aquel al que atribuimos creencias, deseos y demás intenciones respecto de creencias, deseos y demás intenciones (digamos, de primer orden).¹¹⁰

¹⁰⁸ DENNETT (1989), pp. 9-12.

¹⁰⁹ DENNETT (1989), p. 12. Lo cual, por cierto, no equivale a aseverar que dicha predicción opere en términos del lenguaje empirista; antes bien, la predicción dice relación con las legítimas expectativas de comportamiento que en el contexto intersubjetivo podemos tener respecto de los demás.

¹¹⁰ DENNETT (1989), p. 15.

Detengámonos en este punto. Frankfurt cree hallar la característica esencial del concepto de persona en lo que él llama “voliciones de segundo orden”, cuyo sustrato se encontraría en que el portador del deseo de segundo orden quiere que éste sea efectivamente su voluntad.¹¹¹ Lo contrario a ello sería un agente inconsciente a quien la conformidad de sus deseos de segundo orden con su voluntad le es indiferente. A ellos Frankfurt los denomina “wanton”.¹¹²

Aclaremos: el agente inconsciente no es irracional, pero lo que lo distingue de otros agentes racionales es que no le preocupa la conveniencia de sus deseos. Hace caso omiso a la pregunta de cuál ha de ser su voluntad, sin perjuicio de que pueda reflexionar acerca de la conveniencia de sus deseos de seguir tal o cual curso de acción.¹¹³

Luego, en estos términos, la esencia de ser persona residiría, más que en la razón, en la voluntad. Y la esencia de ser persona, finalmente, radicaría en que la libertad de la voluntad podría representar un problema. De esta forma, se excluyen del concepto de persona a seres infrahumanos que no pueden tener voliciones de segundo orden, como a seres sobrehumanos, para quienes

¹¹¹ FRANKFURT (2006c), p. 32.

¹¹² FRANKFURT (2006c), p. 33.

¹¹³ FRANKFURT (2006c), p. 33.

su voluntad es necesariamente libre¹¹⁴ (es decir, necesariamente hay coincidencia entre su voluntad y sus deseos de segundo orden, pues no se presentan deseos de segundo orden conflictivos).

En este sentido, Frankfurt conceptualiza a la libertad de la voluntad como el ser “libre de desear lo que [se] quiere desear, o de tener el deseo que [se] quiera”.¹¹⁵ Consiguientemente, la libertad de la voluntad se ejerce asegurando la conformidad de la voluntad con las voliciones de segundo orden. Por lo mismo, esgrime Frankfurt, un adicto contra su voluntad mal podría ser libre, pues no tiene la voluntad que quiere tener.¹¹⁶

Así las cosas, un sistema intencional (en los términos de Dennett, entendido como aquel que cumple con las primeras tres condiciones expuestas por el autor) incluso puede tener intenciones de orden superior (de segundo orden), pero no tendrá voliciones de segundo orden, de manera que será neutral ante la prevalencia de cualquiera de sus deseos conflictivos. Parece ser que esto es lo que sucede con los animales, quienes no tienen la capacidad deliberativa en que se puede identificar el momento en que la voluntad decide por la prevalencia de algunos de los deseos conflictivos, sin perjuicio de poder

¹¹⁴ FRANKFURT (2006c), p. 36

¹¹⁵ FRANKFURT (2006c), p. 38.

¹¹⁶ FRANKFURT (2006c), p. 38.

identificarlos como “sistemas intencionales” (es decir, como entes que ejercitan la razón, a quienes puede adscribirse estados mentales, e incluso respecto de quienes se puede adoptar una postura particular de empatía).

Pero además de lo antes señalado, una persona, para Dennett, se caracteriza por poder adoptar una reciprocidad de trato respecto de quienes tienen una actitud particular para con él. Esta condición, para el autor, es dependiente de las tres primeras condiciones expuestas, pero independiente de las condiciones quinta y sexta.¹¹⁷

Que un sujeto pueda reciprocitar el trato específico que le es dado, creemos, tiene ya implicancias comunicativas. De hecho, deriva en que ambos sujetos de la comunicación (rudimentaria en esta etapa) pueden identificarse como entes que merecen un especial trato en condición de iguales. Es, en definitiva, la identificación del otro no como un objeto del que pueda sacarse provecho aplicando racionalidad instrumental, sino como algo distinto a una cosa, que merece el mismo trato del que yo puedo estimar soy digno.¹¹⁸

¹¹⁷ DENNETT (1989), p. 22.

¹¹⁸ En este sentido, HABERMAS (2008b), p. 11, para quien lo característico del ser humano es que puede entender a su compañero como alguien que obra intencionadamente, y no como un objeto social. Los primates, por ejemplo, aun cuando parecen poder diferenciar entre un objeto

Como señalamos, lo anterior ya da una idea rudimentaria de que la comunicación es necesaria como canal de expresión de sentimientos empáticos. En efecto, Dennett propone como quinta condición necesaria para el concepto de persona a la capacidad de comunicación verbal. Ella es dependiente de la cuarta condición, y no viceversa, pues el “significado no natural” (lo que pretende quien se expresa al expresar algo) de toda comunicación verdadera depende, en todo caso, de que existan encuentros comunicativos entre los sujetos. Asimismo, para producirse dichos encuentros no basta solo la existencia de intenciones de segundo orden, sino que se requieren intenciones de tercer orden (o superior).¹¹⁹ Dicho en otros términos, “las intenciones de tercer orden son condición necesaria pero no suficiente para que ocurran encuentros [o casos de reciprocidad genuina] que a su vez son condición necesaria pero no suficiente para la ocurrencia de casos de significado no natural, esto es, casos de comunicación verbal”.¹²⁰ Como podrá observarse, la comunicación rebasa el simple requisito de reciprocidad de trato –de la cuarta condición de Dennett–.

social de uno inanimado, siguen viendo en sus compañeros de especie a un objeto social, y no a alguien que obre intencionadamente; un *alter ego* (con quien se tenga empatía).

¹¹⁹ DENNETT (1989), p. 23.

¹²⁰ DENNETT (1989), p. 24.

Analícemos este punto. Una intención de tercer orden es aquella en que el hablante intenta generar en el oyente la creencia de que quiere provocar en él –el oyente- una cierta actitud o acción.¹²¹ Ello implica una racionalidad de orden superior, pues requiere que el hablante pueda ponerse en el lugar del oyente, adoptando sus eventuales estados mentales. Lo anterior, utilizando las pretensiones de validez *habermasianas*, equivale a señalar que el hablante debe, además de ser sincero, adoptar en los hechos una actitud que sea fundamento suficiente para una atribución razonable de intencionalidad por parte del oyente. Sólo de esta manera pueden darse casos de reconocimiento mutuo y de instancias exitosas de habla.

Lo anterior, por cierto, se corresponde con la adopción de una actitud pro hacia la aplicación de principios de justicia, pues entendemos que en la reciprocidad y en la comunicación se encuentran implícitas, al menos, las dos primeras fases de universalización de la moral caracterizadas por Mackie. En efecto, la primera fase de universalización, conceptuada por este autor como “justicia como equidad”, universaliza imperativos morales del tipo “cualquier cosa que quieras que los demás te hagan, házselas a ellos” o “no hagas a los demás lo que no quieras que te hagan a ti”.¹²² En la segunda fase, por su parte, uno mantiene sus gustos personales, pero al mismo tiempo es consciente del

¹²¹ DENNETT (1989), p. 25.

¹²² MACKIE (2000), p. 101.

hecho que las personas obedecen a distintas preferencias –cuestión que en la primera fase de universalización deviene intrascendente-. Así, buscamos en esta fase máximas prescriptivas que estemos dispuestos a aplicar a todo el mundo, con independencia de los gustos y preferencias personales.¹²³

¹²³ MACKIE (2000), pp. 102-105. Una tercera fase de universalización es aquella en que buscamos ponernos completamente en el lugar del otro, adoptando sus deseos, gustos, etc., de manera de poder ver las cosas desde el propio punto de vista como desde el del otro sujeto en la comunicación, y así poder “descubrir” principios rectores de la conducta que se puedan aceptar desde diversos puntos de vista. MACKIE (2000), pp. 104-105. El autor esgrime que la segunda y tercera fase de universalización no constituyen características del pensamiento moral en general, pues es falso que uno les conceda igual peso a todos los diversos intereses, sino que únicamente les concede el peso a los intereses que otros tendrían de compartir los gustos y preferencias del concreto pensador moral. MACKIE (2000), p. 110. No concordamos con ello, pues entendemos característico del pensamiento moral a la capacidad de entender, como en la segunda fase de universalización, que la aplicación de los principios de justicia eventualmente pueda resultar personalmente desventajosa, atendido a que éstos no obedecen a un particular *set* de gustos y preferencias. Ello, por cierto, es lo que Rawls intenta argüir al establecer el velo de la ignorancia como condición en la posición original: al elegir los principios de justicia que regirán la vida en sociedad, los electores son conscientes de que eventualmente les puede tocar, por contingencias, estar en el eslabón menos privilegiado de la repartición de los beneficios de la cooperación social, y ello es lo que los motiva a elegir principios imparciales, es decir, principios, por ejemplo, en que la desigualdad esté justificada solo en caso que no exista una distribución que mejore a las personas en posición desventajosa. Es lo que Rawls llamó “principio de diferencia”, como corolario de su interpretación democrática de los principios

De esta forma, si en la comunicación se encuentra implícito el reconocimiento mutuo, ello necesariamente implica que lo que caracteriza a la comunicación es su regencia por principios de justicia.¹²⁴

Pero además de la comunicación, las personas se caracterizan, como señaláramos, por la posesión de una particular forma de conciencia, en virtud de la cual se puede conocer y expresar la existencia de estados mentales propios. Ello es lo que se ha denominado “autoconciencia”. Esta sexta condición es dependiente de la quinta, pero esta última es condición necesaria, mas no suficiente, de la autoconciencia.¹²⁵ Solo a partir de esta última característica de las personas es que podemos participar, bajo la utilización del pronombre personal en primera persona, desde una posición privilegiada en el juego de preguntas y respuestas por los motivos de los actos propios. Dicho en otros términos, sólo siendo consciente de mi acción puedo señalar lo que intentaba hacer y recibir, performativamente, contra argumentaciones.¹²⁶

de la justicia. Véase RAWLS (2006), pp. 70-83. Sobre la posición original, RAWLS (1995), pp. 45 y ss.

¹²⁴ En sentido similar RAWLS (2006), p. 17, para quien “la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento”.

¹²⁵ DENNETT (1989), p. 12.

¹²⁶ DENNETT (1989), p. 32.

Por cierto, concordamos con Dennett en que el concepto de persona es esencialmente normativo, de manera que es complejo establecer un catálogo de condiciones necesarias y suficientes.¹²⁷ Con todo, creemos que este catálogo, aproximativo, puede otorgar parámetros no arbitrarios para la atribución del carácter de persona a un sujeto determinado. De esta manera, pues, el concepto de persona no sería un tipo de lo que Hart llamó términos atributivos, pues su definición no estaría condicionada por la existencia de una cláusula infinita de excepciones, sino que ya en el catálogo de condiciones puede encontrarse, al menos, una noción mínima de comprensión del concepto. Así, probablemente estemos lejos de aceptar que un sujeto sin capacidad de autoconciencia pueda constituir lo que moralmente entendemos por persona, y a lo que atribuimos la dignidad de poder asumir responsabilidad por actos previos defectuosos.

2.2.1.2. El problema de la libertad de la voluntad.

Como desarrollaremos en lo que sigue, no es suficiente para la asunción de la idea de responsabilidad la justificación del carácter de persona de un sujeto determinado. Antes bien, en nuestro concepto, se requiere fundamentar específicamente la existencia de la libertad de la voluntad como momento deliberativo identificable en la elección de deseos de segundo orden

¹²⁷ Así, DENNETT (1989), p. 35.

exclusionarios, es decir, que lleven a la acción ante el descarte de otros deseos en colisión. Lo anterior, asimismo, requiere pronunciarse ulteriormente sobre las posibilidades alternativas a la acción como criterio sustantivo en la identificación de una voluntad libre y entrar en el controvertido debate entre determinismo e indeterminismo.

Desde las neurociencias –a partir de los experimentos de Benjamin Libet en los años setenta-, se ha señalado que la libertad de la voluntad, entendida como causa mental, es pura apariencia o autoengaño, pues detrás de ella no habría más que una conexión causal de procesos neuronales que responden a leyes naturales.¹²⁸

Lo anterior, plantea Habermas, no puede cuestionar con seriedad a la autoconciencia, anclada en la intuición y acreditada en la práctica, de los actores capaces de responsabilidad.¹²⁹ Solo en la manifestación de la libertad a través del contacto con razones podemos entender a la deliberación, cuyo sentido, para el autor, no es otro que el poder obrar de un modo y también de otro distinto.¹³⁰ Luego, es el juego de razones, que hablan a favor o en contra de una determinada acción, el que nos permite identificar ese momento de

¹²⁸ HABERMAS (2008a), p. 8.

¹²⁹ HABERMAS (2008a), p. 8.

¹³⁰ HABERMAS (2008a), p. 11.

elección del que hemos hablado, en que la voluntad se erige para dirimir la disputa entre diversas razones contrapuestas. Por tanto, solo nos experimentamos a nosotros mismos como libres en acciones realizadas más o menos conscientemente, pues todas las acciones realizadas en forma consciente pueden ser examinadas de forma retrospectiva en cuanto a su responsabilidad.¹³¹ Y es la responsabilidad, anclada en la noción de libertad, una idea que nos constituye como sociedad. Desechar a la libertad como concepto, y con ello a la responsabilidad, es desechar la idea de sociedad tal y como la conocemos.

Pero la asunción de la libertad no implica tomar partido por el determinismo ni por el indeterminismo. En efecto, podemos asumir la idea de que nuestra conformación psíquica es socialmente inducida, de manera que nuestras aptitudes, nuestro carácter y nuestras creencias (social y genéticamente dependientes) imponen limitaciones a nuestra acción libre. De esta forma, podríamos señalar que la deliberación se encuentra determinada por la propia biografía del sujeto deliberante. Pero ello no obsta, con todo, a que el sujeto pueda reconocerse, de manera retrospectiva, como sujeto activo de la deliberación que lo lleva a la acción.¹³² Lo anterior, empero, solo puede ser plausiblemente descrito en lenguaje mentalista, desde la perspectiva del

¹³¹ HABERMAS (2008a), p. 11.

¹³² HABERMAS (2008a), p. 13.

partícipe en el proceso público deliberativo, en que el sujeto deliberante participa en el juego de razones desde una posición privilegiada, y en que el oyente puede adscribirle estados mentales a partir de conexiones coherentes con el mundo exterior.¹³³

Una explicación racional de una acción, dada en lenguaje mentalista, no señala un catálogo de condiciones suficientes para la aparición de un suceso (es decir, es inconciliable ontológicamente con el lenguaje empirista de estados o sucesos datables en el espacio-tiempo). En efecto, lo que hace este tipo de lenguaje es explicar la acción de un sujeto como motivada por razones, y en la

¹³³ Así, HABERMAS (2008a), pp. 12-13. Habermas rechaza la “teoría causal de la acción” o “monismo anómalo” de Davidson, según la cual las actitudes proposicionales –incluidos deseos, intenciones, etc.- se hacen valer como causas cuando constituyen motivos a partir de los cuales un agente ejecuta una determinada acción, de manera que cabría mantener una relación de identidad entre ambas –causas y motivos-, pero una relación de identidad no sujeta a leyes. Para una exposición del monismo anómalo, véase DAVIDSON (1995a), pp. 27-32. En efecto, para Habermas este monismo no logra identificar la diferencia entre la explicación de la acción a partir de motivos racionales, y la explicación de la acción a partir de determinadas causas (es decir, no logra captar la diferencia entre la utilización de un lenguaje empirista y uno mentalista, en el sentido que este último no puede transformarse en un pronóstico de acción en que cualquier persona, con idénticas premisas, llegaría a una misma decisión). HABERMAS (2008a), p. 14. Para una explicación del “monismo anómalo” defendido por Davidson, véase MAÑALICH (2005), pp. 71-72.

cual el agente se deja determinar por su propia forma de ver las cosas (por su biografía).¹³⁴

En la propuesta de Habermas, el *quid* del argumento está en que el sujeto, en efecto, realiza las acciones por sí mismo, es decir, se puede sentir dueño de ellas y asumir, consecuentemente, responsabilidad. Por lo tanto, lo trascendente, más que una verificación científica de si el sujeto, efectivamente, tiene fundamento empíricos para sentirse dueño de sus acciones, es que el sujeto viva su naturaleza subjetiva como fuente de poder. Si experimenta su subjetividad de esta manera, el sujeto puede dejarse determinar por aquellos procesos límbicos que transcurren inconscientemente, sin que ello afecte su libertad; de hecho es más, los podrá considerar como condiciones posibilitadoras.¹³⁵

Es la determinación por medio de razones y por condicionamientos naturales lo que constituye la esencia de la autodeterminación.¹³⁶ Habermas describe lo anterior de la siguiente manera: “los agentes no están fuera del mundo cuando dejan que su voluntad sea determinada por lo que está al alcance de sus fuerzas y lo que ellos consideran correcto. Dependen del

¹³⁴ HABERMAS (2008a), p. 14.

¹³⁵ HABERMAS (2008a), p. 14.

¹³⁶ HABERMAS (2008a), p. 15.

sustrato orgánico de su poder, de la propia historia vital, del carácter y aptitudes, del entorno social y cultural, no siendo factores menores los datos actuales de la situación en que se produce la acción. Pero, en cierto modo, el actor hace suyos todos esos factores, hasta tal punto que ya no ejercen su influjo sobre la configuración de la voluntad como causas externas ni pueden irritar su propia consciencia de ser libre. El autor se identifica con su organismo, su historia vital y cultural (...), con sus propios motivos y aptitudes.”¹³⁷

En definitiva, lo que Habermas defiende es un dualismo epistémico, en que confluyen dos clases de vocabularios (mentalista y empirista) y de perspectivas explicativas (del partícipe y del observador), como única forma de acceso al conocimiento de algo del mundo. Es lo que el autor ha denominado “tesis de la irrebasabilidad”.¹³⁸

Para aprehender algo del mundo, en efecto, debemos considerar tanto la perspectiva del observador –que se limita al juego del lenguaje empirista- como la del partícipe en prácticas comunicativas y sociales. Un correcto entendimiento (y formación) de la perspectiva del observador (tercera persona,

¹³⁷ HABERMAS (2008a), pp. 15-16. Ya en Hegel podemos encontrar que la libertad de la voluntad se caracteriza, esencialmente, por considerarse la voluntad misma como condicionada, es decir, como autodeterminada. HEGEL (1988), §7.

¹³⁸ HABERMAS (2008a), pp. 18-19.

relacionada con el mundo observable) necesita como base indispensable (o se construye junto a) un juego intersubjetivo entre la primera y la segunda persona. La objetividad y la intersubjetividad van siempre de la mano, por lo que la comprensión del mundo requiere de esta perspectiva necesariamente complementaria.¹³⁹ En efecto, nos señala Habermas: “[e]n ese ensamblaje complementario de las dos perspectivas, la de partícipe en un discurso y la de observador, no sólo se enraíza la cognición social y el desarrollo de la conciencia moral, sino también la elaboración cognitiva de experiencias que nos salen al paso en la confrontación con el entorno natural (...)”.¹⁴⁰

Por ello, las aspiraciones a la verdad tienen que hacer frente al *test* de la experiencia (relación con el mundo) y a la oposición (relación con otros; intersubjetividad) que otros puedan presentar a la autenticidad de las experiencias propias –o a la interpretación que demos de ellas-. Por tanto, la experiencia (en cuanto relación de sí mismo, en una posición objetivante, con algo del mundo; perspectiva del observador) y la argumentación (perspectiva del partícipe de un discurso, que expone sus argumentos y acepta, performativamente, críticas) constituyen dos partes integrantes y dependientes entre sí de nuestras aspiraciones a saber algo sobre el mundo. En este acceso

¹³⁹ HABERMAS (2008b), p. 9.

¹⁴⁰ HABERMAS (2008b), pp. 9-10.

bifocal al mundo, en definitiva, podría quedar expresado el resultado de un proceso evolucionista de aprendizaje.¹⁴¹

Lo característico del ser humano (o de lo que hemos de denominar persona), según dijéramos, es el poder asumir la perspectiva del otro, quien se convierte en alguien con un papel comunicativo dentro de la relación interpersonal. Solo en este momento de la evolución cobra sentido la vigencia del pronombre personal en segunda persona. Lo trascendente de lo antes esgrimido es que son las aptitudes de cognición social las que permiten aprehender algo sobre el mundo desde el punto de vista de otros y de poder aprehender, incluso, algo sobre nosotros mismos desde dicha perspectiva. En definitiva, la socialización de la cognición se yergue sobre la confrontación cognitiva con el entorno físico y el trato cognitivo recíproco.¹⁴²

Es en la intersubjetividad (en la relación de cerebros socializados) en donde podemos encontrar la ligazón con un medio cultural que se va desacoplando acumulativamente del mecanismo genético de la evolución natural, formando lo que Hegel llamara “espíritu objetivo”, entendido como un saber colectivo almacenado en símbolos, que se torna independiente de los

¹⁴¹ HABERMAS (2008b), p. 10.

¹⁴² HABERMAS (2008b), p. 11.

sujetos y que regula sus prácticas comunicativas.¹⁴³ Luego, en la consciencia de la libertad queda reflejada la participación consciente del individuo en el espíritu objetivo, es decir, en aquel ámbito de razones, simbólicamente estructurado, en que los espíritus lingüísticamente socializados se mueven en conjunto y en que se lleva a cabo una motivación racional de convicciones y acciones conforme a unas reglas lógicas, lingüísticas y pragmáticas que no pueden reducirse a leyes naturales.¹⁴⁴

¹⁴³ HABERMAS (2008b), pp. 11-12. HEGEL (1988), §153 y §258, para quien el Estado es el espíritu objetivo, el cual da objetividad, verdad y eticidad al individuo, y en el que la libertad alcanza su derecho supremo. En efecto, los individuos tienen certeza de su libertad, pero encuentran la verdad que corresponde a tal certeza en la objetividad ética. Así, es la eticidad parte de la propia esencia del individuo; su universalidad íntima actualizada.

¹⁴⁴ HABERMAS (2008b), pp. 12-13. En un sentido similar se pronuncia BURKHARDT (2007), p. 59, para quien los artefactos socioculturales –como la propiedad o el matrimonio, por ejemplo-, sólo existen gracias a que creemos que existen. En consecuencia, “significados y conceptos se hallan determinados históricamente, pero a diferencia de lo que muchos filósofos posmodernos sugieren, no son el resultado de convenciones sociales arbitrarias. Son, de hecho, conformados a partir de experiencias no arbitrarias, específicas de la especie y corporalmente basadas que constituyen la base de la intersubjetividad”. En términos *darwinianos*, pues, podemos plantear que las convenciones sociales encuentran sustento en la evolución y supervivencia de la especie.

Podrá observarse, por ende, que el problema de la libertad de la voluntad es neutral respecto de la discusión entre determinismo¹⁴⁵ e indeterminismo¹⁴⁶. De hecho, la discusión relevante a efectos de la asunción de una acción como libre es la que se da entre autonomía y heteronomía. Una acción, en este sentido, solo puede ser caracterizada como libre de ser autónoma, es decir, de ser condicionada por factores que, en último término, el sujeto actuante puede interpretar como propios (constituyentes) de su identidad.^{147/148}

¹⁴⁵ Por determinismo, según MAÑALICH (2009a), p. 185, podemos entender a la tesis según la cual en cualquier instante hay un solo futuro físicamente posible. Ello proviene de la identidad entre estados mentales y estados físicos, conforme a la que los primeros son determinados en tanto solo pueden caracterizarse en términos físicos. Esto resulta del llamado “principio de clausura causal de lo físico”. Para una clara exposición del contenido e implicancias de este principio, véase LOWE (2000), pp. 32 y ss.

¹⁴⁶ Por indeterminismo entendemos a la tesis según la cual en cualquier instante hay múltiples e infinitos futuros físicamente posibles

¹⁴⁷ Una propuesta interesante es la de Zubiri. Para este autor, el origen de la voluntad podemos encontrarlo, más que en la libertad, en las tendencias. Las tendencias, en los hombres, no desencadenan inmediatamente en la acción, pero sí en el deseo de realizar una acción. Así, el hambre probablemente no nos lleva a comer por instinto, pero sí nos hace desear comer. El hombre, luego, debe hacer frente a sus tendencias, lo cual realiza por medio del acto de preferir. En el acto de preferir podemos identificar dos momentos: en un primer momento el acto de voluntad es indeterminado, en cuanto condicionado por múltiples tendencias. Pero la acción también lo es, pues en la ejecución de una acción podemos encontrar la consciencia de poder ejecutar otra muy diversa. Y el segundo momento del acto de preferir es la autodeterminación:

Strawson, en su “Libertad y resentimiento”, a propósito de la exposición de las posturas de los optimistas –quienes creen que la libertad puede ser compatible con la verdad del determinismo- y de los pesimistas –para quienes la verdad de la libertad es incompatible con la verdad del determinismo-, nos señala que, en último término, lo único de lo que podemos tener certeza es de la eficacia de las prácticas de condena moral y de castigo de regular la conducta conforme a modos socialmente deseables.¹⁴⁹ En efecto, lo que las excusas harían, más que demostrar que en un caso concreto un sujeto no tiene una voluntad libre, es apaciguar o modificar el resentimiento como actitud reactiva. Por ejemplo, excusas del tipo “es un esquizofrénico” o “es sólo un niño” nos inducen a suspender nuestras actitudes reactivas ordinarias hacia el

el acto voluntario y libre del hombre lo es porque quien lo ejecuta estima que tiene alguna dimensión de deseabilidad. La libertad, entonces, es constitución de causalidad, porque erige un deseo en razón suficiente para la acción, pero esa tendencia trasformada en libertad por medio de la voluntad es siempre concordante con esta última, pues en último término las tendencias son inherentes a la voluntad. Así las cosas, para Zubiri no existiría una contraposición entre tendencias y voluntad. Para una exposición detallada de la postura de Zubiri, véase DE LA FUENTE (1993/1994), pp. 270-277.

¹⁴⁸ Y lo que constituye a la identidad del agente –su subjetividad- es, en último término, según Hegel, la totalidad de sus acciones. HEGEL (1988), §124.

¹⁴⁹ STRAWSON (1992), p. 9.

agente, ya sea al momento de la acción o todo el tiempo.¹⁵⁰ Y lo que caracteriza a las relaciones personales, para el autor, es justamente la concurrencia de actitudes reactivas –en contraposición a las actitudes objetivas, que ven a los sujetos como objetos de táctica social; como sujetos a los que hay que neutralizar o tratar con precaución, pero con quienes no se puede discutir o razonar-.¹⁵¹

La postura de Strawson, en definitiva, también es neutral respecto de la discusión entre determinismo e indeterminismo. Con todo, nuestra propuesta va más allá: nosotros nos declaramos compatibilistas (o abrazamos un determinismo débil) pero sin dar mayor importancia a los fundamentos o demostrabilidad del determinismo. En efecto, que alguien en la conformación de su voluntad sea determinado por su historia vital o por procesos límbicos de los que no es consciente, es compatible con la asunción de su libertad, siempre que los fundamentos de la conformación concreta de su voluntad puedan redesccribirse en términos de componentes de su identidad personal. Pero además creemos que el indeterminismo –desentendiéndonos de los problemas subyacentes a su demostrabilidad- es incompatible con las actitudes reactivas conforme a las que se desenvuelven nuestras relaciones interpersonales, pues el indeterminismo, en último término, implica puro azar, y basándonos en él no

¹⁵⁰ STRAWSON (1992), pp. 12-14.

¹⁵¹ STRAWSON (1992), pp. 15-16.

podemos realizar proyecciones razonables –en lenguaje mentalista- de cómo un sujeto debiese actuar atendida la forma en que se comporta normalmente – conforme a sus gustos y preferencias-.¹⁵² En definitiva, hablamos de elementos que conforman la identidad del agente en un momento determinado, cuestiones todas que dentro del juego comunicativo podemos adscribir a un sujeto de forma justificada, y que generan expectativas legítimas de comportamiento por parte de otros partícipes en la comunicación. Por ejemplo, en nuestras relaciones cotidianas esperamos que las personas actúen de forma

¹⁵² Criticando al indeterminismo, Mackie plantea lo siguiente: “Los indeterministas como Kant y C.A. Campbell, por tanto, que confían en este argumento [que el sentimiento de libertad es la conciencia del efectivo operar de nuestros pensamientos y decisiones], tienen que basarlo no en las elecciones ordinarias motivadas por los deseos, sino, específicamente, en la experiencia de la elección moral motivada, a su vez, no por ningún deseo sino por la voluntad racional de un yo nouménico que no podría tener el carácter moral y racional que pretende si estuviera sujeto a causación. Desarrollado de este modo, el argumento es menos un argumento de experiencia inmediata que uno que aduce al presupuesto necesario de un pensamiento moral. Sin embargo, no es el pensamiento moral en su conjunto el que se afirma sobre este presupuesto sino, a lo sumo, una interpretación particular del pensamiento moral (...)”. MACKIE (2000), p. 249. Pero Kant, a pesar de ser un indeterminista –interpretación con la que concordamos-, defiende un “concepto débil” de autodeterminación, el cual se yergue sobre la idea de la determinación que la razón pura práctica ejerce sobre la voluntad del propio sujeto para que se pliegue a la Ley Moral (y resista al placer sensible del principio de felicidad), la cual puede ser calificada como causalidad o determinación libre, pues en último término no depende de nada externo y puede ser descrita como un apremio o coacción interna. KANT (2001), pp. 160 y ss.

consecuente, de manera que reaccionen de forma similar en iguales situaciones. Que un sujeto, en este sentido, se comporte de forma inconsecuente, provoca actitudes reactivas, por ejemplo, de decepción. Pero el sujeto respecto de quien se adopta esta actitud reactiva puede excusarse señalando que ha cambiado de parecer, o que sus preferencias han variado. Con todo, antes de este argumento –que puede ser válido de conformarse con las tres pretensiones de validez subyacentes a toda instancia de habla exitosa– nuestras expectativas de conducta siguen intactas, y requerimos de otros, así como de nosotros mismos, el ser consecuentes en nuestro actuar.

Entonces, “para la atribución de agencia es esencial que el agente pueda ser visto como condicionando efectivamente el evento que constituye el objeto de adscripción, cuya ocurrencia, de lo contrario, tendría que considerarse puramente fortuita.”¹⁵³ Y ese momento de determinación de la acción, a nuestro entender, no puede explicarse sino en referencia a las posibilidades alternativas que tiene el sujeto de tener la voluntad que quiere tener¹⁵⁴, aun cuando dicha

¹⁵³ MAÑALICH (2009a), p. 193.

¹⁵⁴ En efecto, lo trascendente a efectos del análisis del concepto de persona y del de la libertad de la voluntad es que el sujeto pueda ser libre de determinar su voluntad, es decir, de hacer coincidir, en términos de Frankfurt, un deseo de segundo orden con su voluntad, siendo la libertad de acción intrascendente. De hecho, los animales son libres de correr en la dirección que estimen conveniente (libertad de acción), pero ello no nos llevará a afirmar que su voluntad

voluntad, en definitiva, sea determinada por cuestiones que escapan a la propia voluntad del agente.

Una postura interesante, que intenta marcar un punto de inflexión entre el principio de posibilidades alternativas de acción y la atribución de responsabilidad, la podemos encontrar en Frankfurt. En efecto, este autor señala que “(...) dista mucho de ser evidente que una persona que no es libre de abstenerse de realizar cierta acción no pueda ser libre para realizarla, o que no pueda realizarla libremente.”¹⁵⁵ Lo anterior puede verse claramente ejemplificado, según él, en casos de adicción a las drogas: “Es claro que el adicto contra su voluntad no actúa de manera libre ni responsable cuando consume la droga, y que el adicto por voluntad propia no es más capaz de evitar consumirla que él. No obstante, los dos adictos difieren en lo que los conduce a la acción. En virtud de esa diferencia, sus responsabilidades morales por aquellas acciones difieren.”¹⁵⁶ Incluso más claro puede observarse, según el autor, en ejemplos de coacción, en que el agente no es empujado a realizar la acción por la amenaza de imposición de un mal, pero tampoco es indiferente a ella. Lo peculiar de este ejemplo es que el agente, ya con anterioridad al influjo

es libre (pues son libres de correr hacia un plato de comida, pero a ello los mueve su instinto de sobrevivencia, sobre el cual su voluntad no tiene participación).

¹⁵⁵ FRANKFURT (2006e), p. 80.

¹⁵⁶ FRANKFURT (2006e), p. 82.

de la amenaza, ha decidido actuar en el mismo sentido en que le imponía hacerlo la amenaza¹⁵⁷, de manera que en ninguna hipótesis hubiese actuado de manera distinta (de suponerse que es un hombre razonable que se rendirá al influjo de la amenaza). En ambos ejemplos se da que el agente no tiene alternativa hipotética de acción, y sin embargo, en ambos casos Frankfurt considera que son moralmente responsables de lo que realizan, pues la acción puede explicarse (racionalizarse) en términos de los deseos del actor.

Lo anterior quiere decir que lo relevante, para Frankfurt, es que el agente pueda identificarse con los deseos que lo llevan a la acción, y ello solo sucede en caso que dichos deseos coincidan con la voluntad del sujeto. En el nivel de las voliciones de segundo orden, pues, “[n]o tiene sentido preguntar si alguien se identifica con la identificación que tiene de sí mismo, a menos que la intención sea simplemente preguntar si su identificación es sincera o total”.¹⁵⁸ Y la identificación del sujeto (de su voluntad) con los deseos que llevan a la acción es condición de asunción de responsabilidad moral respecto de ellos. Para argüir lo anterior, por cierto, es indiferente que la acción del sujeto pueda interpretarse como determinada por causas físicas anteriores o no. De hecho, aún de ser determinada por, digamos, condiciones fisiológicas o sociales, el sujeto puede identificarse con los deseos que lo llevan a la acción (puede

¹⁵⁷ FRANKFURT (2006d), p. 15.

¹⁵⁸ FRANKFURT (2006e), p. 84.

identificarlos como suyos). De hecho, para Frankfurt, en lo que concierne a las atribuciones de responsabilidad moral, no tiene especial importancia si la tesis determinista es verdadera o falsa, o si es compatible o incompatible con el libre albedrío¹⁵⁹, pues el libre albedrío, en esta postura, de por sí sería intrascendente para la atribución de responsabilidad moral.

Frankfurt pone un ejemplo: “supongamos que Q está conduciendo su automóvil y no puede mantener la vista al frente porque prefiere mirar el interesante panorama que tiene a su izquierda; y supongamos, también, que si el panorama no lo hubiese distraído, alguna otra cosa habría causado que estuviera mirando hacia su izquierda en ese momento. En estas circunstancias, Q no puede mantener la vista hacia el frente. ¿Es moralmente responsable de no hacerlo? ¡Por supuesto que lo es! El hecho de que no pueda evitar no hacer no tiene relación con su responsabilidad moral por no haberlo hecho, puesto que no lo conduce a no hacerlo.”¹⁶⁰

El autor argumenta que el principio de posibilidades alternativas, en último término, es falso, pues no es cierto que todos los casos de inevitabilidad sean impersonales; muchas veces el carácter inevitable de una acción es personal. Que sea personal quiere decir que son inevitables, precisamente,

¹⁵⁹ FRANKFURT (2006a), pp. 139-140.

¹⁶⁰ FRANKFURT (2006a), pp. 147-148.

porque la persona no puede evitar hacer los movimientos corporales que la constituyen.¹⁶¹

A nuestro entender, lo problemático de la propuesta de Frankfurt es que no puede salvar una objeción lógica trascendental: la misma acción –con el mismo contenido proposicional- puede ser descrita en términos de acción intencional y en términos de acción no intencional. En efecto, que un adicto por voluntad propia consume la droga puede, en unos términos, ser descrito como la acción de consumir drogas que se condice con la voluntad del sujeto, pero también puede describirse como la acción condicionada por su adicción. El problema, pues, es que no tenemos cómo saber cuál de las dos descripciones es la correcta, pues las dos tienen condiciones razonables para la atribuibilidad, tanto de intencionalidad como de inintencionalidad. Con todo, nos atrevemos a sugerir que la explicación del adicto de una acción suya como intencional – es decir, que es coincidente con la voluntad que él quiere tener- es susceptible de generar suspicacias en el oyente, pues tendemos a creer que un adicto se encuentra inhabilitado para referirse de manera libre a su adicción. Y como la adscripción de intencionalidad es, en último término, una atribución dada dentro de un contexto comunicativo, cuya específica realidad se encuentra en la cabeza de quien adscribe, creemos más razonable racionalizar la acción del adicto como condicionada por la adicción. Así, uno podría querer ser adicto,

¹⁶¹ FRANKFURT (2006a), pp. 148-149.

pero la adicción en sí misma, por definición, escapa al control volitivo del sujeto afecto a ella. Luego, podemos responsabilizar moralmente al sujeto por volverse un adicto, pero mal podríamos atribuirle responsabilidad moral por consumir droga cuando ello se encuentra condicionado por una enfermedad (aun cuando el sujeto quiera consumir droga en el contexto de su adicción). Por lo mismo, creemos que en estos casos límite el argumento de Frankfurt es débil, pues no logra dar cuenta coherentemente de la estrecha relación existente entre posibilidades alternativas de acción y responsabilidad moral.

Hemos argumentado que la libertad no puede ser entendida bajo la lógica del lenguaje empirista. En efecto, como postulado descriptivo, parece ser indemostrable experimentalmente. Se ha planteado que “cuando se intenta demostrar, del resultado del experimento nunca se sabrá si se ha demostrado que el supuesto de necesidad es falso, o que bajo tales condiciones necesariamente debía verificarse una conducta y se verificó otra, demostrando la verdad de la libertad.”¹⁶² Pero al mismo tiempo es indemostrable la inexistencia de la libertad, pues a lo más que puede aspirar el determinismo es a predecir, con amplios márgenes de probabilidad, la realización de una conducta concreta en un momento determinado.¹⁶³

¹⁶² DE LA FUENTE (1993/1994), p. 259.

¹⁶³ Científicamente se ha dado apoyo tanto a la tesis del determinismo como del indeterminismo. En efecto, en la mecánica cuántica (a nivel subatómico) rige el principio de

Lo cierto, a nuestro entender, es que argumentos científicos no logran dar cuenta del lenguaje que rige a la utilización de estados mentales; dicho lenguaje es el mentalista, y su utilización es ontológicamente incompatible con un lenguaje empirista. Por ello, que un sujeto sea o no determinado en su voluntad es intrascendente, en cuanto no se logra derrotar la realidad incuestionable de nuestra experiencia de la libertad, anclada en la posibilidad de actuar de otro modo, y que da lugar a la utilización del lenguaje de la responsabilidad tal y como lo conocemos. Así las cosas, la discusión trascendente es entre autonomía y heteronomía, y no entre determinismo e indeterminismo.

Lo relevante, entonces, es que la libertad es demostrable, por medio del lenguaje mentalista, a través de la experiencia de la libertad; de esa capacidad que tenemos para sentirnos dueños de nuestros actos y de ser conscientes de las posibilidades alternativas a la acción realizada.

incertidumbre, según el cual no es posible tener más que un conocimiento aproximado y estadístico del comportamiento de la materia. En definitiva, según este planteamiento, las leyes de la física serían sólo leyes estadísticas. A favor del determinismo, se ha señalado, por el lado del psicoanálisis, que nuestras conductas conscientes, en realidad, se encuentran siempre condicionadas por una serie de factores subconscientes que actúan sobre el individuo, sin que éste se pueda percatar de aquello. Por todos, DE LA FUENTE (1993/1994), pp. 261-265.

Pero ser conscientes de las posibilidades alternativas de acción que tenemos no equivale a señalar que una acción es libre si y solo si el agente pudo haber actuado, efectivamente, de otro modo. Antes bien, el poder actuar de otro modo sería susceptible de una interpretación condicional, de manera que una acción sea libre si y solo si el agente pudo haber actuado de otro modo, de haber querido hacerlo.¹⁶⁴ Luego, “[b]ajo esta formulación, el principio de posibilidades alternativas no requiere que cualquier alternativa a la decisión haya sido posible, sino sólo la alternativa que se habría correspondido con la decisión de la persona si ella hubiese querido decidir de otro modo.”¹⁶⁵ Y la decisión, en último término, se corresponde, en algún momento de la cadena causal, con una característica estructural de la personalidad del agente, de manera que puede ser vista como autodeterminada.

Pero la identidad del agente no es una sustancia trascendental invariable en el tiempo, sino que es una conjunción de propiedades variables en el tiempo que, en un momento determinado, ofrecen respuesta a la pregunta por quién es, de hecho, esa persona determinada.¹⁶⁶ De esta manera, solo en un

¹⁶⁴ En este sentido MAÑALICH (2009a), p. 195, siguiendo el planteamiento de G.E. Moore.

¹⁶⁵ MAÑALICH (2009a), p. 196

¹⁶⁶ MAÑALICH (2009a), p. 198. En el mismo sentido, MACKIE (2000), pp. 252-254, quien esgrime que lo cierto es que uno puede moldear gradualmente su carácter, de manera que

momento determinado podemos identificar una acción concreta como acción del agente, en cuanto producto de su voluntad libremente constituida, determinada por la propia identidad del sujeto. De eso se trata, en definitiva, la libertad de la voluntad.

Pero, ¿cómo trata el Derecho penal a la libertad de la voluntad como categoría relevante para la adscripción de culpabilidad personal?

Para el Derecho penal lo trascendente es la perspectiva de primera persona (aun cuando la perspectiva del observador es necesaria para una descripción completa de la conducta humana). De hecho, el Derecho penal garantiza la perspectiva de primera persona estableciéndola como el objeto decisivo de evaluación, a través del principio de creencia, según el cual lo relevante para el Derecho penal son los hechos tal y como el agente creía que eran.¹⁶⁷

Pero el Derecho penal, a través del proceso, deja la carga de probar los presupuestos de la atribución definitiva de responsabilidad en el órgano persecutor (en nuestro caso, el Ministerio Público). ¿Cómo podría probar el

nuestra identidad, en último término, no nos es algo ajeno o algo que nos determine a actuar desde afuera, como querrían los deterministas fuertes (incompatibilistas).

¹⁶⁷ BURKHARDT (2007), pp. 31-32.

Ministerio Público la libertad de la voluntad del sujeto, si señalamos ya anteriormente que, al menos con el método de las ciencias empíricas, no es verificable?

Lo que parece insalvable desde el lenguaje empírico, no lo es desde el mentalista. En efecto, parte de la posibilidad de la comunicación depende de que los partícipes de ésta se traten, mutuamente, como sujetos libres y capaces de asumir responsabilidad. Lo anterior, por cierto, obedece a la lógica del lenguaje atributivo: si de los hechos, tal y como los vemos, un observador y partícipe en la comunicación (es decir, quien ocupa la posición gramatical de la segunda y tercera persona singular) tiene razones suficientes para utilizar la frase atributiva “él lo hizo”, y ninguna contra razón que pudiese operar como excepción a la concurrencia de libertad de la voluntad, entonces entenderemos que la utilización de la frase atributiva es correcta. Por lo mismo, en nuestra propuesta, lo relevante, más que probar la libertad, es probar los hechos en que ésta se funda tal y como el agente los interpretó, pues en último término, el principio de culpabilidad penal juzga a los sujetos desde su personal punto de vista epistémico o base informativa.

Una buena propuesta, en la misma línea que la que hemos planteado, es la de Burkhardt. Para este autor, las dificultades probatorias de la libertad de la voluntad desaparecen si nos guiamos por el principio de creencia. En efecto, la

cuestión de si el acusado ha actuado de modo culpable o no, no depende de si tuvo una alternativa de conducta por la que pudiera optar realmente, sino basta que haya tenido la creencia de que tenía esa alternativa. Entonces, el fundamento de la culpabilidad individual radica en la libertad subjetiva – experiencia de la libertad, libertad epistémica, doxástica o experimentada-.¹⁶⁸

Esta experiencia de la libertad, empero, se relaciona con una noción de éxito. En efecto, dicha noción de éxito la transforma en una conciencia de la libertad. Mi propia creencia en la libertad, pues, tiene una condición interna de satisfacción de que no estoy siendo controlado desde el exterior¹⁶⁹, pero además tiene una condición externa de satisfacción de que, efectivamente, no estoy siendo controlado desde afuera. Y como, insistimos, la atribución de culpabilidad se encuentra en la mente de quien la adscribe, quien en definitiva

¹⁶⁸ BURKHARDT (2007), pp. 44-45. La experiencia de la libertad precisa de determinados requisitos. Uno de estos es la estructura reflexiva de la mente humana –autopercepción, conciencia del yo-. Otro requisito, no sistémico, es que la experiencia de la libertad es un artefacto socialmente inducido. En esta línea, Singer plantea que la autoconciencia y todos los fenómenos asociados a la misma –aquellos que presuponen una perspectiva de primera persona- son fenómenos que precisan la creación de diálogo entre dos cerebros diferenciados. Con ello, la conciencia adquiere el *status* ontológico de una realidad social conteniendo además una connotación interpersonal. BURKHARDT (2007), pp. 58-59. Todo esto, como podrá observarse, va en la misma línea de lo expuesto en este trabajo.

¹⁶⁹ Así, BURKHARDT (2007), p. 67.

se encuentra siendo inducido desde afuera, aun cuando tenga la experiencia de ser libre, no puede ser catalogado como culpable, pues ello, en último término, implicaría trasgredir el principio de igualdad formal (tratar los casos iguales de la misma manera, y los casos desiguales de distinta forma). Por ello es que no podemos tratar al adicto por voluntad propia como un sujeto con voluntad libre en el consumo de la sustancia a la que es adicto, pues su experiencia de libertad no logra cumplir con una condición básica de satisfacción externa. Podrá observarse, pues, que en este concreto supuesto, en la ponderación de intereses debe prevalecer la igualdad formal por sobre el principio de creencia.

2.2.2. Conocimiento y autocontrol volitivo como elementos de la culpabilidad formal.

En nuestro concepto, la legitimidad formal de la intervención del Estado a través del Derecho penal en los ámbitos de autonomía de los sujetos, descansa sobre la asunción de la capacidad del sujeto (declarado) culpable de motivarse por el mensaje moral contenido en la norma de conducta.

Que el sujeto sea motivable por una norma de conducta, a pesar de ser un concepto normativo –es decir, que puede basarse en expectativas de conducta estandarizadas-, requiere de una base descriptiva que lo sustente. En otros términos, el hecho delictivo no cuenta, nunca, como una declaración

explícitamente performativa, de manera que la falta de seguimiento de la norma debe materializarse, objetivamente, en el hecho delictivo, que descrito en estos términos tendrá por necesario presupuesto la capacidad de seguimiento de la norma, de manera que el no seguimiento de ésta exprese un déficit reprochable de fidelidad al Derecho.¹⁷⁰ Así, la concurrencia de la capacidad de seguimiento de la norma de conducta dará lugar a lo que denominaremos “concepto formal de culpabilidad individual”, el cual opera como garantía de la constitución de una voluntad que libremente se comporta de forma contraria a la prescripción penal.

El lenguaje descriptivo del que hablamos hace referencia a la concreta constitución psíquica del individuo que delinque; su conocimiento, formulado en términos de exigencia de cuidado (imperativo hipotético)¹⁷¹; y la exigibilidad de una conducta conforme a Derecho; todas cuestiones que operan, en un nivel lógico, como condiciones habilitantes para una correcta adscripción de culpabilidad como falta reprochable de motivación por el Derecho, en tanto que conectan a la culpabilidad con atributos o cualidades psíquicas del individuo.

¹⁷⁰ En estos términos se pronuncia MAÑALICH (2011), p. 94.

¹⁷¹ En términos de Kindhäuser, la norma de cuidado es un imperativo categórico y la exigencia de cuidado un imperativo hipotético, “que sólo tiene que ser seguido bajo la condición de que alguien quiera estar en posición de seguir un imperativo categórico”. KINDHÄUSER (2013), p. 225.

En cuanto a la constitución psíquica de los individuos objeto de adscripción de culpabilidad, nuestro Código Penal fija, en su art. 10 números 1 y 2, causales absolutas de inimputabilidad, dentro de las que podemos encontrar a la privación del uso de razón (loco o demente) y a la minoría de edad. Según será tratado en profundidad en el segundo capítulo de esta obra, la fijación de un límite de edad para la imputabilidad penal no es una mera convención arbitraria. Antes bien, desde la psicología evolutiva podemos legitimar el hecho de que los mayores de edad, en general, tienen suficientemente desarrollado el pensamiento formal para realizar operaciones lógicas de subsunción (cuestión necesaria para identificar a un comportamiento propio como delictivo); y el pensamiento moral para acceder al contenido de las convenciones morales-al menos las más básicas y constitutivas de la sociedad, y que se encuentran expresadas en muchas normas penales-, de manera de poder motivarse correctamente por los mensajes contenidos en dichas normas^{172/173} Además, la

¹⁷² Por todos, COLEMAN (1995), pp. 57-60, quien expone, siguiendo la clasificación hecha por Kohlberg, que las etapas del pensamiento concreto y formal se corresponden (tienen relación con) los estadios del desarrollo moral, y éstos, a su vez, constituyen condición necesaria del comportamiento efectivo del individuo relacionado con problemas morales (también influirían variables como el conocimiento moral, el grado de socialización, la empatía y el nivel de autonomía alcanzado por el sujeto). Así, alcanzar el desarrollo del pensamiento formal implica, al menos en acuerdo de la mayoría, encontrarse en el estadio post-convencional de desarrollo moral, ligado con la orientación de la acción según principios éticos universales, y bajo la

mayoría de edad asegura, de ser cierto lo antes planteado, un nivel de autocontrol volitivo sustentado en la comprensión de la moral social ínsita en las normas de conducta. De este autocontrol depende, en último término, la operatividad del “superyo” como órgano de control de nuestras emociones y de adecuación de nuestra conducta a las exigencias del mundo social, conforme a la internalización de “estereotipos” -al grado de socialización alcanzado- y al nivel de empatía desarrollado por el sujeto¹⁷⁴. Demás está decir que quienes se encuentran privados de razón al momento de comisión del hecho ilícito carecen de uno de los requisitos básicos para la adscripción razonable de estados

consciencia de ser la sociedad un acuerdo ventajoso para todos (contrato social). Y en cuanto al desarrollo del pensamiento formal, al menos de los estudios citados por Coleman, podemos colegir que la edad en que éste es alcanzado en su estadio de desarrollo temprano es entre los 12 y 16 años, y que a los 16 años de edad sólo una minoría alcanza el pensamiento formal avanzado, necesario para guiar la acción por principios éticos universales y para entender a la sociedad como una empresa cooperativa, cuestiones todas que subyacen a la pena como expresión de reproche. Los estudios a los que se hace mención pueden encontrarse en COLEMAN (1995), pp. 46-50. Que lo anterior sea plausible científicamente, puede legitimar el hecho de que el Derecho penal ordinario (el regulado en el Código penal), sólo sea aplicable a mayores de 18 años.

¹⁷³ Lo anterior quiere decir que hay muchas normas penales que expresan convenciones morales no autoevidentes para un lego, de manera que en normas penales específicas (como aquellas que regulan la responsabilidad penal de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones) debería operar con mayor laxitud la valoración del error de prohibición.

¹⁷⁴ Sobre la operación del superyo, *infra*, pp. 132 y ss.

mentales, cuestión que a su vez es condición para la utilización lingüística de predicados de intencionalidad.

Pero un nivel adecuado de desarrollo de estos caracteres no asegura, en todo caso, la correcta motivabilidad de un sujeto por la norma de conducta. En efecto, la falta de acceso efectivo al contenido de la norma, en ausencia de concurrencia de una infracción a la exigencia de cuidado de ponerse en situación de poder acceder a dicho conocimiento normativo, excluye el reproche penal del que depende la imposición de la pena. Es lo que conocemos, dogmáticamente, bajo el nombre de “error de prohibición invencible”.

Por último, que el sujeto objeto de adscripción de culpabilidad cumpla con los dos supuestos antes expuestos (suficiente configuración psíquica y acceso efectivo al contenido de la norma de conducta –o, en caso de faltar dicho conocimiento, que ello se deba a un incumplimiento de la exigencia de cuidado que permite al sujeto estar en posición de poder seguir la norma de conducta-) no asegura una justa atribución de responsabilidad jurídico-penal, si ello no se trata de una conducta exigible. Esto es lo que conocemos como “causas de exculpación”, cuya concurrencia implica una falta de exigibilidad situacional de una motivación conforme a la norma por no poder esperarse un sacrificio personal extraordinario de quien realiza el tipo penal.^{175/176}

¹⁷⁵ En el mismo sentido, MAÑALICH (2011), p. 97.

2.2.3. El principio de merecimiento como criterio legitimador de la imposición de la pena.

Que la condición de persona y la libertad de la voluntad –con los correspondientes criterios formales de constitución psíquica suficiente y autocontrol volitivo que operan como garantía de una voluntad capaz de constituirse libremente- den lugar a la posibilidad de adscribir responsabilidad a un sujeto por sus actos, es corolario de la asunción de su dignidad personal, que en cuanto tal hace al agente merecedor de ser tratado, en un plano de igualdad, conforme a sus acciones voluntarias.¹⁷⁷

¹⁷⁶ Para Roxin, en último término, todas las hipótesis de exención de responsabilidad pueden explicarse en términos preventivos, y no en una carencia de motivabilidad conforme a la norma de conducta. ROXIN (1981), pp. 72-80.

¹⁷⁷ Así, PAWLIK (2010a), p. 99; NINO (1989), pp. 287 y ss. ALBRECHT (2013), p. 18, apunta a la dignidad de la siguiente manera: “La garantía de los derechos humanos se basa en la comprensión antropológica de que todas las personas –libres o privadas de libertad- tienen los mismos derechos por el solo hecho de ser personas. Se trata de las libertades fundamentales y los derechos innatos, inviolables e inalienables que corresponden a todo individuo, por el hecho de ser persona. El primer principio que puede derivarse de los Derechos Humanos es la dignidad humana”. BUSTOS (1992), p. 5, señala que conforme al principio de la dignidad humana toda persona tiene derechos y obligaciones, toda persona es autónoma, y por tanto responsable de sus actos, capaz de dar respuesta a determinadas exigencias (en este caso normativas).

Lo anterior implica, pues, que en el marco del Derecho penal la responsabilidad debe erguirse conforme al criterio del merecimiento. Ello garantiza que el argumento no quede expuesto a la “objeción kantiana” de utilizar a los sujetos como medios (como objetos de táctica social) y no como fines.

Por lo mismo, en nuestra propuesta, el merecimiento, y su derivado -que es la culpabilidad- opera como condición necesaria y suficiente del castigo penal.¹⁷⁸ Lo anterior redundaría en que los efectos preventivos de la imposición de la pena solo puedan ser caracterizados en términos de externalidades positivas, pero no como criterios de legitimación.¹⁷⁹ De esta forma, en aquellos casos en que se puede adscribir culpabilidad, pero no existen necesidades preventivas en la imposición de la pena, de todas maneras debe imponerse un castigo penal, pues es el merecimiento el único criterio que justifica su imposición.¹⁸⁰

¹⁷⁸ MOORE (1993), p. 16, estima que éste es un rasgo distintivo del retribucionismo.

¹⁷⁹ En el mismo sentido, MOORE (1993), pp. 15-16.

¹⁸⁰ En contra, ROXIN (1981), p. 103; p. 155, para quien la culpabilidad, dentro de una comprensión unilateral de ésta, es solo condición necesaria, mas no suficiente del castigo. De esta forma, la pena a imponer, dentro del marco de la culpabilidad, debe satisfacer solamente exigencias preventivo-especiales, ya que la pena adecuada a la culpabilidad, incluso la impuesta en su grado mínimo, cubre las necesidades de prevención general. Luego, de no existir necesidades preventivas (ni especiales ni generales), el castigo deviene innecesario, aun cuando concorra culpabilidad. ROXIN (1981), p. 189, lo expone del siguiente modo: “La pena

Lo antes dicho se deja observar con mayor claridad si tratamos al delito como un injusto ciudadano, en virtud del cual el concreto actor impone una específica racionalidad –diversa de la hegemónica- con pretensiones de universalización, a pesar de ser partícipe de la constitución de las instituciones sociales. Su dignidad inmanente en cuanto persona, hace que la imposición de la pena lleve implícita el reconocimiento de su dignidad. Dicho en términos *hegelianos*, la pena deviene en un derecho del delincuente a ser tratado como ser racional conforme a la ley que él mismo expresa a través de su acto¹⁸¹. Luego, “[q]ue en esta desaprobación hay un reconocimiento se sigue necesariamente de la suposición de que el reproche y la pena deben ser merecidos, que es el núcleo de la exigencia de la culpabilidad.”¹⁸² Lo anterior, finalmente, es lo que caracteriza a la propuesta del retribucionismo.

Pero, ¿qué característica tiene el merecimiento que lo hace ser un criterio de justificación necesario y suficiente para la imposición de una pena?

estatal es exclusivamente una institución humana creada con el fin de proteger a la sociedad y no puede, por consiguiente, ser impuesta si no es necesaria por razones preventivas”.

¹⁸¹ HEGEL (1988), §100.

¹⁸² MAÑALICH (2005), p. 75.

Lo que distingue al retribucionista, según Michael Moore, es el hecho de que considera al merecimiento como un bien intrínseco dentro de la institución del castigo.¹⁸³ Quiere decir esto que el merecimiento se justifica en sí mismo, y no en referencia a otros bienes valiosos que su aplicación produzca.

Para justificar la corrección moral del principio de merecimiento, Moore recurre a la distinción entre bienes primarios –aquellos que se justifican como inferencias abductivas¹⁸⁴ de principios más particulares- y todos los otros principios –a los que llama principios secundarios-.¹⁸⁵ En esta propuesta, la mejor forma de explicar la validez de un principio –digamos primario- es a partir de características comunes de diversos juicios particulares que entendemos por correctos. La corrección de estos juicios particulares y del principio general, por

¹⁸³ MOORE (1993), p. 20.

¹⁸⁴ El razonamiento abductivo se diferencia tanto del razonamiento deductivo como del razonamiento inductivo. Por ejemplo, una estructura de razonamiento deductivo atinente a nuestro trabajo sería la siguiente: “principio general: toda acción mala merece castigo; caso particular: matar es una acción mala; conclusión: matar merece castigo”. Como se observa, la validez de la conclusión se desprende directamente de la validez del principio general y de la subsunción del caso particular en éste. En cambio, bajo los mismos supuestos, una estructura de razonamiento abductivo sería la siguiente: “principio general: toda acción mala merece castigo; caso particular: matar merece castigo; conclusión: matar es una acción mala”. En el razonamiento abductivo, la validez de la conclusión se deja explicar por la validez del principio general, e independientemente, del juicio particular.

¹⁸⁵ MOORE (1993), p. 23.

cierto, de forma separada se justifican intuitivamente, pero es su operación conjunta lo que les otorga validez definitiva.

La forma del argumento de Moore puede ser descrita de la siguiente manera: que en diversos juicios particulares se encuentre una característica común de merecimiento a ser abstraída, permite universalizar un juicio que señale que en cualquier momento en que estos aspectos se presenten la sanción será obligatoria.¹⁸⁶ Así, lo que los juicios particulares nos señalan, en sentido estricto, no es que un sujeto que ha causado un daño culpablemente merezca ser castigado, sino solo que debería ser castigado. Y la característica común a todos estos juicios particulares en que estimamos que un sujeto debería ser castigado, parece encontrarse, según el autor, en el merecimiento.¹⁸⁷

El merecimiento, para Moore, tiene dos aspectos esenciales en su concepto: primero, la conducta incorrecta, es decir, aquella acción voluntaria que provoca un estado de cosas prohibido, *prima facie*, por una norma moral, y

¹⁸⁶ MOORE (1993), p. 28.

¹⁸⁷ MOORE (1993), p. 29-31. Moore estima que los principios morales primarios sólo pueden ser justificados de esta manera, y no deductivamente –pues no hay principios más generales de los que puedan ser deducidos-, ni ser tenidos por “auto-evidentes”.

no justificado, *prima facie*, por una norma de justificación moral¹⁸⁸; y segundo, en el merecimiento debe encontrarse presente la culpabilidad, entendida como la conexión entre un estado mental (intención) y la ausencia de excusa para la producción intencional del estado de cosas proscrito por la norma moral.¹⁸⁹

El principio retributivo puede ser entendido como un ejemplo del principio más general de merecimiento. Según Moore, lo anterior proviene del hecho de que “[t]odos tenemos deberes primarios para no hacer los tipos de actos que, *malum in se*, la ley criminal prohíbe. También tenemos deberes secundarios que permiten que se nos haga sufrir en caso de que violemos esos deberes primarios. El catalizador de estos deberes secundarios es, nuevamente, nuestra culpabilidad al violar los deberes primarios que definen los crímenes.”¹⁹⁰

¹⁸⁸ MOORE (1993), p. 30.

¹⁸⁹ MOORE (1993), p. 33.

¹⁹⁰ MOORE (1993), pp. 32-33. En estos términos, Moore cree que el principio general del merecimiento permite ser justificado a partir de la asunción de la existencia de lo que él llama “derechos y deberes primarios” y “derechos y deberes secundarios”. Así, “yo tengo un deber primario de no romper (la mayoría de) mis promesas y otro deber primario de no lesionar o asesinar (a la mayoría de) las personas; y tengo el derecho primario de apropiarme (de la mayoría de) los frutos de mi propio trabajo.” Luego, en relación con estos deberes y derechos primarios, tengo deberes y derechos secundarios, como por ejemplo “el deber de ejecutar mi promesa, aun tardíamente, o de cualquier forma disponer con quien comprometí que se encuentre en tan buena posición como la hubiere tenido si hubiese mantenido mi promesa;

Que el principio general de merecimiento se asocie directamente con nuestra intuición en juicios particulares de castigo, es expuesto por Moore en los siguientes términos: “[l]as propiedades de la incorrección y culpabilidad causan que la mayoría de nosotros creamos que, cuando hemos hecho mal culpablemente, tales actos son malos y que somos culpables. Dado que el deber de sufrir fue traído por nuestro mal actuar culpable, nuestra creencia de que somos culpables incluye una creencia de que debemos sufrir (esto es, ser castigados).”¹⁹¹ Estas intuiciones, por cierto, rebasan un criterio de merecimiento meramente institucional –o de expectativas institucionalmente legítimas-, no obstante deber aplicarse, en el contexto del Derecho penal, en supuestos institucionales.

tengo el deber de corregir la injusticia que he causado al lesionar o asesinar a alguien ejecutando enmiendas en cualquier forma que pueda, incluida la compensación; y – respectivamente- tengo un derecho sobre cualquiera que me prive de los frutos de mi trabajo tanto a que me los devuelva o pague su valor en caso que no pueda devolverlos (...) Idiomáticamente realizamos estos juicios de ‘deber’ utilizando el vocablo ‘merecido’: aquel que rompe su promesa merece sanciones contractuales en su contra, el infractor merece leyes que sancionen su agravio, y el trabajador que crea algo (trabajo) merece que cualquier incidente sobre su autoría en esa cosa sea distinguido con derechos de propiedad”.

¹⁹¹ MOORE (1993), p. 42.

El razonamiento abductivo aplicado por Moore para justificar la corrección del principio general de merecimiento, admite ser redescrito como la aplicación del método del equilibrio reflexivo *rawlsiano*. En efecto, lo característico de este método, que Rawls utiliza para justificar lo que él llama una “teoría de la justicia”, es que “debemos empezar al mismo tiempo con principios generales que sean aceptables *prima facie* y con la masa de juicios morales detallados también aceptables *prima facie* con la intención de ajustarlos, allí donde no concuerden por completo, hasta que se alcance el más satisfactorio y coherente de los compromisos.”¹⁹²

Entonces, nuestro principio general de merecimiento, conforme al cual ningún individuo puede sufrir la imposición de una sanción de la cual no es merecedor, admite compatibilizarse coherentemente con nuestros juicios particulares, cuya característica común para fundamentar la punición parece ser el criterio del merecimiento. Esto permite objetar la justificación puramente prevencionista de la pena, bajo el argumento de reducción al absurdo.¹⁹³ Así,

¹⁹² MACKIE (1993), pp. 120-121. RAWLS (2006), p. 32, describe el equilibrio reflexivo como un método que “[e]s un equilibrio porque finalmente nuestros principios y juicios coinciden; y es reflexivo puesto que sabemos a qué principios se ajustan nuestros juicios reflexivos y conocemos las premisas de su derivación.” Se trata, en definitiva, de lograr una visión coherente de ajuste entre diversas consideraciones, desechando la idea de la existencia de principios “auto-evidentes”.

¹⁹³ MOORE, Michael. *Placing Blame*, 1997, p. 95. Citado por MAÑALICH (2007), p. 127.

“[[]a premisa mayor del argumento consiste en la proposición, definitoria de una teoría prevencionista de la pena, de que ésta ha de ser impuesta si y sólo si ello produce una ganancia social neta. La segunda premisa está constituida por la proposición de que en el caso particular la punición de un inocente produciría una ganancia social neta. La tercera premisa reproduce el juicio moral conflictivo, que señala que la pena no debería imponerse a un individuo que no es culpable. La conjunción de las tres premisas produciría, entonces, una conclusión contradictoria: la pena debería y no debería imponerse.”¹⁹⁴

Pero Moore también critica a las teorías combinatorias de la pena, como la de Roxin¹⁹⁵. En efecto, el autor propone imaginarse un caso en que ninguna razón de utilidad pudiera ser aducida para justificar la imposición de una pena, por ejemplo, porque el asesino ha encontrado a Jesucristo y ya no resulta peligroso (prevención especial), o porque el delito ha pasado inadvertido de manera que ninguna consideración de prevención general podría invocarse.¹⁹⁶

¹⁹⁴ MAÑALICH (2007), pp. 128-129.

¹⁹⁵ MAÑALICH (2007), pp. 133-134.

¹⁹⁶ Moore también expone una variación de un caso real, el cual trata sobre un sujeto a quien se imputan delitos de violencia sexual y robo. En efecto, el autor propone imaginar que el acusado sufre un accidente que socava las bases fisiológicas de sus deseos sexuales e impulsos agresivos; que recibe una herencia millonaria, lo que hace altamente improbable que vuelva a cometer delitos contra la propiedad; y por último que resulta posible fingir que el sujeto es

Conforme a una teoría mixta o combinatoria de la pena, la conclusión tendría que ser que el sujeto no debería ser sancionado, por no existir exigencias de prevención que lo hagan necesario. Lo anterior, para Moore, conduciría a un nuevo argumento de reducción al absurdo, cuya premisa mayor dirá que la pena sólo puede ser legítimamente impuesta en la medida que se obtenga con ella un beneficio total neto dentro de la medida de merecimiento del penado; cuya segunda premisa señale que en el caso concreto la imposición de la pena no produciría un beneficio social neto; cuya tercera premisa recoja el juicio moral (intuitivo) de que el sujeto sí debe ser sancionado (pues es susceptible de adscribirse culpabilidad); y cuya conclusión consista en que la pena debe y no debe ser impuesta. Luego, la única forma de evitar la conclusión contradictoria sería renunciar a la teoría combinatoria o mixta.¹⁹⁷

sancionado sin que de hecho lo sea, para que así se satisfaga cualquier necesidad de prevención general que pudiera venir en consideración. MAÑALICH (2007), p. 134.

¹⁹⁷ MAÑALICH (2007), p. 134. Una célebre defensa de una “teoría combinatoria” de justificación de la pena, en que confluyen culpabilidad y criterios preventivos, puede verse en ROXIN (1981), pp. 71-72; 103. En efecto, para este autor la culpabilidad es condición necesaria (límite), pero no suficiente de la imposición de la pena (concepto unilateral de culpabilidad). Luego, existe una categoría más amplia, denominada por Roxin “responsabilidad”, que engloba requerimientos de tipo preventivos (especial y prevención integradora) y el requisitos de culpabilidad. Este último, en efecto, operaría como límite, estableciendo, primero, que no se puede castigar a un sujeto no culpable (el razonamiento, con todo, no aplica en sentido contrario, pues en la tesis de Roxin puede no castigarse a un sujeto culpable de no existir necesidades preventivas que prescriban

De esta manera, bajo estas premisas, solo la justificación retribucionista logra ser coherente con nuestras intuiciones básicas, ancladas en nuestras prácticas sociales de merecimiento, tanto en juicios particulares como en la forma de juicio universal.

Lo anterior, por cierto, no excluye la validez de lo que Von Hirsch llamara “razones prudenciales” implícitas en la amenaza de la imposición de una sanción penal.¹⁹⁸ En efecto, y como se desarrollará más adelante¹⁹⁹, las razones prudenciales tienen por objeto otorgar un desincentivo adicional al ejercicio de la racionalidad estratégica incompatible con la libertad de terceros, atendida la falibilidad humana en el cumplimiento de las obligaciones morales. Con todo, estas razones prudenciales, cuyo fundamento radica en la posibilidad de convivencia pacífica de ámbitos de racionalidad diferentes, según los ejercicios mentales expuestos anteriormente, no pueden operar a nivel de justificación de imposición de la pena-como fundamento de su imposición-, pues

el castigo), y segundo, estableciendo un marco (de mínimos y máximos) en que el juez puede moldear la medida de la pena en atención a criterios de prevención especial, entendiendo que la ley no prescribe un criterio de prevención general intimidatorio, y que la pena adecuada a la culpabilidad, aunque sea en su grado mínimo, siempre servirá a la prevención integradora (prevención general positiva).

¹⁹⁸ VON HIRSCH (1998), p. 40.

¹⁹⁹ *Infra*, pp. 158 y ss.

nuestras intuiciones más básicas se encuentran ancladas, en último término, sobre el principio de merecimiento.

En lo antes dicho, así, ya viene implícito el sentido de lo que Mackie llamara “moral en sentido estricto”, que establece como función primordial de la moral el establecimiento de restricciones mutuas ante eventuales violaciones de ámbitos de libertad ajenos.²⁰⁰

Con todo, en esta construcción lógica resta por dar un paso, pues no obstante poder justificarse –desde la perspectiva de los ciudadanos- el castigo conforme a los criterios formales de culpabilidad a que hemos hecho referencia, el principio de culpabilidad requiere justificarse, a su vez, sobre un criterio de justicia aplicable a las normas de comportamiento institucionalizadas penalmente, pues no podemos adscribir culpabilidad –y por ende merecimiento- a alguien que quebranta normas injustas.²⁰¹

²⁰⁰ MACKIE (2000), p. 185.

²⁰¹ De hecho sí podemos hacerlo, pero quedaría la sensación de que la justicia retributiva opera con total independencia de la justicia distributiva reflejada en las normas penales, de manera que el Derecho penal devendría en un puro ejercicio de coacción. Ello muestra que las expectativas institucionales no son legítimas *per se*, sino que, en todo caso, requieren hacer referencia a criterios de justicia preinstitucionales y procedimentales. Ello será abordado en profundidad en lo que sigue.

3. Criterios materiales de legitimación de la imposición de la pena.

La pena, en una sociedad democrática y secularizada, no se impone por el mero hecho de la contravención voluntaria de una norma obligatoria por parte de un sujeto capaz de ser objeto de adscripción de responsabilidad penal. Además, la sanción se legitima en el plano comunicativo, en cuanto reacción institucional ante un acto previo de un agente descriptible como defectuoso. Ello, que denominaremos “criterios de culpabilidad material”, es lo que otorga contenido intersubjetivo al reproche penal en el contexto institucional en que se desenvuelve la punición.²⁰²

3.1. El delito como falla personal. La expresión de falta de sentido de la justicia.

En primer término, lo importante es entender que cualquier criterio de merecimiento penal es reconducible al análisis de la justicia de las instituciones –en particular, en este caso, del Derecho penal-, pues intuitivamente

²⁰² En sentido similar se pronuncia BUSTOS (2004), p. 721, quien señala que “la discusión sobre la imputabilidad o inimputabilidad no se puede dar en términos naturalísticos o simplemente de una mixtura de estos elementos con otros de carácter valorativos. La problemática de la imputabilidad es primeramente una cuestión a resolver desde un punto de visto político jurídico.”

consideramos justa una pena legal en la medida que el acto que la motiva sea moralmente defectuoso.²⁰³ Lo anterior obliga a la búsqueda de un argumento inteligible de justificación de las instituciones para los sujetos sometidos al poder estatal, en tanto finalmente puedan considerar como justas las intromisiones en sus círculos personales de racionalidad instrumental o estratégica.

Si entendemos a la sociedad como una empresa cooperativa, el delito expresaría un déficit de disponibilidad de colaboración.²⁰⁴ Dicho en otros términos, si la sociedad expresa un estándar de acuerdo ventajoso para todos – bajo una formulación contractualista de la justificación de las instituciones-, quien incumple dicho acuerdo expresaría un déficit de sentido de la justicia, comportándose como un *free rider*. Un *free rider*, en la terminología propuesta, es aquel sujeto que del quebrantamiento de un acuerdo obtiene una doble ventaja: la ventaja del cumplimiento generalizado, y la ventaja individual que

²⁰³ En otras palabras, “los ciudadanos no tienen una obligación de obedecer al derecho sólo porque sea derecho: la normatividad del derecho sólo puede fundarse en la moralidad del derecho (...)”. MAÑALICH (2007), p. 182.

²⁰⁴ En este sentido, PAWLIK (2010a), p. 127, quien entiende ese déficit de disponibilidad de colaboración como característico del injusto penal, y no como algo que se añada a partir del criterio de culpabilidad.

reporta el incumplimiento como ejercicio de racionalidad instrumental.²⁰⁵ Esto, por cierto, expresaría una falta de sentido de la justicia –bajo la asunción que las instituciones pueden ser justificadas como justas- merecedor del reproche contenido en la pena.²⁰⁶

Con todo, no entendemos que el criterio de merecimiento se encuentre ligado meramente a las demandas o expectativas institucionales legítimas que pueden hacer los ciudadanos en el esquema distributivo, como parece proponerlo Rawls.²⁰⁷ Por lo mismo, nos parece problemática, *prima facie*, la

²⁰⁵ En este sentido, KINDHÄUSER (2009), p. 22. Bajo el conocido dilema del prisionero, ante situaciones de incertidumbre en el cumplimiento de un acuerdo por parte de otros, siempre será más ventajoso individualmente incumplir el acuerdo. Con todo, la situación ante el incumplimiento generalizado siempre será peor que aquella en que todos cumplen las condiciones del acuerdo. Lo anterior probaría, argumentativamente, la inestabilidad inmanente en el cumplimiento de las normas penales, en cuanto lugar de contactos anónimos en que desconocemos la disposición al cumplimiento de los demás. Esto justificaría el reforzamiento de las normas de conducta por medio de las respectivas normas de sanción. Una exposición clara del dilema del prisionero puede encontrarse en MACKIE (2000), p. 130.

²⁰⁶ KINDHÄUSER (2009), p. 17. Es más, el sentido de la justicia es constitutivo del propio concepto de persona moral, en cuanto la justicia es la norma para las relaciones interpersonales. Así, DENNET (1989), p. 30. En el mismo sentido RAWLS (2006), p. 17, para quien la justicia es la primera virtud de las instituciones.

²⁰⁷ RAWLS (2006), p. 63, señala que “[e]l carácter público de las reglas de una institución asegura que quienes participan en ella sepan qué limitaciones de conducta pueden esperar

justificación de la institución del castigo penal en una sociedad en que la participación en los beneficios de la cooperación es desigual.

Para comenzar a dilucidar este problema, partiremos de una premisa: el uso ético del término “bueno” no implica la evocación de valores objetivos, sino sólo de una pretensión de objetividad.²⁰⁸ Lo anterior explica que la justificación de la justicia de las instituciones, por lo pronto, no esté sujeta a una limitación material, pero sí a una formal: cualquier prescripción sinceramente universalizable es un juicio moral siempre y cuando se esté dispuesto a aplicarla a los demás como a sí mismo, aun cuando ello sea individualmente desventajoso.²⁰⁹ Esto, pues, es lo que otorga contenido a las expectativas institucionalmente ligadas y por ende a las actitudes reactivas implicadas ante el incumplimiento de los acuerdos sociales.

Ergo, lo anterior aún no nos faculta para criticar la justicia de las instituciones vigentes en un momento determinado, pues parece, más que eso, una mera constatación de cómo la institucionalidad funciona estableciendo expectativas recíprocas de conducta.

unos de otros y qué acciones son permisibles”. Una interpretación similar de la teoría *rawlsiana* del merecimiento podemos encontrarla en GALLEGO (2013), p. 3.

²⁰⁸ Así, MACKIE (2000), pp. 71-72.

²⁰⁹ En sentido similar, MACKIE (2000), p. 98.

Un buen argumento a este respecto, creemos, viene desde la ética discursiva *habermasiana* y la diferenciación entre facticidad y validez²¹⁰. En efecto, para Habermas lo fundamental es que el individuo deba considerar legítima a la norma por el solo hecho de su vigencia –con independencia de su contenido-, lo cual es corolario de la función mediadora que cumple el Derecho entre facticidad y validez.²¹¹ Para darse lo anterior, debe existir un ensamble entre Derecho positivo y legitimidad comunicativa, de manera que las condiciones materiales que conviertan a la norma en Derecho positivo posibiliten al individuo concebirse como autor material de la misma. Dichas condiciones, pues, no son otras que la más plena vigencia de los derechos fundamentales, tanto en la esfera pública como privada del individuo, las cuales hacen materialmente posible la participación (al menos eventual) en el proceso de deliberación que precede a la creación de las normas, de manera que el

²¹⁰ HABERMAS (1998), pp. 63-103.

²¹¹ La teoría *habermasiana* distingue entre un “mundo de la vida”, en que se desarrolla plenamente la acción comunicativa, y una dimensión denominada “sistema”, en que prima la racionalidad instrumental-estratégica y en la cual se reproducen las condiciones de la sociedad por medio del aparato administrativo y económico, siendo el Derecho mediador entre estas dos dimensiones. El Derecho es, en efecto, el aparato que transforma el lenguaje propiamente comunicativo del mundo de la vida en el lenguaje estratégico del Estado administrativo y de la economía. HABERMAS (1998), pp. 83 y ss. HABERMAS (1992), pp. 169 y ss.

resultado de ese proceso, con independencia del concreto contenido, exprese el punto de vista del bien común.²¹²

En el modelo *rawlsiano* se da una propuesta similar, pero con menor rendimiento teórico. En efecto, en el esquema cooperativo que representa la sociedad para este autor, el diseño institucional es cargado con la tarea de contrarrestar la externalidad negativa que implica el ejercicio egoísta de las propias facultades en la búsqueda del autointerés (cuestión central en el concepto de persona de Rawls).²¹³ El contrapeso a la lógica de la racionalidad estratégica viene de la mano del concepto de “razonabilidad”, que podría conceptuarse como la disposición de los sujetos (razonables) a proponer principios y normas como términos justos de cooperación y cumplir con ellos de buen grado, si se les asegura que las demás personas harán lo mismo.²¹⁴

Rawls pretende, así, una separación marcada entre la esfera privada y la esfera pública de los individuos, siendo la primera en donde la razonabilidad se manifiesta, expresando los sujetos las reclamaciones que como ciudadanos se hacen entre sí, por medio de la invocación de sus respectivos puntos de vista.

²¹² HABERMAS (1998), pp. 88 y ss. Una interpretación similar podemos encontrarla en COUSO (2009), p. 170.

²¹³ GALLEGO (2013), p. 12. Sobre su concepto de persona, RAWLS (1995), pp. 51 y ss.

²¹⁴ RAWLS (1995), pp. 67-71. GALLEGO (2013), p. 15.

En la esfera pública, en cambio, los sujetos realizan el consenso, el acuerdo, estableciendo una alternativa al problema de la estabilidad, compatible con el pluralismo en las sociedades modernas. El pluralismo, luego, se manifiesta a través del principio de neutralidad en la esfera privada de los sujetos.^{215/216}

El problema de la teoría *rawlsiana*, como apunta Habermas, es que en último término pretende que una concepción pública de la justicia pueda obtener su autoridad moral de razones no públicas. Para llegar a un acuerdo dentro de un contexto de pluralismo, pues, parece necesaria una “tercera perspectiva”, más allá de la del observador y del partícipe, que las incluya a todas en conjunto, para lograr un pacto en base a razones públicas, por medio de la revisión de la rectitud del proceso por el que se logra el acuerdo entre las respectivas cosmovisiones contrapuestas. Ello, por cierto, exige más de lo que la propuesta de Rawls puede ofrecer.²¹⁷

²¹⁵ Sobre el consenso trasladado, RAWLS (1995), pp. 137 y ss. GALLEGO (2013), p. 18.

²¹⁶ Una propuesta interesante sobre el pluralismo como problema irresoluble de las sociedades modernas, manifestado en el principio de incertidumbre, podemos encontrarla en BERGER, Peter. El pluralismo y la dialéctica de la incertidumbre. [En línea]: <http://www.cepchile.cl/dms/archivo_1864_242/rev67_berger.pdf> [Consulta: 19 de enero de 2015], pp. 3-11. El pluralismo para este autor es un problema, pues estaría en la naturaleza humana el querer tener certezas.

²¹⁷ Así, GALLEGO (2013), p. 32.

La clave para superar este problema, creemos, se encuentra en la comprensión de la coexistencia entre autonomía pública y privada, en donde ambas se condicionan recíprocamente.

En efecto, como expone Gallego²¹⁸, el punto de partida *habermasiano* está en asumir la cooriginalidad de las autonomías pública y privada, distinguiendo, a partir de una interpretación republicana de la filosofía política *kantiana*, entre autonomía como libertad de elección y autonomía colegisladora. Lo anterior hace resaltar, en primer término, la importancia de lograr acuerdos discursivos en democracia, en cuyo contexto es crucial el reconocimiento del derecho como medio regulador de la vida en común, y la existencia de un criterio de legitimación socialmente compartido en que los partícipes de la deliberación, en igualdad de condiciones, puedan libremente consentir.

En segundo lugar, para Habermas la Constitución tiene una vinculatoriedad transgeneracional, enfatizando, para justificar lo anterior, en la propiedad prescriptiva de la Constitución democrática (con todo, para el autor es la misma Constitución la que otorgaría los derechos necesarios para que futuras generaciones actualicen la sustancia normativa parcialmente revelada). Luego, el momento de origen constitucional es una instancia ideal de habla, que da origen a un catálogo de derechos básicos provenientes de la elaboración

²¹⁸ GALLEGO (2013), pp. 23-25.

autónoma del derecho a la libertad de acción, derechos políticos y derechos que aseguren la igual protección ante las leyes.

En último término, se deben incluir derechos básicos a una igual oportunidad de participación en el proceso político de formación de la ley, que emerjan del momento constituyente.

Así, que el catálogo de derechos surja del momento constituyente, y que incluya tanto a la libertad de acción como de participación política, apoya la concepción de la cooriginalidad de ambos ámbitos de autonomía propuesta por Habermas.

Entonces, en la teoría *habermasiana*, la validez de las normas viene dada por la rectitud del procedimiento democrático, y dicha rectitud es amparada por la más plena vigencia de los derechos, tanto en la esfera pública como privada, asegurada por el momento constituyente como situación ideal de habla. Dicho en otros términos, ambas dimensiones de la autonomía se requieren mutuamente y operan como garantes de la corrección del contenido de las normas –en tanto expresión de genuinos acuerdos-.

De esta forma, lo relevante es destacar que los sujetos, en su faz de autonomía pública –en cuanto partícipes del proceso político- se deben

deshacer de su rol de sujetos privados, o dicho en otros términos, no les está permitido comportarse, en esta dimensión, como agentes puramente orientados al éxito. Ello, en lo posible, acerca el esquema político a uno voluntario, lo que se puede observar en la más plena vigencia de dos principios discursivos: “[u]no se refiere a la validez de las normas generadas en ellos [los discursos]; el otro se refiere a las condiciones de argumentación dentro de los mismos. El principio de la ética discursiva postula que una norma generada en un discurso sólo puede aspirar a obtener validez si puede suscitar la aprobación voluntaria de todos quienes participen en el discurso; el principio de universalización dispone que una argumentación será válida sólo en la medida en que las consecuencias que se sigan del acatamiento general de la norma a que ha dado origen tal argumentación puedan ser aceptadas por todos los afectados (...) Para ello es fundamental que el discurso se desarrolle sin coacciones y con igualdad de oportunidades para que todos aporten sus pretensiones (lo que Habermas (...) denomina ‘situación ideal de habla’).”²¹⁹

²¹⁹ GALLEGO (2013), pp. 12-13. En la propuesta de RAWLS (2006), p. 26, “una sociedad que satisfaga los principios de justicia como imparcialidad se acerca en lo posible a un esquema voluntario, ya que cumple con los principios que consentirían personas libres e iguales en condiciones que son imparciales”, todo bajo presupuestos de operatividad del “velo de la ignorancia”, que garantizaría la imparcialidad en el resultado del acuerdo en la “posición original” (símil de la “situación ideal de habla” de Habermas). Ya señalamos más arriba nuestras críticas a la postura *rawlsiana*, en cuanto intenta derivar la autoridad moral de una concepción pública de justicia de razones que, en última instancia, no son públicas. Por cierto, la

Con todo, si queremos que esta exposición sea consistente, debemos asumir que en la dimensión institucional –que es aquella en que como sujetos individuales nos relacionamos con las instituciones- es necesaria la adopción de una postura que abogue por un “deber natural de justicia” de los sujetos para con estas últimas, en el sentido que lo relevante sea la posesión de una capacidad crítica frente a las instituciones, sin que ello implique la facultad para incumplir con sus prescripciones –pues el deber natural de justicia implica un deber de compromiso con la institución respectiva.²²⁰ Por lo mismo, expone Gallego, el punto crucial de la teoría *habermasiana* está en la “expectativa de que las reglas de lo jurídico y lo político fácticamente estén, y que normativamente deban estar, sujetas a constante y perpetua discusión, evaluación y transformación por las reglas de la vida social.”²²¹

justificación voluntarista del Estado ya podemos encontrarla en Kant. Para este autor, el contrato originario “se trata de una *mera idea* de la razón que tiene, sin embargo, su indudable realidad (práctica), a saber, la de obligar a todo legislador a que dicte sus leyes como si éstas *pudieran* haber emanado de la voluntad unida de todo un pueblo (...) Si esa ley es de tal índole que resultara *imposible* a todo un pueblo otorgarle su conformidad (...), entonces no es legítima (...).” KANT (1986), p. 37.

²²⁰ GALLEGO (2012), pp. 167-168.

²²¹ GALLEGO (2013), p. 22.

A partir de la asunción de la legitimidad del Derecho –en los términos expuestos-, recién podemos legitimar la postura de la falta de sentido de la justicia de quien delinque, en cuanto se comporta como un maximizador de utilidad individual.

Siguiendo la postura de Kindhäuser -de raigambre *kantiana*-, la necesidad del derecho se deja ver en la coordinación requerida para el libre desenvolvimiento de los individuos; para la compatibilidad de una coexistencia de libertad ventajosa de todos. El mismo es un principio de estricta universalización, que admite ser designado como principio de favorabilidad recíproca o distributiva. A este principio Kindhäuser lo caracteriza como “justicia”.²²²

²²² KINDHÄUSER (2009), pp. 18-19. Lo anterior, por cierto, pretende evitar una perspectiva “ontologizante” del merecimiento. Siguiendo la interpretación contractualista de la teoría del derecho de Kant hecha por Murphy, tanto nuestras dimensiones morales como políticas pueden entenderse bajo la idea de la coordinación como filtro, necesitadas de un aparato central que permita dicha coordinación. De esta forma, la sociedad civil exige un sacrificio individual en pos de la coordinación y del goce de la libertad del estado civil, y las normas jurídicas operarían como límite al goce completo de la racionalidad instrumental de los sujetos. Este sacrificio en pos del bien común daría lugar, en esta interpretación, al origen de expectativas de comportamiento –plasmadas en normas jurídicas- que se traducen en una demanda de compensación por su quebrantamiento –en tanto términos del acuerdo hipotético- para evitar el goce desequilibrado de la libertad individual. Así, MURPHY, Jeffrie. Kant's theory of criminal

Entonces, la culpabilidad admite ser caracterizada como una falla personal que lesiona el sentido de la justicia²²³, en el entendido que es la justicia la norma en las relaciones interpersonales.²²⁴ Dicha falla genera indignación, y justifica, finalmente, el reproche implicado en la imposición de la pena.

Retomando la propuesta de Mackie, podemos distinguir entre dos sentidos de la moral: moral en sentido lato, que podría ser caracterizada como cualquier cuerpo de principios a los que una persona permita, en último término, guiar o determinar sus opciones de acción; y una moral en sentido estricto, entendida como un sistema que define un particular tipo de restricciones sobre la conducta, cuya tarea principal es proteger los intereses de personas distintas al propio agente y que se presentan ante el sujeto como desafíos para sus inclinaciones naturales o para sus tendencias espontáneas de acción.²²⁵ Y esos intereses, pues, estarán determinados, en el plano de lo jurídico, por la

punishment. *En*: *Retribution, Justice and Therapy, Essays in the Philosophy of Law*. Reidel Publishing, 1979, pp. 82-92. Citado por GALLEGO (2012), pp. 152-154.

²²³ KINDHÄUSER (2009), p. 30.

²²⁴ Así, al menos, lo entiende RAWLS (2006), p. 17.

²²⁵ MACKIE (2000), pp. 120-121. Es esa asunción de las limitaciones a las tendencias que constituye a la moral lo que permite reconstruir el concepto de voluntad como uno libre, en que existe un momento relevante de decisión.

protección de bienes plasmada en las normas de conducta penal, legitimadas en cuanto producto de procedimientos democráticos regulados.

Lo anterior, asimismo, deja justificar un “utilitarismo de la regla” en la *praxis* de las instituciones, de manera que no obstante poder aceptarse que la utilidad moldea nuestras reglas (nuestras instituciones), nuestra conducta lo estará por nuestras reglas, pero no por la utilidad.²²⁶ Se trata, pues, de un argumento de justificación no transitivo.²²⁷ En efecto, en este utilitarismo la

²²⁶ MACKIE (2000), p. 154, exponiendo el sentido dado al “utilitarismo de la regla” por Austin. MOORE (1993), p. 17, señala que las “reglas de práctica” son normas que requieren una justificación moral, pero que su aplicación a casos particulares se realiza sin importar dicha justificación. RAWLS (2006), p. 64, a su vez, nos señala que es necesario distinguir entre las reglas constitutivas de una institución, las cuales establecen los derechos y deberes que la rigen, y las estrategias y máximas de cómo se puede sacar el mejor provecho de la institución para propósitos particulares, lo cual no admite ser justificado en virtud del fundamento de las reglas que constituyen a la práctica. En el mismo sentido, RAWLS (1955), pp. 235-243, quien recalca la trascendental diferencia entre justificar una práctica y justificar las acciones que caen bajo ella, dentro de su concepción de reglas como prácticas. Así, “en la concepción práctica, si alguien mantiene un oficio definido por una práctica, entonces las cuestiones referentes a las acciones propias en ese oficio se dirimen remitiéndose a las reglas que definen la práctica. Si alguien busca poner en duda esas reglas, el oficio particular sufre un cambio fundamental (...)”. RAWLS (1955), p. 241.

²²⁷ En nuestro concepto, lo utilitarista de las reglas se deja ver en que éstas pueden ser justificadas a partir del beneficio social que otorgan (no a partir de una felicidad, de corte

aplicación del principio de utilidad a actos particulares está restringida, como bien apunta Mañalich, por el propio principio de utilidad: “Así, una práctica punitiva institucionalizada que estuviese diseñada de modo tal que, al menos en determinadas circunstancias, los funcionarios que la administran tuvieran discreción para poder imponer penas a individuos no culpables, resultaría ser una práctica que difícilmente podría ser justificada por el principio de utilidad (...) Por eso, es razonable suponer que el principio de utilidad exige que la práctica sea diseñada de modo que sólo pueda imponerse pena a un culpable, sin que la decisión particular acerca de si un individuo ha de sufrir la imposición de la pena pueda resolverse, entonces, invocando directamente el principio de utilidad (...) El principio de utilidad determinaría cuáles son las reglas que constituyen la práctica; la regla de que sólo puede ser punido un culpable, entonces, sería una regla de la práctica justificada por el principio de utilidad.”²²⁸

3.2. El delito como falta de lealtad comunicativa.

Un segundo sentido que expresa el delito es una falta de lealtad comunicativa. En efecto, si reconstruimos al Derecho penal como una instancia

hedonista, entendida como predominio del placer sobre el dolor). Y dicho beneficio no es otro que, al modo *kantiano*, la conciliación de los arbitrios de cada uno dentro de un esquema de libertad ventajoso para todos.

²²⁸ MAÑALICH (2007), p. 129.

de comunicación en que delito y pena sean entendidos como actos de habla, el primero expresaría la falta de reconocimiento de la norma como razón eficaz para la acción, y la segunda el restablecimiento de la vigencia fáctica del Derecho por medio de la irrogación de un mal sensible, expresando a quien delinque que su acción –su específica racionalidad- no es válida.²²⁹

Si seguimos la clasificación hecha por Austin de tres niveles de los actos de habla²³⁰, el establecimiento de la norma podría verse como un acto de habla cuyo sentido ilocucionario consiste en proveer de una razón para la acción, de manera que quien contraviene una norma de comportamiento sin reconocerla como razón para su acción, estaría negando, también dentro del nivel ilocucionario, que la norma sea una razón que lo vincule.²³¹

²²⁹ Una reconstrucción del Derecho penal en este sentido puede encontrarse en MAÑALICH (2007), pp. 156-166.

²³⁰ Austin sugiere que habría que diferenciar tres niveles de análisis de los actos de habla: el nivel locucionario (decir algo susceptible de portar significado, siendo el significado una función de las variables “sentido” y “referencia”), nivel ilocucionario (es el acto que un hablante realiza al decir lo que dice en el contexto adecuado) y nivel perlocucionario (se trata de la persecución de determinados efectos que la realización de un cierto acto ilocucionario puede tener en su destinatario, esto es, el oyente). MAÑALICH (2010c), p. 127.

²³¹ MAÑALICH (2005), p. 64.

Lo reprochable de desconocer a la norma como razón eficaz para la acción está en que ésta, como se señaló, universaliza una pretensión de justicia para la convivencia ventajosa de todos. Pero el desconocer la racionalidad hegemónica implícita en las normas de comportamiento entendidas como expresión de acuerdos morales no es *per se* reprochable. Antes bien, como la convivencia pacífica nos impone la utilización de canales formales y democráticos para discutir la justicia de las instituciones –su contenido-, lo reprochable es arrogarse unilateralmente la facultad de cambiar los canales institucionales para modificar las normas penales.²³² Dentro del contexto de expectativas institucionales, lo que podemos esperar como ciudadanos es que nadie se arrogue dicho cambio de roles, y solo dentro del contexto del ejercicio de la autonomía pública se ponga en cuestión la vigencia de las normas de conducta. Lo anterior es corolario del hecho de que en una sociedad secularizada, en último término, no hay criterio *a priori* de legitimación de las normas de comportamiento. Antes bien, éstas se legitiman por el hecho de poder ser reconocidas por sus destinatarios como voluntarias. De ahí que el único criterio de legitimación sea la participación (aunque sea eventual) de los sujetos en el proceso público de creación de las normas a través del ejercicio público regulado de su capacidad deliberativa.²³³ Se trata, en último término, del

²³² En sentido similar, MAÑALICH (2005), p. 68.

²³³ KINDHÄUSER, Urs. La Fidelidad al Derecho como Categoría de la Culpabilidad, pp. 194-195. Citado por MAÑALICH (2007), pp. 183-184.

reconocimiento de la libertad comunicativa de todos los ciudadanos para poder tomar posicionamiento crítico frente a los planteamientos ajenos en el proceso de creación de la racionalidad común.²³⁴

En el plano de la autonomía privada, como puede colegirse, los sujetos son destinatarios de las normas en cuyo proceso de creación han participado en el ejercicio de su autonomía pública. En esto radica la expectativa de fidelidad al Derecho presupuesta en el reproche de culpabilidad, y la falta de lealtad comunicativa del sujeto que desconoce a la norma como razón eficaz para su acción: en el plano de su autonomía privada, el sujeto debe obedecer el contenido de las normas de conducta, con independencia del motivo por el que lo haga.²³⁵ De esta manera, la declaración que el sujeto realiza con su acto

²³⁴ En este sentido, MAÑALICH (2007), p. 184.

²³⁵ En un sentido similar, MAÑALICH (2007), p. 184. Esto, por cierto, diferencia radicalmente a la responsabilidad penal de la responsabilidad moral. La primera hace eco del “mandato de neutralidad del Derecho” –de raigambre *kantiana*–, en virtud del cual, en el cumplimiento de las normas –ámbito de la libertad externa *kantiana*– se deben obviar los motivos de los sujetos para su cumplimiento. En este sentido, cumplir el Derecho como ejercicio de mera racionalidad estratégica –cuyo móvil sea la mera evitación del castigo– no es reprochable por el Derecho. Así, GALLEGO (2011), pp. 180-181; MAÑALICH (2007), p. 183. MAÑALICH (2005), p. 68, señala: “mientras que el establecimiento legal de la norma de sanción es reconocimiento de la libertad instrumental, en el establecimiento legal de la norma de comportamiento se expresa formalmente su característica de resultado del proceso democrático, de modo que la norma

delictivo es una que solo tendría sentido en el contexto del ejercicio de su autonomía pública.

Con todo, lo problemático es establecer la amenaza de imposición coactiva de penas a sujetos que no participan del proceso de creación de normas, pues no tienen la calidad de ciudadanos.²³⁶ Lo anterior se vuelve especialmente criticable en la imposición de penas a menores de edad y a extranjeros, quienes no tienen acceso a los canales formales (democráticos) para el ejercicio de la autonomía pública.

Pues bien, para superar lo anterior –lo cual será medular para la asunción de una teoría retributivo-democrática de justificación de la pena juvenil- debemos asumir que la relación entre autonomía pública y justificación de la pena no puede exponerse en términos binarios de todo o nada, sino en términos graduales. Luego, un déficit de autonomía pública debe

puede ser atribuida al ejercicio de la libertad comunicativa en su faz de autonomía pública”. HABERMAS (1998), p. 100, se pronuncia de la siguiente manera: “Mientras que las instituciones apoyadas en una imagen sacra del mundo fijan mediante delimitación y restricciones de la comunicación las convicciones rectoras del comportamiento, el derecho moderno permite sustituir convicciones por sanciones dejando a discreción de los sujetos los motivos de su observancia de las reglas, pero imponiendo coercitivamente esa observancia.”

²³⁶ En el mismo sentido, SÁNCHEZ-OSTIZ (2006), p. 7.

corresponderse con un déficit de autonomía privada y con un reproche penal morigerado.²³⁷

Lo anterior, si bien es plausible, creemos no alcanza para justificar la legitimidad de la imposición de penas a quienes no tienen, siquiera en un grado mínimo, participación en los canales formales de creación de las normas, como sucede con el caso de los menores de edad y extranjeros. Pero sin embargo, podemos asumir lo siguiente: si es posible legitimar el castigo a quienes, por voluntad propia, no ejercen su capacidad deliberativa en los procesos de creación de normas –como sucede con quienes no votan en las elecciones-²³⁸, lo mismo dejaría extrapolarse como justificación para quienes eventualmente pueden ejercer su autonomía pública de cumplir con ciertos requisitos. Esto sucede, pues, con los adolescentes, quienes se encuentran en tránsito biográfico a la adquisición de la plena ciudadanía con el cumplimiento de cierta edad, y con los extranjeros, quienes de cumplirse ciertos requisitos –entre ellos, determinada cantidad de años de residencia en Chile- pueden acceder a la ciudadanía chilena.²³⁹ Entonces, su ejercicio de capacidad pública deliberativa

²³⁷ En este sentido, MAÑALICH (2005), p. 69.

²³⁸ Incluso podemos asumir que es legítimo el castigo a aquellos que quieren expresar con su falta de ejercicio del derecho a voto una exclusión de la ciudadanía.

²³⁹ Con todo, entendemos que la situación no es completamente equiparable, pues el adulto que no ejerce su derecho a voto no lo hace por decisión propia. En cambio, extranjeros y

es eventual, pero adquirible, y es eventual pues el legislador estima que no obstante ser potenciales ciudadanos, requieren ciertos períodos de tiempo para la internalización de la lógica de funcionamiento democrático de las instituciones políticas²⁴⁰. Es por esto que un camino correcto para el tratamiento legal de estos sujetos, bajo una sociedad que legitime sus instituciones democráticamente, es el de la imposición de un reproche penal atenuado.^{241/242}

adolescentes, aunque quisieran, no pueden ejercitar su capacidad pública deliberativa, pues la ley se los impide. Con esta analogía solo queremos demostrar que el ejercicio efectivo del derecho a voto no es un elemento relevante en la justificación retributivo-democrática que pretendemos ofrecer.

²⁴⁰ Para un desarrollo acabado de este argumento, *infra*, pp. 199 y ss.

²⁴¹ Lo que no es equivalente, por cierto, a la imposición de una pena atenuada. Lo anterior se deja ver claramente en el tratamiento de la responsabilidad penal adolescente en Chile, regulando el legislador penas diversas de las que se encuentran dispuestas en el régimen paradigmático de Derecho penal (el Derecho penal de adultos). Con todo, el caso de los extranjeros sigue siendo problemático, pues se rigen por el régimen ordinario de Derecho penal, y la exclusión de la imposición de penas (por la concurrencia de un eventual error de prohibición invencible) siempre queda al arbitrio del juez de turno.

²⁴² MACKIE (2000), p. 242, tiene una postura similar. En efecto, señala que “[n]o existe, en general, falta de intencionalidad en los actos de los niños, excepto en el caso de los muy jóvenes, y sin embargo los consideramos, tanto legal como moralmente, menos responsables de lo que hacen. Esperamos que la gente vaya haciendo gradualmente a las presiones que constituyen la moral en sentido estricto”.

Entonces, culpabilidad es reprochabilidad, y pena es la imposición de un reproche merecido, en la medida que la norma quebrantada pueda reconducirse a un procedimiento de creación en que quien delinque pueda verse como su autor. Todo lo anterior justifica el *ius puniendi* desde la perspectiva del ciudadano, pero no desde la perspectiva de su detentador. Esto último admite ser formulado por medio de la siguiente interrogante: ¿puede el Estado, en todos los casos, exigir de los sujetos un comportamiento compatible con el contenido de las normas penales?

3.3. El delito como conflicto social.

Es importante reconocer que las acciones individuales jurídico-penalmente relevantes (imputadas como acción contraria a deber, en la imputación de primer nivel, y como el poder conformar la voluntad de un modo distinto al delito, en la imputación de segundo nivel) no pueden regirse por un criterio de análisis meramente individualista.

En efecto, lo que Freud llamó “superyo”, entendido como el órgano de control que opera en la psique humana, vigilando nuestras emociones y rigiendo nuestra conducta conforme a las exigencias del mundo social, es producto de un proceso de formación que comienza en la niñez, con la introyección del poder paterno, y que continúa durante la vida de los sujetos con

la introyección de la autoridad social. Dicho proceso tiene su origen en “estereotipos”, caracterizados por Freud como factores de tipo religioso, económico, etc. El Derecho, siguiendo esta línea, se erige como uno de estos estereotipos que moldean la formación del “superyo”, cuya especificidad radica en la posibilidad de imposición coactiva de su contenido.²⁴³

Por lo mismo, podemos observar que mal podría darse un conflicto específico entre la racionalidad individual de un sujeto y la racionalidad convencional plasmada en las normas de conducta. Más que eso, el conflicto se da entre distintas racionalidades socialmente inducidas.^{244/245}

²⁴³ FREUD, Sigmund. *Eine Schwierigkeit der Psychoanalyse*. En: *Gesammelte Werke*, tomo XII, 3ª edición. 1966, p. 8. Respecto del término “órgano de control”, FREUD, Sigmund. “Das Ich und das Es”. En: *Gesammelte Werke*, tomo XIII, 3ª edición. 1966, p. 282. Citados por MUÑOZ CONDE (1985), pp. 32-33.

²⁴⁴ Así lo reconoce MUÑOZ CONDE (1985), p. 35. En sentido similar BUSTOS y HORMAZÁBAL (2006), pp. 441-445, para quienes en el conflicto criminal existe una co-responsabilidad social, que puede, incluso, llegar a excluir la responsabilidad del sujeto, sin que por ello se desconozca su condición de persona (responsable) que deriva de su dignidad personal. El planteamiento de estos autores es interesante, en cuanto su teoría reconoce que el orden social imperante (plasmado en las normas jurídicas) es el orden hegemónico, pero el mismo, dentro de una sociedad moderna (caracterizada por el reconocimiento del pluralismo), no puede imponerse como un juicio de invalidación de racionalidades distintas a la hegemónica. Por ello, es necesario analizar el nivel de comunicación existente entre la racionalidad a que obedece el delincuente y la racionalidad hegemónica para poder efectuar un juicio de reproche.

Luego, lo que la sociedad pueda reprochar al individuo se encuentra en estricta relación con los medios que la misma entrega para la participación relevante de éstos dentro del tráfico jurídico, a modo de cumplimiento del papel socialmente asignado.²⁴⁶ Se trata, pues, de una relación sinalagmática, en virtud de la cual debemos reconocer que a menor grado de autonomía privada del individuo, menor grado de exigibilidad de actos conforme a la moral hegemónica.

Podrá observarse que el criterio de motivabilidad individual por la norma se encuentra íntimamente relacionado con la exigibilidad social de conductas conforme al Derecho. Lo anterior permite hacer hincapié en el problemático

²⁴⁵ Desde el punto de vista de la tradición materialista, podemos observar en el delito un fenómeno derivado de la concreta conformación de los modos de producción capitalistas. En efecto, para Marx y Engels, en primer término, los seres humanos deben satisfacer sus necesidades materiales básicas, siendo la primera forma de práctica la producción de los medios para satisfacer dichas necesidades. Luego, las necesidades antes satisfechas llevan a nuevas necesidades que también requieren ser saciadas, por lo que se incurre en nuevas prácticas para lograr dicho fin. De esta manera, la división constante del trabajo –que sería el objeto que surge de la acción consciente o *praxis* del hombre para satisfacer sus necesidades-, y las relaciones sociales que dentro de ella se generan, van dando curso a la historia, siendo ésta una dimensión del concepto de *praxis* acuñado por Marx. Véase MARX y ENGELS (2004), pp. 19-20.

²⁴⁶ En este mismo sentido, BUSTOS y HORMAZÁBAL (2006), pp. 444-445.

efecto moralizante que podemos reconocer en la imposición de penas dentro de una sociedad en que los beneficios de la participación social son repartidos de manera inequitativa, y en que no todos tienen participación relevante en el proceso de creación de las normas.

4. Nuestro concepto de culpabilidad.

Como podrá colegirse de todo lo antes expuesto, la concurrencia de los requisitos para que pueda operar una correcta atribución de culpabilidad – culpabilidad formal- no logra responder aún a la pregunta por la legitimidad de dicha adscripción –culpabilidad material-. La culpabilidad material, antes bien, obliga referirse a la legitimidad democrática de las normas de comportamiento como estándares de corrección morales, lo cual fundamenta, a su vez, nuestras actitudes reactivas ante la falta de sentido de justicia y falta de lealtad comunicativa expresadas con el delito.²⁴⁷ Pero además, un concepto material de culpabilidad, para legitimarse, requiere de la exigibilidad sistémica de una conducta conforme a la norma penal.

La exigibilidad sistémica a la que hacemos referencia rebasa, un tanto, el criterio individual de culpabilidad sobre el que se yergue nuestra propuesta. En efecto, el criterio individual opera, en todo caso, como límite a la atribución de

²⁴⁷*Supra*, pp. 111 y ss.

reproche, pero el criterio de exigibilidad social implica, en clave garantista, un beneficio para los sujetos a quienes el Estado no ha entregado las herramientas suficientes para un completo ejercicio de su autonomía privada. De esta manera, que este criterio pueda operar dentro del margen de la culpabilidad individual, implica que en nuestra propuesta la culpabilidad no es un concepto rígido, sino que opera dentro de un “espacio de juego”.²⁴⁸

La exigibilidad social responde a la pregunta de qué puede exigir el sistema al sujeto concreto como respuesta al conflicto social, y su baremo de medición se encuentra en las condiciones entregadas por el Estado al sujeto, de modo que éste no puede exigir si no ha proporcionado o no se han dado las condiciones necesarias para que la persona pueda cumplir con su rol social.²⁴⁹ Dicho en otros términos, la exigibilidad sistémica hace referencia a lo que legítimamente puede exigir la sociedad de un sujeto -que cumple todos los requisitos individuales para la atribución de una culpabilidad formal-, conforme a los ámbitos de autonomía privada que se le conceden para el cumplimiento de su papel social.²⁵⁰

²⁴⁸ Para una exposición del “espacio de juego” dentro de las teorías del retribucionismo limitado, véase VON HIRSCH (1998), p. 93.

²⁴⁹ En el mismo sentido, BUSTOS y HORMAZÁBAL (2006), pp. 444-445.

²⁵⁰ Una propuesta interesante, que entiende al principio de culpabilidad como un “mandato de optimización”, en que confluyen, dentro de un ejercicio de ponderación, la accesibilidad a la

Las condiciones sobre las que legítimamente puede la sociedad exigir un comportamiento conforme a Derecho no son otras que las condiciones materiales e intelectuales para su libre desenvolvimiento como sujeto autónomo.²⁵¹ Así, en una sociedad esencialmente inequitativa, en que la participación en los beneficios de la cooperación social no es equilibrada, no podrá exigirse de todos el mismo compromiso con la empresa cooperativa que la sociedad es. Luego, quienes se desenvuelven en condiciones materiales de extrema pobreza, o quienes no han recibido del Estado una formación educativa completa –o no tienen o no han podido tener acceso al contenido de la moral hegemónica-, deben ser objeto de un reproche morigerado, ya sea regulando específicamente su responsabilidad penal –como se hace con los

función motivadora de la norma, la capacidad de autocontrol y razones preventivas (teniendo los dos primeros elementos un mayor peso, en tanto expresión de la dignidad de los sujetos de no ser instrumentalizados), puede encontrarse en SÁNCHEZ (2011), p. 212.

²⁵¹ Así, BUSTOS y HORMAZÁBAL (2006), p. 444, para quienes el problema de la culpabilidad no radica tanto en un juicio sobre las capacidades del agente, sino en la capacidad del Estado – su legitimación- para exigir una determinada respuesta al sujeto ante el conflicto social subyacente al delito. Esta exigibilidad, en términos de los autores, requiere que el Estado haya promovido, respecto de ese individuo concreto, las condiciones para que su libertad e igualdad sean reales y efectivas, y removido los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, así como facilitado su participación en la vida política, económica, cultural y social.

adolescentes-, ya sea aplicando el estatuto del error de prohibición de forma laxa –como debería ser el caso en la responsabilidad penal de los extranjeros-.

Así las cosas, nuestro concepto de culpabilidad formal representa una conjunción de elementos descriptivos y normativos, que de concurrir justifican una atribución de responsabilidad jurídico-penal, en términos de condición necesaria y suficiente. Los elementos descriptivos a los que hacemos referencia son los que otorgan sustento empírico a las expectativas normativas de conducta –por ejemplo, que de un mayor de 18 años sea esperable que se comporte conforme a la ley penal-. Empero, si queremos que dicha atribución sea, además, legítima, se requiere que las normas de conducta puedan ser representadas como justas, y que el Estado, en relación a las posibilidades entregadas al individuo para el desenvolvimiento de su autonomía privada, pueda legítimamente exigir del mismo comportarse conforme a las prescripciones penales.

Con la anterior diferenciación queremos expresar una cuestión práctica trascendental: para adscribir culpabilidad –y adscribir responsabilidad- no se requiere más que la concurrencia de los elementos de la culpabilidad formal, pero para que dicha atribución sea en definitiva legítima, se requiere de un esquema político-democrático y de una sociedad en que los individuos tengan la posibilidad cierta de desenvolvimiento de su autonomía privada. Los dos

últimos criterios, que otorgan materialidad a nuestro concepto formal de culpabilidad, también deben operar –si queremos dar legitimidad al Derecho penal- como baremo de medición del grado de reproche de la conducta delictiva, de manera que un menor reconocimiento tanto de la autonomía pública como privada debería verse reflejado en un menor grado de reproche penal.

Sólo un concepto de culpabilidad concebido como reproche en estos términos puede operar dentro de un esquema voluntarista, en que la pena pueda ser vista, en definitiva, como justa.

5. Delito y pena.

Conforme a la óptica retributivo-democrática que hemos desarrollado, el delito, en términos sintéticos, podría ser definido como una falta reprochable de sentido de la justicia y de lealtad comunicativa, expresada en la objetivación de una falta de reconocimiento consciente de la norma de conducta como razón eficaz para la acción. Latamente, podríamos conceptuarlo como la objetivación de una falta de reconocimiento como razón eficaz para la acción de una norma distributivamente justa y autónomamente gestada, por parte de una persona a quien, conforme a su *status* moral y sus condiciones materiales, la sociedad

puede adscribir responsabilidad por no solucionar el conflicto subyacente al delito de una forma alternativa, teniendo la posibilidad de hacerlo.²⁵²

En los mismos términos, y entendiendo que la pena es la consecuencia del quebrantamiento imputable de una norma de conducta penal, ésta podría ser definida como la expresión de reproche institucional, materializada en la imposición de un mal merecido, como respuesta a un comportamiento previo interpretable como defectuoso.²⁵³

²⁵² En términos *hegelianos*, el delito es un paso necesario en la actualización del Derecho como expresión de la voluntad libre, pues por medio del delito es que es posible la autoafirmación del Derecho como actualización de la posibilidad de su inexistencia. En efecto, la oposición entre la voluntad particular de quien delinque y la voluntad implícita universal del derecho abstracto es superada con la negación de la negación. Así, la voluntad criminal niega el derecho mediante su acción injusta, y el derecho, por su parte, niega la injusticia del delito mediante el castigo, y en tanto el castigo es un derecho del delincuente como ser racional, es en definitiva expresión de su propia voluntad objetivada. De esta forma, avanza el derecho a la moralidad, superando la inmediatez por medio de la negatividad que se relaciona consigo misma, ahora no sólo como voluntad potencialmente libre, sino como voluntad existente que se determina a sí misma y es libre para sí. HEGEL (1988), §95, §97, §100 y §104.

²⁵³ KINDHÄUSER (2009), p. 17, define pena como “la irrogación de un mal como expresión de la desaprobación de un comportamiento previo defectuoso”. Para MAÑALICH (2007), p. 188, la imposición de la pena “es la forma institucionalizada de expresión de reproche merecido por el quebrantamiento de una norma que evidencia una falta de sentido de la justicia a través de la defraudación de una expectativa de reciprocidad que los miembros de la comunidad política

Vista de esta manera, entonces, la pena contiene una expresión institucional de reproche merecido. Que la expresión de reproche sea institucional, implica que se encuentra normativamente regulada, de manera que formalmente su imposición puede justificarse en términos de legítimas expectativas sociales. Que el reproche sea merecido, implica, primero, que deben cumplirse los requisitos para adscribir razonablemente intencionalidad y voluntariedad a la acción jurídico-penalmente relevante, y en segundo lugar, que la expresión de reproche materializada en un mal sensible a través de la imposición de una pena sea proporcional al delito.²⁵⁴

democráticamente organizada pueden mantener unos frente a otros". ROXIN (1981), p. 174, define pena, desde el prisma del derecho alemán vigente, como "la reacción necesaria desde el punto de vista preventivo a un comportamiento que, a pesar de que su autor posee la <<capacidad de reaccionar frente a las exigencias normativas>>, infringe la norma penal". Para JAKOBS (2003), p. 23, la pena, en el plano simbólico, representa la marginalización del significado del hecho delictivo, entendiéndose éste, en su dimensión expresiva, como toma de postura contraria al Derecho –a la sociedad-. Así, si el hecho significa una desautorización de la norma, la pena significa que la afirmación del autor es irrelevante y que la norma sigue vigente. Pero además, la pena debe materializarse en la irrogación de un mal para no padecer de un déficit de objetivación. En este último sentido, JAKOBS (1998), p. 32.

²⁵⁴ Insistimos: si queremos dar legitimidad democrática a nuestro concepto de merecimiento, es necesario que dentro de éste cuenten ulteriores criterios materiales. Sin éstos, el reproche puede ser individualmente merecido en cuanto expresión de intencionalidad y voluntariedad, pero institucionalmente ilegítimo.

En lo que sigue, analizaremos a la sanción penal como expresión de reproche institucional, para luego examinar el principio de proporcionalidad como expresión del criterio de merecimiento en la imposición de la pena.²⁵⁵

5.1. La pena como expresión institucional de reproche.

Desde la perspectiva de tercera persona, la punición del sujeto podría erguirse sobre lo que Strawson llamó una actitud reactiva, o dicho en otros términos, aquella clase de respuesta emocional de otro individuo que es compatible con su reconocimiento como sujeto que toma parte en la comunicación intersubjetiva, esto es, como agente moral, lo cual es incompatible con una actitud objetivante, pues ésta supone ver al otro como objeto de táctica social²⁵⁶, no pudiendo superar la “objeción kantiana”.

Desde el punto de vista de primera persona, por su parte, el sujeto objeto de la punición debe ver al castigo como algo justo o merecido, en tanto portador de una consciencia de realización de una acción moralmente reprochable, y en cuanto este reproche se manifieste proporcionalmente en la imposición del mal

²⁵⁵ Para un análisis de la atribución de intencionalidad y voluntariedad como criterios de imputación de primer y segundo nivel, *supra*, pp. 31 y ss.

²⁵⁶ MAÑALICH (2007), pp. 153-154.

que conlleva la pena. Que como personas seamos capaces de portar actitudes autorreactivas, se encuentra asociado no a un solipsismo moral (o egocentrismo moral, como quien se exige más de lo que pide de otros), sino a nuestra particular relación con principios morales generales, para los que exigimos respeto por parte de todos. Sentimientos tales como sentirse obligado, compungido, culpable, arrepentido o avergonzado, tienen sus análogos en actitudes reactivas que generamos ante otros que actúan de manera similar.²⁵⁷ En efecto, el egocentrismo moral es escasamente algo más que una posibilidad conceptual, pues como señala Strawson, “[e]n general, aunque entre límites variantes, exigimos de otros para otros, así como de nosotros mismos para otros, algo de la consideración que exigimos de otros para nosotros mismos.”²⁵⁸ De esta manera, la relación entre actitudes reactivas y autorreactivas es evidente: “[a]sí como las actitudes reactivas hacia otros están asociadas con una disposición a consentir tal imposición de sufrimiento a un ofensor, dentro de la ‘institución’ del castigo, así también las actitudes autorreactivas están asociadas con una disposición de parte del ofensor a consentir tal imposición *sin* desarrollar las reacciones (*v.g.* de resentimiento) que normalmente desarrollaría si se le infligiera daño a él, *i.e.* con una disposición a aceptar el castigo como ‘su merecido’ o como ‘justo’, según decimos”.²⁵⁹

²⁵⁷ STRAWSON (1992), p. 24.

²⁵⁸ STRAWSON (1992), p. 25.

²⁵⁹ STRAWSON (1992), pp. 33-34.

Entonces, de lo anterior podrá observarse que en la medida en que el reproche institucional implicado en la imposición de una pena exprese prácticas cotidianas de condena moral, el mismo podrá subsumirse dentro del esquema antes expuesto en que el castigo puede ser percibido como justo tanto por quien lo recibe como por quienes lo contemplan.²⁶⁰ Ello, en terminología *hegeliana*, no es sino corolario del hecho de que el castigo, entendido como retribución, es expresión de una voluntad que quiere lo general, lo cual lo diferencia de una actitud meramente vengativa.²⁶¹

En la propuesta de Feinberg, la pena es un dispositivo convencional para la expresión de actitudes de resentimiento e indignación, así como de juicios de desaprobación, ya sea a nombre de la propia autoridad sancionadora o a

²⁶⁰ Con todo, como bien apunta VON HIRSCH (1998), p. 36, el objetivo principal del reproche penal no es inducir un arrepentimiento en el causante. El hecho de que lo haga, creemos, sólo muestra que quien delinque se encuentra conforme con la moral hegemónica. En efecto, nos señala el autor: “[e]l infractor arrepentido ve su autoevaluación confirmada a través de la desaprobación de los demás; al desafiante se le hace sentir y entender la desaprobación de los demás, piense él lo que piense de su conducta. Esta comunicación de juicios y sentimientos es de la esencia del discurso moral entre agentes racionales”.

²⁶¹ HEGEL (1988), §102-§103. En el mismo sentido lo interpreta MAÑALICH (2007), p. 154.

nombre de aquellos en cuyo nombre la pena es impuesta.²⁶² El sentido expresivo de la pena, según lo que se ha expuesto (siguiendo las posturas de Kindhäuser y Mañalich), no es otro sino que el de expresar una actitud reactiva por el aprovechamiento injusto de las ventajas recíprocas de la coordinación social y la falta de lealtad comunicativa, todas contenidas en la acción delictiva, siendo la imposición del mal (es decir la pena misma) la materialización de ese reproche.^{263/264} Lo anterior implica, por cierto, que el fundamento del reproche

²⁶² FEINBERG, Joel. *The expressive Function of Punishment*, 1970, pp. 95-118. Citado por MAÑALICH (2007), p. 136.

²⁶³ MAÑALICH (2007), pp. 138-139; KINDHÄUSER (2009), pp. 19-20. Este último sólo en referencia a la falta de sentido de justicia que conlleva el ejercicio de acciones delictivas. MAÑALICH (2009b), p. 58, expresa que lo característico de una justificación relativa de la pena retributiva es que el reproche se expresa por el abuso unilateral de la confianza recíproca, entendiendo que ésta es indispensable para la estabilidad de las normas de comportamiento cuyo seguimiento posibilita la coexistencia de iguales espacios de libertad, y no se justifica, por el contrario, por el mero hecho de quebrantamiento de la norma al modo del imperativo categórico *kantiano*.

²⁶⁴ Que en la imposición de la pena se encuentra una manifestación institucional de reproche de este tipo, excluye desde ya justificaciones de prevención, tanto especial como general. Las justificaciones de prevención especial se encontrarían proscritas según esta justificación porque no puede ser un fin de resocialización el educar a un sujeto que se ha comportado como cualquier agente estratégicamente racional lo haría [así, MAÑALICH (2007), p. 124]. Además, si la pena se entiende como una medida impuesta para la educación del delincuente, su resocialización o tratamiento terapéutico, la imposición de la pena pierde toda connotación

no pueda reconducirse directamente a la lesión de un bien jurídico (aun cuando ello pueda condicionar, parcialmente, la medida del reproche).²⁶⁵

Para Kindhäuser, quien abraza una teoría de la retribución relativa, la pena es la expresión de reproche que responde a una lesión del sentido de la justicia, que materializada como irrogación de un mal merecido tiene que

expresiva [MAÑALICH (2009b), p. 70]. Las de prevención general positiva serían implausibles en tanto suponen lo que ellas mismas deben demostrar: que el delito, en el plano expresivo, implica una toma de postura contraria a la sociedad. Estas teorías ven en el quebrantamiento de la norma una frustración de expectativas, que resulta educativamente compensada por la vía de un traslado simbólico de los costos asociados al conflicto al ámbito de responsabilidad del autor. Ello, por cierto, se desentiende completamente de la dimensión ético-jurídica de la pena, pues un delito (por ejemplo, una violación), más que desencadenar una mera decepción por la inestabilidad de la norma, genera indignación por la inhumanidad del autor que lesiona el sentido de la justicia [así, KINDHÄUSER (2009), p. 32-33]. Las teorías de la prevención general negativa, por su parte, no pueden desenvolverse dentro del plano de una acción orientada al entendimiento, sino sólo de una acción estratégica en que se ve en el delincuente un objeto de táctica social, sin perjuicio de no poder salvar objeciones lógicas graves (sobre dichas objeciones expuestas por Michael Moore, *supra*, pp. 106 y ss.) Pero además, como señala KINDHÄUSER (2009), p. 25, la prevención general (negativa), para operar como desincentivo al delito, debe lidiar con subjetivos cálculos de costo-beneficio del actor, que puede estar decisivamente influenciado por la asunción de que no será descubierto. Para una exposición de estudios empíricos que ponen en tela de juicio la premisa de la disuasión como consecuencia de penas más severas, véase TRAJTENBERG (2012), p. 171.

²⁶⁵ MAÑALICH (2007), p. 166.

corresponderse simbólicamente con el peso ético-jurídico del quebrantamiento de la norma. De esta forma, el reproche resulta doblemente expresivo: primariamente, es correcto seguir las normas por mor de la justicia (efecto de integración), y secundariamente²⁶⁶ es conveniente respetarlas por el efecto intimidatorio que la norma de sanción conlleva.²⁶⁷ Estamos de acuerdo con lo planteado por Kindhäuser, en tanto la amenaza de pena no opera a nivel de justificación de ésta. Como apunta Von Hirsch, “la cesura implícita en la sanción prescrita sirve para *apelar* al sentimiento de la gente acerca del carácter dañino de la conducta, como una razón para desistir”.²⁶⁸ Pero “[e]l desincentivo prudencial suplementario es sólo esto, suplementario: no se extiende tanto como para cooptar el mensaje normativo”.²⁶⁹

Como argüimos anteriormente, las actitudes reactivas y autorreactivas se corresponden con prácticas morales comunes entre las personas, conforme a

²⁶⁶ Por “secundariamente”, entendemos que Kindhäuser refiere a que la intimidación (o razones prudenciales) sería un dispositivo anexo al sentido de la justicia que, en su dimensión subjetiva, deben portar los ciudadanos.

²⁶⁷ KINDHÄUSER (2009), p. 33.

²⁶⁸ VON HIRSCH (1998), p. 37. La necesidad de que el Derecho penal, por medio de la amenaza de imposición de la pena, suministre una razón prudencial (adicional), se encuentra en el hecho de que dada la falibilidad humana, los sujetos pueden sentirse tentados a delinquir. VON HIRSCH (1998), p. 39.

²⁶⁹ VON HIRSCH (1998), p. 80.

principios morales. Que estas prácticas se encuentren instituidas, puede obedecer a prácticas universales que no requieren de un ejercicio artificial que las instituya.²⁷⁰ Antes bien, parece ser que la institución de la justicia (o lo que consideramos justo) es anterior a la existencia misma del Estado y del Derecho. Por ello es que requerimos, mucho antes de ingresar en este punto argumentativo, justificar la justicia de las normas de comportamiento (o de la institución del Derecho penal), en tanto ella es la única manera de dar lugar a estas actitudes reactivas sobre las que Strawson basa su argumentación.²⁷¹

Que la imposición de la pena implique la manifestación, en el plano expresivo, de un reproche, requiere formularla en términos de la teoría de los actos de habla. En efecto, bajo la clasificación de los actos de habla realizada

²⁷⁰ En este sentido, MACKIE (2000), pp. 92-93, para quien estas prácticas humanas universales, probablemente, puedan encontrarse en todas las sociedades. Ejemplificando: “Lo que da origen a la institución de prometer es que todo esto se halle incorporado a las expectativas sociales generales y que se vea reforzado por ellas, por la aprobación, la desaprobación y las exigencias: prometer, al contrario de lo que ocurre con la afirmación de una intención, sólo puede hacerse allí donde exista una estructura de actitudes semejantes”.

²⁷¹ Aun cuando dicha justificación no devenga, en definitiva, en una fundamentación ontológica. De hecho, a nuestro entender, que existan conceptos morales anteriores a la existencia misma del Derecho no es óbice para desconocer que los mismos requieren justificarse conforme a procedimientos que, en último término, puedan reconducirse a la aceptación voluntaria de los sujetos.

por Austin, la formulación de un reproche puede ser entendida como un caso de acto de habla ilocucionario.²⁷² Luego, como acto de habla orientado al entendimiento, la formulación del reproche por medio de la pena requiere entablar, por el hablante, las tres pretensiones con arreglo a las cuales Habermas realiza la clasificación entre casos puros de actos de habla constatativos, regulativos y expresivos: una pretensión de verdad, una pretensión de sinceridad y una pretensión de rectitud (o corrección).²⁷³

La pretensión de verdad se entiende entablada ante la correspondencia del acto de habla con la verdad de su contenido proposicional, lo cual implica que la atribución de la acción como hecho externo se corresponda con la descripción de la misma. La pretensión de rectitud implica la presuposición de un horizonte normativo conforme al que se vincula el hablante con el destinatario de su acto de habla. Como el reproche penal es un acto de habla institucionalmente ligado, dicha presuposición de rectitud reconduce a la validez de la norma quebrantada por el sujeto a quien se reprocha el no haberla reconocido como razón eficaz para su acción.²⁷⁴ La pretensión de sinceridad, por su parte, que dice relación con el contenido del hablante de ciertos estados

²⁷² MAÑALICH (2007), p. 157.

²⁷³ HABERMAS (1999), pp. 407 y ss. Exponiendo en el mismo sentido, MAÑALICH (2007), p. 160.

²⁷⁴ MAÑALICH (2005), p. 76.

mentales que se corresponden con el contenido proposicional de la emisión lingüística, implica la proscripción de la instrumentalización de la comunicación, pretensión que debe ser reconocida por el oyente (en este caso quien es penado) para el éxito del acto de habla emitido por el hablante, pues de esta forma el receptor del mensaje puede tomar posición crítica de aceptación o rechazo frente a la pretensión entablada.²⁷⁵

En la formulación de un reproche como acto de habla orientado al entendimiento, es decir, orientado a la obtención de un acuerdo entre hablante y oyente, el hablante que persigue la producción de efectos perlocucionarios (como cuando se justifica la punición por medio de la prevención general negativa) estaría falseando el reproche de culpabilidad, en tanto lo utiliza, encubiertamente, para la obtención de consecuencias que son solo contingentes respecto del reproche mismo. Se trataría, por ende, de un caso de acción estratégica²⁷⁶, o de lo que Habermas llamara “distorsión de la comunicación”²⁷⁷. Así las cosas, solo la punición retributiva (aquella que entabla una pretensión de sinceridad en la adopción de una actitud reactiva) es compatible con la perspectiva del partícipe de la comunicación con otros, pues la punición preventiva constituye, como se señaló, un caso de acción

²⁷⁵ Así, MAÑALICH (2009b), p. 62.

²⁷⁶ MAÑALICH (2007), p. 169.

²⁷⁷ HABERMAS (1999), pp. 425 y ss.

estratégica que se corresponde con la adopción de la perspectiva del observador no vinculado a la práctica comunicativa. Luego, solo la punición retributiva es congruente con la adopción de una actitud reactiva frente a quien es reconocido como co-agente moral. En cambio, la punición preventiva se corresponde con la adopción de una actitud objetivante, en que el delincuente aparece como objeto de táctica social, a quien hay que neutralizar.^{278/279}

Pero una falta de sinceridad no conlleva la invalidez o nulidad del acto, sino que hace que éste sea inapropiado a sus circunstancias, es decir, desafortunado.²⁸⁰

²⁷⁸ MAÑALICH (2009b), p. 69. Ello, por cierto, encierra la tesis de que una justificación retributiva de la imposición de la pena es incompatible con la llamada “doble vía” del Derecho penal, pues una medida de seguridad no es una forma de reacción penal, entendiendo que el Derecho penal se define por su función y no por su estructura (ni por el hecho de ser denominado Derecho penal). MAÑALICH (2007), p. 180.

²⁷⁹ Nos señala Strawson que la actitud objetiva “no puede incluir el rango de sentimientos y actitudes reactivas que pertenecen al involucramiento o participación con otros dentro de relaciones humanas interpersonales; no puede incluir resentimiento, gratitud, perdón, enojo (...) Si tu actitud hacia alguien es completamente objetiva, entonces, aunque puedes combatirlo, no puedes discutir con él, y aunque puedas hablarle, incluso negociar con él, no puedes razonar con él. Puedes a lo mucho hacer como si discutieras o razonaras con él”. STRAWSON (1992), p. 16.

²⁸⁰ MAÑALICH (2009b), p. 62.

Entendido lo anterior es que puede criticarse la denominada “hiperinflación del Derecho penal”. En efecto, cuando las penas son muy severas, se ve cooptado el mensaje normativo implícito en la norma por las razones prudenciales (suplementarias) para no delinquir.

Bajo la metáfora utilizada por Von Hirsch, una sanción neutral –es decir, sin contenido expresivo sincero- trataría a los infractores como tigres de circo, es decir, “como seres que deben ser refrenados, intimidados o condicionados a cumplir, porque son incapaces de entender que morder a la gente (o a otros tigres) está mal”.²⁸¹

Además de describir a la punición como un caso de acción comunicativa, debemos entender que la misma se encuentra, como ya lo esbozamos, institucionalmente ligada, o normativamente regulada. Que esté institucionalmente ligada implica, primero, que sus posibles contenidos proposicionales se encuentran restringidos a las descripciones de acciones típicas fijadas en las leyes²⁸². Pero además, la institucionalización del reproche hace que sea irrelevante que quien lo formule efectivamente sea portador de los

²⁸¹ VON HIRSCH (1998), p. 37.

²⁸² MAÑALICH (2009b), p. 64.

estados mentales que caracterizan a las actitudes reactivas ínsitas en el acto de reprochar a otro.²⁸³

Por ello, la ligazón institucional hace que el reproche penal nada tenga que ver con la venganza, caracterizada esta última por la imposición de un mal por quien es víctima directa y con intenciones subjetivas en su aplicación.²⁸⁴ Pero además, si el índice de proporcionalidad dice relación con la medida del reproche, nada tiene que ver la justificación retributiva de la pena con la ley taliónica, que establece la proporcionalidad con la medida del daño (“ojo por ojo diente por diente”)²⁸⁵. Ello no obsta a que sean variables de la proporcionalidad en la justificación dada en este trabajo la entidad del bien jurídico quebrantado y el nivel de intencionalidad (dolo o imprudencia) o culpabilidad.

Antes de concluir este acápite, creemos necesario referirnos a la necesidad de que la pena deba manifestarse en la irrogación de un mal, para tratar en el siguiente punto algunos criterios de medición de la imposición del mal que puedan ser compatibles con el criterio de proporcionalidad por el

²⁸³ MAÑALICH (2009b), p. 67.

²⁸⁴ VALENZUEL (2008), p. 239.

²⁸⁵ En sentido similar se pronuncia HEGEL (1988), §101, para quien delito y pena deben ser iguales en cuanto lesiones, entendiendo que esta última es la lesión de la lesión que constituye el delito.

merecimiento. En efecto, analizado el hecho delictivo y la imposición de la pena como actos de habla, podemos aseverar que ninguno de los dos constituyen actos explícitamente realizativos o performativos. Decir “te insulto” no constituye un insulto, así como efectuar un reproche no equivale a declarar que se reprocha algo a alguien.²⁸⁶ O dicho de otro modo, un sujeto que declara que para él la prohibición de matar a otro no vale, no puede ser objeto de reproche penal, pues dicha declaración no equivale a aprovecharse injustamente, al modo de un *free rider*, de las ventajas recíprocas que la colaboración social trae aparejada, ni menos aún arrogarse unilateralmente el cambio de roles entre autonomía pública y autonomía privada.

Entonces, si el delito no cuenta como una declaración explícitamente performativa, la pena, en el plano de su facticidad, debe corresponderse con la medida del reproche irrogado al acto delictivo. Que ello sea así explica el hecho que la pena, para no padecer de un déficit de objetivación, deba materializarse en la irrogación de un mal. Dicho en términos *hegelianos*, la (imposición de la) pena es la cancelación de la cancelación del Derecho²⁸⁷, y para ser efectiva, dicha cancelación debe corresponderse en el plano intelectual con el objeto a cancelar. Luego, si el objeto de la cancelación (el delito) tiene necesariamente para el Derecho penal una existencia externa (aun cuando lo mismo sea

²⁸⁶ MAÑALICH (2007), p. 163.

²⁸⁷ HEGEL (1988), §93-§94.

expresado de forma bastante incompleta en la tentativa), la pena, para poder cancelarlo genuinamente, también debe tener dicha expresión fáctica. Ello hace necesario, bajo una justificación retributiva, que la pena siempre deba manifestarse en la imposición de un mal proporcional al reproche merecido que conlleva el hecho delictivo.

Pero además, plantea Mañalich, debemos considerar que la expresión de reproche penal tiene lugar en un contexto social de contactos anónimos, de manera que la mera declaración de reproche no alcanza a constituir la materialización de un reproche.²⁸⁸ En efecto, no es lo mismo reprochar en un contexto de relaciones íntimas que en uno de relaciones sociales anónimas. En el primero, se trata de una relación que estrictamente no atañe a terceros, de modo que el afectado es el único con un interés directo en la manifestación del reproche. Así, su sola manifestación sería suficiente para materializar la decepción por el acto previo defectuoso. Pero en el contexto de las relaciones sociales, en que los efectos de un acto reprochable afectan a todos indirectamente (en cuanto socava convenciones sociales), la única forma de expresar un reproche genuino es que todos los afectados lo hagan. Pero no es menos cierto que en estos contextos no todo es asunto de todos (es decir, no estaremos igualmente interesados en las relaciones sociales que en nuestras relaciones íntimas), de manera que en general nos será indiferente que un

²⁸⁸ MAÑALICH (2009b), p. 66.

sujeto (anónimo para nosotros) contravenga normas de conducta convencionalmente fijadas (a menos, claro, que se trate de casos de connotación pública). Por ello es que debe existir un mecanismo social de expresión de reproche genuino que no nos obligue a todos a poner atención en los actos reprochables de todos. Y ese mecanismo no es otro que el Derecho penal, que en el plano expresivo debe operar al mismo nivel que el hecho delictivo; es decir, requiere de una existencia fáctica para tener, en lo emotivo, la misma fuerza que el delito.

Si bien lo anterior es cierto, creemos que el argumento no es del todo convincente. Que los contextos de relaciones sociales sean contextos de contactos anónimos no obsta a que podamos imaginar casos en que el reproche pueda expresarse de otra forma que no sea la irrogación de un mal, en tanto dicha manifestación tenga la misma carga emotiva que un reproche genuino. Por ello, el *quid* del argumento del déficit de objetivación no se encuentra en este último punto, sino sólo en el primero, a saber: la cancelación de la cancelación debe operar en el mismo plano intelectual que el objeto a cancelar. Luego, si conforme a la regulación del Derecho penal el quebrantamiento de la norma debe tener una vigencia fáctica, la sanción también la debe tener, no al modo de la ley taliónica, sino al modo de la imposición de un mal proporcional al quebrantamiento de la confianza recíproca que implica la contravención de la concreta norma de conducta. Ello, por cierto,

nos puede llevar a imaginar formas de irrogación de un mal totalmente distintas a los tipos de penas que conocemos. Con todo, lo anterior es una cuestión que escapa al análisis proveniente desde el Derecho penal, perteneciendo más al ámbito de la política criminal.^{289/290}

Conforme a lo antes expuesto es que ahora podemos plantear con completa convicción nuestro rechazo a la llamada “doble vía” del Derecho penal, donde medidas de seguridad puedan caracterizarse como formas de reacción propiamente penales. Así, si lo sustantivo del Derecho penal es que pena y delito tienen, dentro del plano comunicativo, un sentido expresivo –o

²⁸⁹ Se trata de un problema atinente a convenciones políticas. Si podemos encontrar un tipo de pena alternativo que en el plano de lo fáctico sea una medida adecuada de reproche por el delito, probablemente sea preferible ese tipo de pena alternativa. El problema del Derecho penal es sólo llegar a establecer criterios que puedan identificar una justa proporcionalidad entre quebrantamiento de la confianza recíproca por medio de la contravención de una norma y la imposición del mal respectivo por ese comportamiento previo defectuoso.

²⁹⁰ Para VON HIRSCH (1998), p. 41, en cambio, el fundamento de preferir a la sanción penal por sobre una respuesta puramente simbólica se encuentra en que la primera opera como un desincentivo complementario. Esta propuesta del autor, analizada de forma aislada, nos resulta problemática, pues parece poner en el mismo plano justificativo a la prevención y a la censura. Más bien, una versión coherente de la censura implícita en la imposición de la pena debe dar cuenta de que es la censura misma la que otorga el fundamento a la punición, por lo que la imposición del mal reflejada en la pena sólo puede justificarse en términos de expresión de censura o reproche, mas no en términos de prevención general.

dicho en otros términos, si el Derecho penal se caracteriza por la función que cumple la imposición de la pena y no por alguna característica estructural o alguna denominación concreta-, una medida de seguridad jamás podrá representar una forma de reacción propiamente penal, pues en éstas no hay reproche ínsito alguno; antes bien, la medida del reproche se basa sólo en la peligrosidad del delincuente, reemplazando este criterio por completo a la culpabilidad-como correlato del principio más general de merecimiento-. Una medida de seguridad, por ende, siempre será pura coacción, y no constituirá jamás un caso de acción comunicativa, en que los sujetos son tratados, conforme a su dignidad, por sus acciones voluntarias.

Pues bien, ya hemos hablado suficiente respecto del por qué la pena debe materializarse en la irrogación de un mal. En lo que sigue, nos referiremos al criterio de proporcionalidad en tanto íntimamente ligado al principio de merecimiento.

5.2. El principio de proporcionalidad como corolario de una justificación retributiva de la pena.

Como señalamos, la teoría del merecimiento prescribe que la severidad de la pena –medida del reproche- sea proporcional a la gravedad del delito. La gravedad del delito, por su parte, puede medirse –formalmente- conforme a tres

variables: la entidad del bien jurídico violentado, el grado de intencionalidad de la conducta (dolo o imprudencia) y el grado de culpabilidad de ésta (grado en que la voluntad tiene injerencia en la acción). La idea es que conforme a estos criterios todos los casos iguales sean tratados de forma similar -conforme al imperativo de igualdad-, dentro de un contexto en que las penas expresen adecuadamente la medida del reproche.

Pero además, en nuestra propuesta, el reproche –y la proporcionalidad en función de éste- deben dar cuenta de criterios ulteriores de justificación material de imposición de la pena. Según señaláramos, pues, los grados de reconocimiento de ejercicio de autonomía pública y autonomía privada operan, a modo garantista, como factores de atenuación del reproche dentro del grado de culpabilidad formal de los sujetos. Luego, habiendo sido aplicados los criterios de proporcionalidad ordinal y cardinal –expuestos en lo que sigue-, pueden operar a modo de morigeración de reproche estos elementos materiales de justificación del *ius puniendi* estatal.

El principio de proporcionalidad se encuentra inmerso en nuestras intuiciones más elementales, desde que incluso los niños protestan ante disparidades de castigos para acciones similares.²⁹¹ Con todo, hablar de proporcionalidad requiere de un ejercicio intelectual más profundo, capaz de

²⁹¹ Esto último es apuntado por VON HIRSCH (1998), pp. 23-24.

llevarla a la práctica de la forma más eficiente posible. Es ello lo que Von Hirsch pretende al proponer pautas para determinar la proporcionalidad. En efecto, el autor sugiere como criterios: 1) proporcionalidad ordinal, según la cual delitos de igual gravedad deben ser castigados con igual severidad. Este criterio tiene tres sub-exigencias: a) paridad: delitos de gravedad semejante merecen castigos de severidad similar; b) graduar de acuerdo con el rango: ordenar los delitos en una escala de penas que refleje su severidad; c) espaciar las penas: el espacio entre la gravedad de las penas debe reflejar el espacio entre la gravedad de los delitos. Pero además, que el grado de desaprobación que se expresa a través del castigo sea una convención, no implica que toda convención sea igualmente aceptable. Existen, pues, límites a la severidad del castigo a través del cual se expresa el grado de desaprobación por la conducta previa defectuosa, y estos límites son establecidos, precisamente, por la: 2) proporcionalidad cardinal o no-relativa.²⁹²

Comencemos por el menos complejo problema de la proporcionalidad ordinal. En primer lugar, debemos señalar que el Derecho penal material nos ofrece criterios para discernir entre conductas en que hay un mayor o menor grado de intencionalidad y voluntariedad. Lo que no nos otorga, ergo, son criterios para determinar la graduación de la entidad del daño provocado o del bien jurídico violentado.

²⁹² VON HIRSCH (1998), pp. 45-46.

Al efecto, Von Hirsch propone como criterio de medición del daño la afectación que el delito provoque en el estándar o calidad de vida de la persona, entendiendo que la protección de los medios normalmente adecuados para propender a una buena calidad de vida –como podríamos consensuar son salud, vivienda, educación, libertad, intimidad, y semejantes- conlleva a la protección de un buen estándar de vida.²⁹³ Lo anterior, si bien es plausible, no da cuenta, en nuestra opinión, de la multiplicidad de bienes jurídicos eventualmente afectados por los delitos. Por ejemplo, ¿cómo un delito contra el patrimonio del Estado podría afectar la calidad de vida de una(s) persona(s)? Salvo que queramos argumentar que indirectamente afecta las posibilidades de vida de todos, creemos que el criterio de medición de la gravedad del daño propuesto por Von Hirsch no aplica a estos casos. Pero entonces, ¿qué criterio podemos proponer que dé cuenta de la multiplicidad de delitos existentes?

A nuestro entender, el único criterio plausible son las posibilidades de vida en sociedad que nos entregan los bienes jurídicos protegidos por las normas penales. Así, podemos estar de acuerdo en que la vida es el bien jurídico más importante, desde que la sociedad regula las relaciones entre personas vivas. La libertad de movimiento, la indemnidad sexual y la libre disposición del patrimonio propio son condiciones posibilitadoras del libre

²⁹³ VON HIRSCH (1998), pp. 62-63.

desenvolvimiento de los individuos, en su esfera de autonomía privada, conforme a sus proyectos de vida –y podemos concordar en que todos queremos tener una esfera de vida en que seamos soberanos de decidir conforme a nuestras preferencias personales-. La importancia de la custodia del patrimonio fiscal, por su parte, no radica en la protección de una buena calidad de vida de las personas, sino en la defensa del propio Estado -patrimonialmente entendido- como condición posibilitadora de la vida en sociedad.

Por el contrario, la gravedad de las penas sí puede ser analizada a partir del criterio de afección al estándar de vida.²⁹⁴ En efecto, una pena de muerte puede estimarse más grave que una privativa de libertad, y la privativa de libertad más grave que una pena pecuniaria, en el entendido que la importancia de los bienes afectados para el desarrollo de una buena calidad de vida es decreciente. Con todo, lo anterior se torna problemático respecto de las personas jurídicas, que conforme a la ley 20.393 pueden ser objeto de sanción penal (aunque muy distintas de las reguladas para las personas naturales). En el caso de los llamados entes morales, con todo, puede aplicarse el criterio análogamente: las penas serán más severas en la medida en que impidan una proyección de vida sana de la persona jurídica. Así, la disolución de la persona jurídica, establecida como pena en el numeral 1) del art. 8° de la ley, será una pena más severa que la imposición de una multa, regulada en el numeral 4) del

²⁹⁴ En este sentido, VON HIRSCH (1998), p. 68.

mismo artículo, en cuanto la primera obsta a la continuación de la vida de la persona, no siendo este el caso ante la imposición de la segunda (a menos que la multa sea de tal entidad que impida sobrevivir patrimonialmente a la persona jurídica).

Acorde a estas propuestas, entonces, podemos identificar los delitos más graves y las penas más severas, de manera de imponer estas últimas de forma proporcional a la gravedad de los ilícitos, conforme a los criterios de proporcionalidad ordinal.

El problema, con todo, radica en identificar principios plausibles conforme a los cuales establecer la proporcionalidad cardinal. Necesitamos puntos de anclaje mínimos y máximos que den cuenta del grado de reproche que expresa la pena, entendiendo que el espectro de opción del juez para elegir entre distintas penas con eficacia retributiva debe ser flexible. Para Von Hirsch, como la imposición del mal que conlleva la pena se justifica en razones preventivas (pues de otra manera bastarían penas simbólicas), el punto de anclaje mínimo estará dado por aquel en que una reducción de la pena conduzca a una pérdida de su eficacia preventiva²⁹⁵, y el máximo será siempre una convención política

²⁹⁵ VON HIRSCH (1998), p. 73.

sujeta a disminución graduable hasta otorgar el desincentivo suplementario mínimo para que las personas se abstengan de delinquir.²⁹⁶

Nuestra propuesta, como no se erige sobre la prevención, requiere encontrar puntos de anclaje justificados de forma diversa. Pero debemos hacer una prevención: los límites serán igual de difusos que en la justificación dada por Von Hirsch, pues al mismo tiempo que es complejo establecer con certeza media la forma en que la magnitud de las penas incide en la abstención a la comisión de delitos, también lo es establecer la medida en que la pena sigue constituyendo un reproche genuino para una conducta previa defectuosa.

Para lograr encontrar un punto de anclaje, pues, partiremos de una premisa: el merecimiento admite un espacio de juego para la elección de la pena y su magnitud, y ese espacio de juego estará dado por la mínima y máxima magnitud de privación de bienes jurídicos admisibles conforme a un Derecho penal del ciudadano. No podrán, por ende, imponerse penas degradantes o deshumanizadoras, ni tampoco penas que no expresen la imposición de un mal sensible a quien delinque –en el entendido que el reproche por medio de la irrogación de un mal deviene en un reconocimiento de la dignidad del sujeto que delinque-. Luego, la fijación del punto de anclaje, a la inversa de lo propuesto por Von Hirsch, debe determinarse primero en el punto

²⁹⁶ VON HIRSCH (1998), p. 83.

mínimo, de manera que el delito menos reprochable pueda concordar con la pena menos severa que implique la imposición de un mal sensible como medida del reproche penal. Desde ahí, las penas deben ir en aumento conforme aumenta la gravedad de los delitos, hasta llegar al límite máximo que prescribe que los penados sean tratados conforme a su dignidad como personas. Dentro de ese espacio de juego es donde deben operar los criterios de proporcionalidad ordinal, de manera que la severidad de las penas, en todos los casos, sea proporcional al grado de reproche que los delitos merecen.

Podrá observarse, entonces, que el criterio de merecimiento, conforme a nuestra justificación retribucionista, rige en toda la escala de medición de penas, no dando lugar a criterios de justificación preventivos. Estos últimos, en definitiva, operarán como meras externalidades positivas.

6. Recapitulación.

Hemos desarrollado latamente en este capítulo el marco conceptual para una justificación retributiva de la pena, que al mismo tiempo pueda legitimarse democráticamente como expresión de un acuerdo social. En un comienzo, hemos señalado que la acción antijurídica, entendida como mera operación de subsunción de ésta en el contenido proposicional de una norma de comportamiento, requiere, para ser adscrita a un sujeto, de dos niveles de

imputación: una imputación a la capacidad de acción (o de evitación intencional) y una imputación a la capacidad de motivación (o capacidad de culpabilidad). Solo satisfaciéndose ambos niveles podemos atribuir responsabilidad penal, formalmente, a un sujeto.

La capacidad de acción, en esta propuesta, debe analizarse conforme al modelo del silogismo práctico, dentro del cual se presupone como motivo dominante para actuar a la fidelidad al Derecho. Así, en este modelo la premisa mayor será representada por el deber de respeto a la prescripción normativa, la premisa menor hará referencia a las capacidades físicas y al conocimiento fáctico relevantes del sujeto, y la conclusión será el concreto deber de acción (o de evitación intencional) del sujeto, el cual debe corresponderse con el conocimiento de las circunstancias de hecho relevantes, la habilidad para cumplir con la prescripción penal, y con la vigencia del deber de fidelidad al Derecho como motivo dominante para actuar.

Si conforme a lo anterior podemos concluir que el sujeto, atendidas sus capacidades reflejadas en la premisa menor, debió haberse comportado conforme a la prescripción normativa y no lo hizo, cobra sentido analizar la corrección de la presunción de fidelidad al Derecho plasmada en la premisa mayor del silogismo. Lo anterior refleja que una mera infracción a un deber de acción no es suficiente fundamento para la atribución de responsabilidad

jurídico-penal. Antes bien, un delito es la contravención de una norma de conducta que en el plano comunicativo refleja una falta de reconocimiento de la misma como razón eficaz para la acción, en la medida que el sujeto pueda motivar su voluntad conforme a la prescripción penal.

Normativamente, para que un sujeto tenga dicha capacidad de motivación, se requieren de requisitos formales mínimos. Estos requisitos dicen relación con la conformación psíquica del sujeto y la medida de su autocontrol volitivo, todas cuestiones que encuentran su fundamento, en el plano de lo fáctico, en generalizaciones científicamente justificadas de expectativas de conducta, ancladas en la asunción de la libertad de la voluntad del sujeto como momento relevante de la acción. Pero además, una correcta motivación del sujeto por la norma de conducta requiere que éste tenga acceso a su contenido, y que en la concreta situación le sea exigible comportarse conforme a la prescripción penal. Ambas cuestiones, dogmáticamente, se conocen con el nombre de error de prohibición y causas de exculpación.

Con todo, la operación en sus niveles de los criterios de imputación no es fundamento suficiente para adscribir, legítimamente, responsabilidad penal. Es por ello que los elementos antes mencionados solo dan lugar a un concepto formal de culpabilidad, que da cuenta parcialmente del principio de merecimiento—o al menos solo da cuenta de un merecimiento individual—.

Luego, para otorgar un contenido material a la culpabilidad debemos recurrir a ulteriores criterios de legitimación que reflejen la posibilidad de percibir el castigo penal como justo, tanto a los ojos de quienes lo padecen como de quienes lo contemplan.

Estos criterios materiales de justificación deben ser reflejo, pues, de que la operación de la imputación de responsabilidad penal tiene lugar dentro de una sociedad democrática. Por ello, solo en la medida que las instituciones puedan ser percibidas como justas, su contravención puede estimarse como un hecho injusto que merece reproche.

Como la justicia de las instituciones, en nuestra propuesta, no puede determinarse conforme a criterios ontológicos, su justificación solo puede hacer referencia a la corrección de los procedimientos de creación de normas penales. Conforme a esto, la institución del Derecho penal será justa en la medida que su creación pueda ser reconducida a un procedimiento en que todos los eventuales sujetos a ser objetos de adscripción de responsabilidad puedan verse como autores de la misma. Ello, en la propuesta *habermasiana* – y defendida en esta obra-, solo puede darse entendiendo al proceso constituyente como una instancia ideal de habla, que garantiza la más plena vigencia de los derechos políticos y subjetivos de los sujetos, de manera que todos puedan participar, al menos eventualmente, de la actualización de su

sustancia. En esta medida, la moralidad del Derecho es garantizada por la corrección de los procedimientos democráticos de su formación.

Si la vigencia de las instituciones –dentro de las que cuenta el Derecho penal- puede reconducirse a un procedimiento voluntario de creación de todos los sujetos, las mismas deben representar el sentido del bien común, entendido como estricto criterio de justicia distributiva. Dicho en otros términos, si el Derecho representa una institución ventajosa para todos –en tanto todos hemos aprobado su vigencia por medio del ejercicio formalmente regulado de nuestra capacidad deliberativa en su faz pública-, su quebrantamiento representa una falta de sentido de la justicia, entendiendo que quien las violenta se comporta como un maximizador de su propio bienestar, decepcionando las expectativas de todos en la más plena vigencia de los acuerdos normativos suscritos como ciudadanos. Pero además, si reconstruimos al Derecho como una instancia de habla, su quebrantamiento representa una falta de lealtad comunicativa, pues como ciudadanos sólo en el ejercicio de nuestra autonomía pública formalmente regulada podemos poner en cuestión la vigencia de su contenido, rigiendo en el plano de la autonomía privada el más estricto deber natural de justicia para con las instituciones –es decir, un deber de respeto-.

De esta manera, desde el punto de vista del delincuente, la responsabilidad penal puede justificarse materialmente como la falta de sentido

de la justicia y de lealtad comunicativa que motiva las actitudes reactivas ínsitas en la imposición de la pena –entendida como reproche-. Pero el Derecho penal también requiere justificarse desde el punto de vista del detentador del *ius puniendi* –el Estado-. Lo mismo admite ser redescrito como el criterio de exigibilidad de una conducta conforme a las prescripciones penales, entendiendo que el Estado sólo puede exigir en la medida que entregue a los sujetos condiciones materiales e intelectuales mínimas para el desenvolvimiento de su papel social –en el plano de su autonomía privada-. Así, podemos entender al delito como un conflicto de racionalidades socialmente inducidas, más allá que un mero contraste entre una voluntad individual y la racionalidad hegemónica plasmada en las normas de conducta.

Ambos criterios –la falta de sentido de la justicia y de lealtad comunicativa, y la capacidad que el Estado tiene para exigir conductas conforme a Derecho- deben operar, en nuestra propuesta, como criterios coadyuvantes de la culpabilidad formal en la estimación del merecimiento del sujeto –principio general del que la culpabilidad es manifestación-. Así vistas las cosas, un menor reconocimiento del Estado de la autonomía privada de determinados sujetos, por ejemplo, debe corresponderse con una menor medida de reproche por el quebrantamiento de las normas penales. Lo mismo aplica para el análisis del reconocimiento de la autonomía pública –o capacidad deliberativa pública formalmente regulada-.

Solo de esta manera la operación del Derecho penal puede ser reconstruida como una instancia de reconocimiento de la dignidad de los sujetos, en que la pena sea manifestación institucional de reproche merecido –y por tanto proporcional con la medida del reproche- por el hecho delictivo –que puede ser redescrito en términos de hecho injusto-. Una reconstrucción del Derecho penal que no cuente como elementos relevantes a los criterios materiales de justificación, solo puede reflejar una institución coactiva, que no reconoce en los sujetos la dignidad inmanente que su carácter de persona moral les entrega.

CAPÍTULO II. ¿ES POSIBLE UNA JUSTIFICACIÓN RETRIBUCIONISTA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE?

Luego de abordar latamente en el capítulo anterior todas las problemáticas subyacentes a la justificación de la imposición de una pena, concluyendo que una teoría retributivo-democrática puede dar cuenta consistentemente del entendimiento del Derecho penal como un esquema voluntario de organización de ámbitos de autonomía diversos, el presente capítulo tiene por objeto poner a prueba el rendimiento teórico de dicha propuesta en una rama que siempre ha sido compleja de justificar para los retribucionistas: la del Derecho penal adolescente.

Lo problemático de intentar esta justificación es que en definitiva debemos dar cuenta de un déficit relevante de autonomía privada en los adolescentes, y de un déficit absoluto de autonomía pública. ¿Cómo conciliar lo anterior con una asunción democrática del Derecho penal, en que la pena se impone porque en último término los sujetos pueden ser vistos como partes del acuerdo social ínsito en las normas de conducta y como beneficiarios de los productos de la cooperación social en el ámbito de su autonomía privada?

En lo que sigue, intentaremos responder a estas complejas preguntas sin tener que descartar a la teoría retribucionista como aplicable a este concreto ámbito del Derecho penal.

1. Principio de igualdad formal y principio de igualdad material.

Para el desarrollo de este capítulo, partiremos desde las siguientes premisas establecidas en nuestra legislación nacional: la mayoría de edad se adquiere a los 18 años, teniendo a dicha edad los sujetos plena capacidad de ejercicio tanto en el ámbito de la autonomía privada (lo cual puede extraerse de la conjunción del contenido de los arts. 1446 y 1447 del Código Civil²⁹⁷) como de la autonomía pública (art. 13 CPR); la responsabilidad penal de adolescentes, conforme al artículo 3° LRPA, se aplicará a quienes, al momento de darse principio de ejecución al hecho, sean mayores de 14 y menores de 18 años, de manera que utilizaremos el término “adolescente” con esta connotación, sin perjuicio del hecho que si queremos usarlo con otra, haremos expresa referencia a ello.

Burkhardt apunta muy bien que hay casos en que no se imputa culpabilidad, a pesar de que el delincuente ha actuado con conciencia de que

²⁹⁷ En adelante CC.

podía haber elegido y actuado de otro modo.²⁹⁸ Es decir, el argumento decisivo en estos casos no es que el sujeto actúe sin libertad, sino que su libertad no parte desde el mismo punto que la libertad de otros, lo que puede conducir o a una atenuación del reproche o a su supresión. Podrá observarse, por ende, que el *quid* del argumento radica en un principio: el de igualdad. De lo que se trata, en definitiva, es de tratar las situaciones iguales de forma equivalente, y las diferentes de forma distinta, suponiendo que se atiende a la misma pauta, criterio esencial o característica de diferenciación. Ello es lo que denominaremos igualdad formal.²⁹⁹

De esta manera, si dos personas se encuentran, respecto de una misma característica esencial (que aún no conocemos), en igual posición, deben ser tratados, respecto de su responsabilidad por los actos, de la misma manera.

La pregunta que surge de lo anterior es obvia: ¿podemos plantear que existe alguna característica esencial en que jóvenes y adultos sean diferentes a efectos de su responsabilidad penal?

Al respecto podemos proponer muchos criterios de diferenciación (los que serán tratadas en profundidad más adelante): la menor capacidad cognitiva

²⁹⁸ BURKHARDT (2007), pp. 70-73.

²⁹⁹ En el mismo sentido, CHAN (2013), p. 32.

y de autocontrol volitivo, traducida en una menor culpabilidad formal; el menor grado de socialización del adolescente; la menor resiliencia al castigo del menor de edad; o la comprensión de la adolescencia como una etapa de experimentación, que redundaría en una obligación social de tolerancia especial.

Cada uno de estos puntos tiene plausibilidad, en la medida en que logremos justificar descriptivamente que es efectivo que lo normal es que los menores de 18 años tengan dichas capacidades disminuidas. Si ello no es efectivo, entonces, la legislación que regula la responsabilidad penal de los adolescentes está mal concebida, pues fijaría un punto de separación que no se condice con la realidad. Por ello, cobra sentido lo propuesto por Von Hirsch, en el sentido que en el análisis de la culpabilidad juvenil no se trata que, “de hecho, los adolescentes tienden a tener menos comprensión completa de las consecuencias criminales. Más bien, [se trata] que esto es todo lo que razonablemente deberíamos exigirles, dado el grado de dependencia de dicha comprensión respecto de la experiencia, el aprendizaje y las capacidades de razonamiento moral que se desarrollan durante la adolescencia a medida que transcurre el tiempo”.³⁰⁰ Dicho en otros términos, en la medida en que la experiencia nos permita fijar plausiblemente un límite de edad en que sea esperable que figure una disparidad relevante respecto del criterio esencial de diferenciación que elegiremos, dicha edad estará justificada normativamente.

³⁰⁰ VON HIRSCH (2012), pp. 67-68.

En lo que sigue, analizaremos cada uno de los criterios esenciales de diferenciación nombrados para vislumbrar si se encuentra justificado el tratamiento especial que la LRPA da a los adolescentes en cuanto a su responsabilidad penal. Si dichos criterios son plausibles, entonces, podremos justificar un principio de igualdad material que dé cuenta del tratamiento diferenciado que merecen los sujetos en tanto se encuentran en una relación distinta con dichos criterios.

2. El adolescente como sujeto en desarrollo. La culpabilidad formal como criterio de diferenciación relevante entre la responsabilidad penal de adultos y adolescentes.

La tesis que se intenta defender en lo sucesivo es que los adolescentes poseen características relevantes para la responsabilidad penal diferentes a las de los adultos, de manera que la respuesta por sus hechos delictivos debe ser también diversa.

La adolescencia es un invento cultural; es una etapa de transición entre la niñez y la adultez, pero con especificidades propias que permiten describirla

en términos especiales.^{301/302} Para precisar, una descripción de la adolescencia que nos agrada es la siguiente: “es un espacio para el desarrollo de procesos psicológicos y biológicos concomitantes que se complementarán para definir a una persona capaz de desempeñarse eficientemente en un set de roles sociales. Por lo tanto, se trata de un fenómeno social global, complejo, que implica una multidimensionalidad de elementos para lograrlo. En las sociedades occidentales modernas, la adolescencia y la juventud son concebidas como un período de moratoria psicosocial. Una transición que supone un prolongado período de entrenamiento de roles adultos, de capacidades, status y valores acompañado (para unos pocos) de un amplio conjunto de oportunidades, una gran cantidad de alternativas de elección y una amplia gama de interacciones

³⁰¹ Cronológicamente, la Organización Mundial de la Salud la ha definido como el lapso de tiempo que comprende aproximadamente entre los 10 y 20 años de edad. Biológicamente ha sido conceptuada como el período que comienza con la aparición de los caracteres sexuales secundarios, prosigue con la adquisición de la capacidad reproductora y culmina con el cierre de los cartílagos epifisarios y del crecimiento. Sociológicamente podemos describirla como el período de transición que media entre la niñez dependiente y la edad adulta autónoma tanto económica como socialmente. Psicológicamente se ha señalado que la adolescencia es el período que comienza con la adquisición de la madurez fisiológica y termina con la adquisición de la madurez social, es decir, con la asunción de los derechos y deberes sexuales, económicos, legales y sociales del adulto. GUAJARDO y MONTENEGRO (1994), p. 490.

³⁰² MARTIN (2004), p. 163, basándose en los estudios de Krech, David; Crutchfield, Richard S. y Livson, Norman, señala como puntos cronológicos aproximados los siguientes: el comienzo de la adolescencia se daría entre los 12 o 13 años, y su culminación entre los 18 y 20 años.

fuera de la familia y la comunidad local antes de adquirir compromisos más definitivos con la sociedad.”³⁰³

Se puede observar que el rango etario para fijar el comienzo y el fin de la adolescencia es bastante amplio, de manera que una toma de postura al respecto siempre puede devenir en un ejercicio arbitrario. Con todo, ello deja de ser problemático desde que cualquier regulación de la adolescencia que se realice se mueva dentro de los parámetros generalmente aceptados: que no se fije la edad de inicio bajo los 10 años, y la de término sobre los 20 años. Conforme el desarrollo que se hará en este acápite, se verá que una edad de comienzo de la adolescencia adecuada es alrededor de los 14 años, si la regulación se relaciona con la posibilidad de adscribir responsabilidad penal a los sujetos. Fijar una edad de término es más complejo, pero creemos que la misma debe ser consecuente con el grado de autonomía que el Estado reconoce a los sujetos en relación a la edad, si nuestros criterios relevantes para determinar la culpabilidad material han de ser la exigibilidad del Estado de conductas conforme a Derecho y el grado de participación en el proceso nomogénico. Pero dicho grado de autonomía, a su vez, debe concordar con niveles mínimos de desarrollo intelectual y volitivo que garanticen un adecuado desenvolvimiento de los sujetos en el tráfico social –de manera que en último término, los criterios de culpabilidad formal, basados en la evidencia empírica,

³⁰³ GUAJARDO y MONTENEGRO (1994), p. 491.

darán sustento a nuestros criterios de culpabilidad material.³⁰⁴ Lo mismo, estimamos, no puede ocurrir muy cerca de la edad de inicio de la adolescencia, pues si la esencia de ésta se encuentra en ser un período de moratoria psicosocial, el rango temporal debe ser lo suficientemente amplio para permitir el entrenamiento en el ejercicio de las nuevas destrezas intelectivas y volitivas adquiridas. Por ello, defenderemos la siguiente propuesta: un lapso de tiempo menor a 4 años es insuficiente para un entrenamiento adecuado, bajo la asunción de que los 14 años es un punto plausible para demarcar el comienzo de la adolescencia a efectos de la aplicación del Derecho penal.

Nuestro fundamento para señalar esto es que, según algunos estudios, a la edad de 16 años solo una minoría alcanzaría el nivel más avanzado de pensamiento formal.³⁰⁵ Luego, dicha edad es inadecuada como punto demarcatorio con la adultez³⁰⁶. Por la cercanía temporal, probablemente la edad de 17 años también lo sea. Luego, los 18 años, *prima facie*, parecería un lapso de término plausible de la adolescencia en virtud del desarrollo esperable de las

³⁰⁴ Es decir, la solución al problema no pasa, por ejemplo, por reducir la edad en que se concede el derecho a voto a los sujetos, o en que se les reconoce plena capacidad de ejercicio en el plano de su autonomía privada.

³⁰⁵ COLEMAN (1995), pp. 49-50.

³⁰⁶ Pues entendemos que la adultez se debe caracterizar por un desarrollo avanzado del pensamiento formal, lo cual asegure a cabalidad la comprensión de los criterios materiales subyacentes al reproche penal.

capacidades cognitivas, cuestión que repercute, como se verá, en el grado de desarrollo moral de los sujetos para comprender a cabalidad el sentido expresivo de sus actos.

Un punto de partida obligatorio para dar cuenta de alguna diferencia relevante entre adolescentes y adultos para el Derecho penal, es analizar los presupuestos que dan lugar a dicho tipo de responsabilidad. Formalmente, hay acuerdo en que para existir responsabilidad penal debe darse un supuesto de hecho describible como acción intencional y voluntaria, es decir, susceptible de ser adscrito conforme al primer nivel –capacidad de acción- como al segundo nivel –capacidad de motivación- de imputación jurídico-penal. Respecto del primer nivel de imputación no creemos exista mayor problema, en tanto entendamos por acción intencional aquella en que el agente, teniendo la habilidad de provocar el acontecimiento *x*, desea provocarlo –es decir, lo provoca obedeciendo a un deseo propio de primer orden-, y sabe–o al menos tiene la opinión de- que lo está provocando³⁰⁷. En efecto, como desarrollaremos en lo que sigue, existe consenso en las ciencias sociales de que los adolescentes se encuentran, en la mayoría de los casos, en un nivel de razonamiento formal (aun cuando básico), de manera que pueden proyectar posibilidades y calcular probabilidades, todas cuestiones trascendentales para el conocimiento de las circunstancias fácticas relevantes para el dolo. Dicho en

³⁰⁷*Supra*, p. 45.

otros términos, podemos esperar de un adolescente que tenga capacidad de acción, es decir, que pueda proyectar una acción propia –deseada- como posible productora de un resultado concreto, según un cálculo pragmático – utilitarista- de probabilidades. Por ello, este criterio no puede ser relevante para sostener una diferencia en el tratamiento penal de adultos y adolescentes.

Pero respecto de la imputación de segundo nivel sí podemos vislumbrar diferencias relevantes que puedan justificar plausiblemente un distinto tratamiento penal de adolescentes y adultos conforme al principio de igualdad formal. Si la imputación de segundo nivel es la atribución de capacidad de motivación al sujeto concreto, es decir, es la adscripción de una acción como expresión de una volición de segundo orden, podemos encontrar diferencias en la capacidad cognitiva, de autocontrol volitivo y de adecuación socio-cultural, que redundan en una menor capacidad para motivarse por los mandatos normativos del Derecho penal por parte de los adolescentes. Si es cierto que las capacidades relevantes para la adscripción de culpabilidad son distintas, el reproche expresado por la imposición de la pena debe ser distinto, de manera que la reacción penal o debe desaparecer, o debe ser sustantivamente morigerada.

Comenzaremos con el análisis de las capacidades intelectivas, volitivas y de adecuación social de los adolescentes, las cuales, eventualmente, pueden

justificar una diferencia en la reacción penal por el quebrantamiento voluntario de normas de conducta.

Piaget fue uno de los primeros psicólogos en dar cuenta de que en la pubertad ocurre un cambio cualitativo en la naturaleza de la capacidad mental, y no un mero cambio cuantitativo, dando lugar al pensamiento relativo a operaciones formales. En efecto, entre los 7 y 11 años, Piaget estima que el niño se encuentra en la etapa del pensamiento “relacional” o de las operaciones concretas, conforme al cual es incapaz de diferenciar con claridad entre lo mentalmente construido y lo perceptivamente dado. Con la aparición de las operaciones formales, en cambio, el joven ya es capaz de construir proposiciones contrarias al hecho, conforme al criterio de “posibilidad”, facilitando un modo hipotético-deductivo de abordar la solución de problemas, es decir, es capaz de poner al propio pensamiento como objeto del pensar, asimilando nociones de probabilidad y creencia.³⁰⁸

³⁰⁸ ENGELMAYER (1970), p. 155; COLEMAN (1995), p. 46. Con todo, COLEMAN (1995), pp. 49-50, expone estudios que darían cuenta de que Piaget era demasiado optimista al plantear que es esperable que adolescentes desarrollen el pensamiento operacional formal a la edad de 12 o 13 años. En efecto, estudios como el realizado por Shayer y colaboradores, en que se utilizaron un número de tareas científicamente orientadas dentro de un procedimiento estandarizado, han demostrado que solo un 30 por ciento de los jóvenes alcanza, a los 16 años, el estadio del pensamiento formal temprano, y un 10 por ciento el de pensamiento formal avanzado.

La aparición del pensamiento abstracto, con todo, no es suficiente para explicar la particularidad que implica el período de la adolescencia. Elkind propuso nociones interesantes que pueden dar cuenta de esta particularidad. Primero, enarboló el concepto de “egocentrismo adolescente”, conforme al cual el sujeto es incapaz de diferenciar entre sus propias preocupaciones y las de los demás; proyecta sus preferencias y miedos en las demás personas, como si éstas fueran las únicas existentes. El autor vincula este concepto de egocentrismo adolescente con el de “audiencia imaginaria”, según el cual el sujeto anticipa reacciones de los demás respecto de su persona partiendo de la premisa que los demás le valoran de idéntica manera a como él lo hace. Pero además, en esta propuesta, el egocentrismo adolescente se vincularía con el concepto de “fábula personal”. Este concepto caracteriza una especial valoración social del adolescente por su persona, de manera que el sujeto llega a considerarse a sí mismo y a cuanto siente como algo único o muy especial.³⁰⁹

Si bien es cierto que no existe evidencia científica incontrovertible en cuanto a la edad precisa en que puede esperarse aparezca el desarrollo del pensamiento formal o abstracto, sí podemos establecer un margen. Peel ha mostrado en sus estudios que entre los 13 y 15 años de edad tiene lugar un acentuado cambio que hace que gran parte de los adolescentes de 15 años

³⁰⁹ COLEMAN (1995), pp. 52-53.

alcancen un nivel de pensamiento abstracto o formal.³¹⁰ Asimismo, Engelmayer ha señalado que “[t]odos los reconocimientos acerca de las trayectorias evolutivas de la formación de conceptos, la abstracción, conclusión, juicio y capacidades mnémicas coinciden en que la línea demarcatoria ha de trazarse en el período de la segunda transformación morfogénica, o sea entre los 12 y 14 años”.³¹¹ Lo anterior hace que podamos establecer un presupuesto de argumentación plausible, basado en la evidencia científica de la psicología: es razonablemente esperable que a los 14 años aparezca en los sujetos el desarrollo del pensamiento formal.

Pero, ¿por qué es importante para el análisis de la responsabilidad el desarrollo de las capacidades cognitivas de los sujetos? La importancia principal radica, a nuestro entender, en que existe una correlación entre estas capacidades y el desarrollo del pensamiento moral, relevante a efectos de una justificación genuina de la responsabilidad en base al criterio del merecimiento. En efecto, Kohlberg³¹² ha realizado una importante propuesta de correlación entre estadios de desarrollo moral en niños y adolescentes y el desarrollo de sus capacidades cognitivas. El autor describe 6 estadios en el desarrollo moral de niños y adolescentes: estadio 1: “orientación castigo-obediencia”; los

³¹⁰ COLEMAN (1995), p. 54.

³¹¹ ENGERMAYER (1970), p. 156.

³¹² Expuesto por COLEMAN (1995), pp. 56-57.

comportamientos que son castigados son considerados malos. Estadio 2: “hedonismo instrumental”; el niño se comporta “bien” a fin de obtener recompensas. Los dos primeros estadios pertenecen a la etapa pre-convencional. Estadio 3: “orientación hacia las relaciones interpersonales”; la buena conducta es aquella aprobada por los demás. Estadio 4: “mantenimiento del orden social”; la buena conducta consiste en cumplir con el propio deber, mostrando respeto por la autoridad y por el mantenimiento del orden social, por el propio bien. Estadios 3 y 4 pertenecen a la etapa convencional. Estadio 5: “contrato social y/o orientación de la conciencia”; en un comienzo, el comportamiento moral se rige según una concepción de derechos y niveles generales establecidos por la sociedad, entendida como un todo, pero más tarde existe una creciente orientación hacia las decisiones íntimas de la conciencia. Estadio 6: “orientación según principios éticos universales”; existe una tendencia a formular principios éticos abstractos y a guiarse por ellos. Estadios 5 y 6 pertenecen a la etapa post-convencional.

En la propuesta de Kohlberg, los estadios pre-convencionales equivalen al nivel de las operaciones concretas, y los estadios convencionales y post-convencionales se corresponden con el nivel de las operaciones formales.³¹³ Si

³¹³ Con todo, el mismo COLEMAN (1995), p. 57, arguye que estudios posteriores han formulado dudas respecto de las conclusiones de Kohlberg: se ha señalado, al efecto, que parece más

lo anterior es cierto, entonces podemos establecer una relación entre atribución de responsabilidad moral y estadios cognitivos respectivos. Pero hay que ser cautos con las conclusiones apresuradas, pues como bien se ha hecho constar, el logro de un estadio cognitivo constituye, probablemente, condición necesaria, mas no suficiente del respectivo logro del correspondiente estadio moral.³¹⁴ Llegar a un respectivo estadio moral es función también del nivel de socialización de los valores sociales, cuestión indefectiblemente relacionada con la integración de la moral hegemónica recibida a través del proceso educativo formal.

Asimismo, aun nos podemos cuestionar si existe evidentemente una relación entre la pertenencia a un determinado estadio de desarrollo moral y el comportamiento efectivo de los sujetos. Se ha afirmado en relación a esto que el nivel de juicio moral es tan solo uno entre muchos factores que determinarán una acción concreta en situaciones en las que está implicada la moral. En efecto, además del juicio moral son variables que determinan la acción el conocimiento moral, la socialización, la empatía y la autonomía.³¹⁵

probable que el logro del pensamiento operacional formal sea necesario sólo para el razonamiento moral post-convencional.

³¹⁴ COLEMAN (1995), p. 57.

³¹⁵ COLEMAN (1995), pp. 59-60.

Lo cierto es que la conciencia, entendida en su función frenadora de impulsos y medida para la decisión, es la única que posibilita el surgimiento del conflicto moral, a partir del sentimiento de culpa.³¹⁶ Esto se relaciona directamente con la capacidad de autodeterminación o capacidad del adolescente de gobernarse a sí mismo, conforme al desarrollo del autoconcepto y de la propia identidad. En cuanto al desarrollo de la identidad, según investigaciones, su formación concluye en los últimos años de la adolescencia, es decir, es al concluir la adolescencia que del sujeto puede predicarse una estabilidad en su identidad que haga posible predecir con algo de seguridad, tanto para él mismo como para los demás, su forma de comportamiento.³¹⁷ Pero además, el nivel de identidad alcanzado se encuentra en estrecha correlación con las destrezas sociales, la ansiedad experimentada, la autonomía y el nivel de conflicto con las autoridades. En cuanto al desarrollo del autoconcepto, especial importancia reviste el análisis de la autoestima, en la medida en que investigaciones constatan la existencia de diferentes trayectorias

³¹⁶ ENGELMAYER (1970), p. 204.

³¹⁷ Señala COLEMAN (1995), p. 82, que no existen datos demostrativos de que un alto porcentaje de adolescentes experimenten una grave crisis de identidad, como creía Erikson, quien acuñó a la "crisis normativa" como característica propia de la adolescencia. Para una exposición de la propuesta de Erikson, véase GUAJARDO y MONTENEGRO (1994), pp. 497-498.

de ésta, que guardan directa relación con la aparición de conductas problemáticas o antisociales.³¹⁸

Con todo, respecto del análisis del autocontrol volitivo, podemos encontrar evidencia científica proveniente desde el campo de las neurociencias que demostraría la existencia de diferencias importantes y decisivas entre el cerebro de los adolescentes y de los adultos. En efecto, “[I]as diferencias de funcionamiento cerebral entre adolescentes y adultos es clave ya que determina la habilidad y capacidad para: pensar, evaluar y comparar alternativas y sus posibles resultados; procesar información para la toma de decisiones; controlar determinados impulsos o tendencias a la acción. Rutherford plantea que mientras los adolescentes procesan la información a través de la amígdala cerebral fuertemente asociada a las emociones, los adultos tienden a filtrar la información [de] los datos a través del córtex pre frontal, parte del cerebro mas (sic) asociada al pensamiento racional y a la regulación y control de los impulsos”.³¹⁹

Podemos observar de lo expuesto que no obstante que en la adolescencia puede esperarse, conforme a la evidencia científica, la concurrencia de un nivel de pensamiento formal –aunque temprano en la

³¹⁸ CRUZ (2012), pp. 15-16.

³¹⁹ TRAJTENBERG (2012), p. 176.

mayoría de los casos-, y un nivel de pensamiento moral convencional y post-convencional, es decir, una conciencia de la existencia de imperativos morales cuyo cumplimiento es conveniente para el mantenimiento del orden social (o por el simple hecho de que todos aprueban dicho comportamiento), e incluso una conciencia del acuerdo social subyacente a los normas morales y su carácter de principios éticos universales, la adolescencia se caracteriza por ser un período especialmente problemático por ser ésta una etapa en que el sujeto se encuentra en búsqueda de una identidad y en entrenamiento de sus capacidades cognitivas y volitivas para su futuro desenvolvimiento como ciudadano. Ello se traduce, en definitiva, en que el adolescente tiene capacidades cognitivas, de desarrollo moral y de autocontrol volitivo en desarrollo, lo cual redundará en que sean comparativamente menores que las de un adulto -que para efectos del Derecho penal es el sujeto-objeto paradigmático de atribución de responsabilidad-.^{320/321}

³²⁰ Es importante señalar que no creemos que el paso por cada etapa implique un cambio drástico en las características psíquicas de los individuos. En efecto, entendemos que cualquier subdivisión del proceso evolutivo humano deviene arbitraria, por no poder establecerse distinciones radicales entre las diversas etapas. Como destaca MARTIN (2004), p. 161, “la mayoría de los psicólogos defienden hoy en día que el desarrollo es un proceso de cambios cualitativos y cuantitativos, es decir, sostienen que algunos de los aspectos del desarrollo son continuos, mientras que otros aspectos muestran características similares a las etapas”.

³²¹ MALDONADO (2004), p. 128, se pronuncia en contra de la comprensión de una capacidad de culpabilidad parcial. Siguiendo a Cury, plantea que la capacidad de culpabilidad –como toda

Como dijéramos con anterioridad, el nivel de desarrollo de las capacidades cognitivas y morales es condición necesaria, mas no suficiente para la correcta racionalización de una conducta. La capacidad de motivación de un sujeto por las prescripciones penales también es, pues, función del nivel de internalización de los valores sociales. Si es la educación formal la que propende a dicha internalización, nos atrevemos a plantear que la educación básica completa provee de la socialización mínima para comprender el sentido y fundamento de los acuerdos morales subyacentes a las normas de comportamiento penal –de manera de poder motivarse por las prescripciones normativas-, y la educación media es la que estabiliza una comprensión completa de dichas cuestiones.³²² Entonces, a los 14 años (edad en que concluye la educación básica normalmente) podemos encontrar rudimentos de una capacidad de motivación socialmente relevante, y a los 18 años (edad en

capacidad- no se puede tener parcialmente; se tiene o no se tiene. En el caso del elemento cognitivo de la culpabilidad, por ejemplo, no puede decirse que exista un entender a medias.

³²² Ello, por cierto, da cuenta de una importante diferencia entre Derecho y moral. Como no basta que el sujeto esté dotado del uso de la razón ni de la culpabilidad moral (o consciencia moral) para ser culpable penalmente, sino que además se requiere haber sido iniciado en el artificial cosmos jurídico, no es válido equiparar consciencia moral a consciencia de la antijuridicidad. Así se expresa, siguiendo a Zubiri, BERISTAIN (1992), p. 110. Lo último, por cierto, requiere de un grado de socialización de consensos morales que la educación formal provee.

que normalmente concluye la formación escolar media) una capacidad de motivación completa.³²³

Conforme a lo anterior, normativamente, pero en base a evidencia científica, podemos esperar que un adolescente –que conforme a nuestra propuesta, sería cronológicamente el sujeto que se encuentra entre los 14 y 18 años de edad- posea un nivel de razonamiento formal y se encuentre en un estadio convencional o post-convencional de desarrollo moral, de manera de comprender el sentido, alcance y fundamento de las normas penales en tanto expresión de consensos morales (aun cuando le sea más complejo que a un adulto regir su conducta por esos imperativos), y a su vez, sociológicamente, es esperable que un adolescente de 14 años detente un nivel de internalización de la moral hegemónica adecuado (aunque se trate de un conocimiento aún básico) como para conocer y comprender los tipos penales, cuestiones todas que legitiman la intervención del Estado en los ámbitos de autonomía de los adolescentes.^{324/325/326}

³²³ BUSTOS (2007), p. 23, está de acuerdo, por las mismas razones, en fijar como edad mínima de responsabilidad penal a los 14 años.

³²⁴ MALDONADO (2004), p. 130, estima que la diferencia relevante entre las capacidades del adolescente y del adulto, más que en las capacidades cognitivas –asimilación conceptual o normativa de las prescripciones penales- se encontraría “en las facultades o potestades que le permiten al adolescente adaptar su comportamiento a las prescripciones normativas, en igualdad de condiciones que un adulto”. Concordamos con Maldonado, en la medida en que

Todo lo anterior logra explicar, por cierto, que la motivabilidad del adolescente respecto de las normas de conducta penal sea menor que la de un adulto, y esto, a su vez, logra justificar un reproche de culpabilidad diferente.

Aunque moralmente hablando no se considera preferible a un delincuente que carece de un nivel de comprensión de la importancia de los entendemos que la culpabilidad formal hace referencia a la motivabilidad del sujeto por las prescripciones penales, cuestión anclada, en último término, en el autocontrol volitivo.

³²⁵ Por cierto, no se trata de que un niño de 13 años y 364 días adquiera, espontáneamente, capacidad de culpabilidad al cumplir 14 años. Pero tampoco se trata, como plantearían los seguidores de Roxin, que solo necesidades preventivo especiales y preventivo generales de integración puedan dar cuenta de dicha diferencia, pues parece difícil establecer que la vigencia del Derecho no se vea contrariada –o lo sea en un sentido insignificante- por el menor de 13 años y 364 días y sí por el de 14 años, como tampoco parece razonable pensar que el menor de 14 años requiera de la imposición de medidas que ayuden a su reinserción social, bajo el paradigma del respeto a las normas del debido proceso, y a un niño se le puedan imponer medidas de carácter extrapenal. De lo que se trata, insistimos, es de lo que podemos generalizar como parámetro normal de lo esperable por la sociedad, conforme a la evidencia científica. Para un desarrollo de la teoría dialéctica de justificación de la pena de Roxin y su principio unilateral de culpabilidad, véase ROXIN (1981), pp. 103; 155; 172-173; 188-189:

³²⁶ En esto nuestra propuesta se separa un tanto de lo expuesto por VON HIRSCH (2012), pp. 67-68, pues entendemos que lo descriptivo es lo que fundamenta las expectativas normativas, y no que las expectativas normativas operen dentro de un nivel argumentativo de “lo razonable” con independencia de la evidencia existente.

bienes jurídicos protegidos subyacentes a los tipos penales a uno que sí tiene dicha comprensión y aun así violenta el bien,³²⁷ lo relevante, y que hace ser a la conclusión diferente para el caso de los adolescentes, es que nuestras expectativas normativas son distintas: razonablemente podemos esperar que un adolescente tenga una comprensión deficiente de los intereses básicos sociales implicados en la trasgresión de normas de conducta, pues han tenido menos oportunidades de desarrollar el conocimiento de dichos intereses atendidas sus habilidades cognitivas, volitivas y de desarrollo moral (integración social) en formación.³²⁸ Dicho en otros términos, lo sustantivo del argumento es que nuestras expectativas normativas de comportamiento respecto de los adolescentes son menores no sólo porque éstos han tenido menos tiempo para internalizar los consensos morales expresados en las normas de conducta penal, sino que además porque la evidencia científica demuestra que la adolescencia es un período en que es razonable esperar que las habilidades cognitivas, volitivas y morales se encuentren disminuidas en comparación a las de un adulto.³²⁹

³²⁷ Como lo plantea VON HIRSCH (2012), p. 66, para el caso de los adultos, “moralmente hablando, no se considera preferible al ladrón domiciliario que carece de este tipo de comprensión al ladrón que comprende, e igual ingresa y roba”.

³²⁸ VON HIRSCH (2012), p. 67.

³²⁹ Lo cual, asimismo, hace improcedente aplicar el argumento analógicamente para cada fase evolutiva de las personas, como si alguien quisiese establecer una justicia penal específica para infantes, adolescentes, adultos y ancianos.

Lo anterior hace que el criterio relevante de diferenciación pueda recaer en estas capacidades, y sin embargo no llevar a conclusiones contradictorias para el caso de adultos que tengan sus capacidades disminuidas: lo que realiza el Derecho penal, en efecto, es estabilizar expectativas de conducta, y esta estabilización puede proveer de criterios rígidos en sus extremos que no den lugar a excepciones. La garantía de esto es permitir un adecuado ejercicio de racionalidad instrumental de los sujetos en cuanto al cálculo de las eventuales consecuencias jurídicas de sus actos, y asimismo, dar cuenta de una insalvable falencia de la justicia penal: ésta requiere estabilizar expectativas de conducta pues es, en la práctica, imposible introducirse en la mente de cada infractor como para medir su nivel empírico de reprochabilidad.³³⁰

Así, ya estamos en condiciones de establecer, a efectos penales, una correlación entre capacidad de culpabilidad y edad: entre los 14 y 18 años es

³³⁰ Ello hace que el rendimiento práctico del antiguo modelo del discernimiento sea nulo. MALDONADO (2004), p. 126, nos señala lo problemático del examen de discernimiento, atendida su imposibilidad como mecanismo de demostración de la capacidad de comprensión – de los actos y las valoraciones normativas- y autocontrol subyacentes al juicio de reproche que implica la culpabilidad. En el mismo sentido se pronuncia VON HIRSCH (2012), p. 69, quien aboga por un régimen de justicia penal juvenil de reducciones categóricas de penas en razón de la edad, y no en reducciones individuales (como sucedía con el modelo del discernimiento), por lo poco factible e inconveniente de este último modelo.

normativamente plausible poseer una capacidad de culpabilidad relevante a efectos penales, aunque disminuida en comparación a los adultos. Como las capacidades implicadas en la posibilidad de adscripción de culpabilidad se encuentran en desarrollo durante la adolescencia –capacidades cognitivas, de autocontrol volitivo y de conocimiento moral-, se deben aplicar escalas de reproche graduables en relación a la cercanía o lejanía con los límites de edad respectivos.³³¹ Antes de los 14 años, luego, no se posee capacidad de culpabilidad alguna que pueda legitimar un reproche penal por una conducta previa defectuosa.

En definitiva, creemos haber mostrado que el adolescente posee una menor capacidad cognitiva, volitiva y de adecuación socio-cultural en comparación a un adulto, factores todos que concurren en conjunto para

³³¹ En este último sentido también se pronuncia VON HIRSCH (2012), p. 68. CHAN (2013), pp. 47-50, plantea una solución similar a la nuestra: la edad como criterio de diferenciación debe encontrar alguna justificación o explicación mediante la característica de diferenciación principal, cual es el grado de desarrollo de ciertos atributivos psíquicos, neurológicos inherentes y socioculturales requeridos para comprender las normas penales y para actuar conforme a ellas. Si ha de justificarse un punto de encuentro entre ambos criterios –como lo cree el autor y lo creemos nosotros-, pueden generarse conclusiones no antinómicas.

justificar un reproche atenuado a la conducta de estos sujetos.³³² Pero esto admite ser complementado: además de ser detentador de estas capacidades, comparativamente, de forma disminuida, son otras cuestiones las que admiten erigirse, en definitiva, como fundamento de un tratamiento de la adolescencia como un período, en relación a la responsabilidad, distinto sustantivamente de la adultez, y no sólo cuantitativamente diferente. En lo que sigue, desarrollaremos dos puntos argumentativos; uno de ellos refuerza la idea de un tratamiento cuantitativamente diferente, y el otro otorga el fundamento definitorio para un tratamiento cualitativamente distinto de la punición de menores de edad.

3. La menor resiliencia al castigo y la tolerancia especial como criterios relevantes para la determinación del reproche penal adolescente.

Que de los adolescentes pueda esperarse una menor resiliencia al castigo obedece a dos cuestiones diversas: primero, que en tanto la intensidad de las sanciones se mida en referencia a la importancia de los intereses afectados por éstas para el “estándar de vida” de una persona común,

³³² O como apunta GONZÁLEZ (1992), pp. 149-150, “[l]o que sí deberá hacer la justicia es valorar el diferente espacio de alternativas de comportamiento del individuo en directa relación a su status social”.

entendiendo por intereses a aquellos recursos que una persona habitualmente requeriría para llevar adelante una vida satisfactoria, la afectación que sufran los adolescentes siempre será más onerosa que en comparación a los adultos, pues los jóvenes tienen un específico interés de desarrollo. En efecto, como lo expone Von Hirsch, “[e]l joven requiere adecuadas oportunidades escolares y de aprendizaje: necesita estar en una atmósfera razonable de crianza, por ejemplo una familia; requiere la exposición a modelos de rol adecuados; y necesita poder comenzar a desarrollar lazos con amigos y relaciones confiables. Estas no son meras preferencias, sino intereses reales: una persona joven debería contar con estos recursos para madurar en forma adecuada y tener una buena vida.”³³³ Pero además, en segundo lugar, podemos aseverar que el adolescente es más sensible al castigo por la particular conformación de su identidad: su identidad se encuentra en desarrollo, de manera que la connotación de censura del castigo penal puede repercutir de forma negativa en su formación. Ello quiere decir que la censura penal puede repercutir en la formación del sujeto como un futuro ciudadano, mas no que el adolescente en sí sea más sensible –es decir, que se afecte más en sus sentimientos- a la imposición de la pena. Así, si al adolescente en todo caso se le debe dar la

³³³ VON HIRSCH (2012), p. 72. MALDONADO (1994), p. 118, se pronuncia en similar sentido: “La intervención coactiva –restricción de derechos- coarta espacios de ejercicio de derechos, de autonomía y que, en definitiva, en esta etapa, constituyen espacios de formación. De ahí que deban administrarse procedimientos tendientes a minimizar dichos efectos desocializadores.”

oportunidad de ser un ciudadano en la adultez, lo que realiza la pena es, precisamente, diluir dicha posibilidad de forma más estrepitosa que en el caso de los adultos –pues estos últimos ya son ciudadanos-.

Conforme a esto, nuevamente podemos justificar un tratamiento penal cuantitativamente más benévolo para los adolescentes, pero lo que queremos justificar en este trabajo, para efectos de aplicarlo a nuestra regulación legal sobre responsabilidad penal juvenil, es que el tratamiento también debería ser cualitativamente diverso. Para ello no basta solo asumir una menor capacidad de culpabilidad de los menores ni su menor resiliencia al castigo, sino que se requiere un paso argumentativo más. Dicho paso está dado, a nuestro entender, por una característica esencial de la adolescencia: este período etario se caracteriza por ser uno de experimentación. Que se trate de un período de experimentación nos obliga a asumir, de querer ser consecuentes, que está permitida la prueba y el error de manera más laxa que en el comportamiento de quienes tienen una identidad ya formada –como normativamente podemos establecerlo respecto de los adultos-. Lo anterior es lo que compone lo sustantivo de la caracterización del imperativo de tolerancia especial para con los adolescentes, y da lugar a poder justificar un tratamiento penal cualitativamente diferente. Mañalich plantea que el fundamento último del principio de tolerancia especial no sería otro que el de una apuesta encaminada a proyectar una vivencia responsable de la autonomía de los jóvenes que

delinquen una vez que sean adultos, de manera que no deberían ser cargados indebidamente con consecuencias penales por sus malas elecciones anteriores.³³⁴ Ello puede motivar al legislador a establecer sanciones cualitativamente menos onerosas para los adolescentes, más allá de una simple atenuación de la magnitud de las penas previstas para los adultos.

4. El ejercicio de la autonomía pública y privada en los adolescentes.

Como un criterio relevante dentro de lo que hemos asumido en este trabajo como culpabilidad es la exigibilidad sistémica³³⁵, una legitimación del castigo penal debe venir dada desde las condiciones posibilitadoras que la sociedad entrega al individuo para el ejercicio de su rol social; es decir, por el reconocimiento del ejercicio de la autonomía privada. Pero además, el Derecho penal, para gozar de sustento democrático, debe poder legitimarse conforme a un modelo en que el sujeto punido pueda verse como autor de la norma cuyo quebrantamiento fundamenta su sanción.

Respecto del reconocimiento de la autonomía privada en adolescentes, y sin querer entrar en mayores discusiones dogmáticas por no ser objeto de este trabajo, es sabido que nuestro CC reconoce en los menores de 18 años una

³³⁴ MAÑALICH (2013), pp. 218-219.

³³⁵ *Supra*, capítulo I, acápite 3.3.

capacidad de ejercicio atenuada. En efecto, se califica a los hombres de entre 14 y 18 años, y a las mujeres de entre 12 y 18 años, como incapaces relativos. Conforme a esto, su capacidad de ejercicio se encuentra circunscrita a la realización de actos por parte de su representante, y los actos realizados por el menor de edad en forma independiente sólo producirán obligaciones naturales deducibles de su peculio profesional, sin perjuicio de tratarse de actos jurídicos anulables, todo ello según puede desprenderse de las reglas del Título X del Libro I sobre patria potestad, y de los arts. 26, 1447, 1470, 1682 y 1684, todos del CC.

Entonces, nuestra legislación civil entiende que el adolescente no tiene plenamente desarrolladas sus capacidades cognitivas como para administrar su patrimonio de forma responsable. Ello, de ser consecuente nuestro legislador, debe proporcionalmente ser compensado con una disminución del reproche penal implicado en la imposición de una pena, pues la participación relevante del sujeto en el tráfico jurídico es deficiente.³³⁶ Dicho en otros términos, la

³³⁶ MALDONADO (2004), p. 115, se manifiesta de forma similar: “el Estado reconoce a los menores de edad ciertos y determinados ámbitos de ejercicio autónomo de sus derechos, asumiendo, por su parte, que el adulto detenta plena autonomía para la gama completa. Por ello el Estado no puede asumir un nivel de exigencia idéntico respecto de ambos, ni atribuir en base a su autonomía / responsabilidad, consecuencias equivalentes. Dicha exigencia aumenta, progresivamente, en forma paralela al reconocimiento de espacios de desarrollo y ejercicio autónomo del sujeto (principio de autonomía progresiva)”. En un sentido similar, pero

regulación legal no le permite al adolescente participar de forma autónoma en la repartición de los beneficios de la cooperación social, lo cual debe corresponderse con una disminución del reproche por el quebrantamiento de las expectativas de conducta institucionalmente fijadas y cuyo fin es posibilitar la coexistencia pacífica de los distintos ámbitos de libertad de los sujetos. Así, si al sujeto no se le reconoce plena autonomía para beneficiarse del acuerdo social, tampoco se le debe reconocer plena autonomía para quebrantarlo. Ello debe redundar, entonces, en una atenuación del reproche penal.

Lo problemático, con todo, se da en el análisis del ejercicio de la autonomía pública de los adolescentes –análisis cuyo objeto, como se dijera, es dar un fundamento voluntarista a la vigencia de la institución del Derecho penal-. Es el caso que los adolescentes no tienen siquiera un reconocimiento morigerado de ésta: derechamente no pueden participar del proceso formalmente regulado de creación de normas.³³⁷ Por ello, siempre la imposición

refiriéndose a lo problemático de aplicar universalmente el mismo baremo de culpabilidad para adultos y adolescentes, HORVITZ (2006), p. 98, para quien “no parece razonable hacer exigibles bajo amenaza penal ciertas conductas que presuponen la calidad de ser portador competente de roles en el tráfico jurídico-social y económico cuando el propio derecho no considera a los jóvenes plenamente capaces para desempeñarse en ellos”.

³³⁷ En el mismo sentido, BERRÍOS (2008), p. 403, para quien “[e]s imposible desconocer que hay un importante déficit de legitimidad de origen en lo que Bustos llama ‘la capacidad del Estado de exigir la observancia de las prohibiciones y mandatos’ a los adolescentes: las normas

de la pena puede devenir en un mero ejercicio de imposición coactiva de la moral hegemónica, sin criterios materiales de justificación subyacentes – cuestión trascendente en la fundamentación de la imposición de la pena que hemos intentado proponer en este trabajo-.

Para salvar esta objeción, debemos partir asumiendo que el ejercicio de la autonomía pública, por medio del ejercicio del derecho a voto, no depende de su efectivo ejercicio. En efecto, puede asumirse que siempre el ejercicio de la autonomía pública es eventual, pues en la mejor de las situaciones, depende de la voluntad del sujeto de ejercer su propia autonomía –en el caso de no encontrarse regulado el voto como obligatorio, como es el caso de Chile-. Que la autonomía pública no dependa de su ejercicio, luego, hace compatible su existencia con su no ejercicio.

Hasta aquí el argumento es un tanto confuso, pero admite ser clarificado de la siguiente manera: la única diferencia relevante entre quien no tiene reconocida una participación por medio del voto en los canales formales de generación de normas y quien, por voluntad propia, decide no ejercer el reconocimiento del ejercicio del voto que la ley le otorga, es justamente que el

que deben respetar no han sido establecidas ni pueden ser democráticamente cuestionadas por sus destinatarios adolescentes, dadas las exclusiones de que son objeto por el sistema político respecto del derecho a elegir y ser elegido como miembro de los poderes legislativos”.

último puede, si quiere, votar. Pero el adolescente tiene reconocido un derecho potencial de ejercicio de su autonomía pública, pues de cumplir la mayoría de edad puede ser en plenitud considerado un ciudadano.

Como el problema de la autonomía pública, al igual que el del resto de los requisitos concurrentes para la atribución de culpabilidad, no puede ser analizado en términos binarios de todo o nada—pues admite gradualidad-, y en el caso de los adolescentes dicha gradualidad está dada por la estipulación de un plazo —la mayoría de edad- que, cumplido, dará lugar al reconocimiento del ejercicio del voto, la conclusión para el análisis de esta autonomía debe ser la misma: en tanto es reconocida de forma potencial —que equivale a decir “gradual”-, la reprochabilidad por una conducta no conforme a Derecho debe ser proporcionalmente más baja.³³⁸

³³⁸ Aclaremos este punto: que la única forma que pueda asumir la gradualidad en el caso del ejercicio formal de la ciudadanía sea la de un reconocimiento potencial del derecho a voto, obedece a que es imposible concebir el voto como unidad graduable —como en el caso de los otros requisitos de atribución de culpabilidad-. Y es imposible concebirlo de esta manera porque en la esencia de la democracia se encuentra la igualdad en el ejercicio del derecho a voto: es impensable que una sociedad erigida sobre el paradigma democrático pueda justificar la validez parcial de un voto —como si el voto de los adolescentes pudiese valer medio voto, y el de los adultos un voto entero-. En un sentido similar, arguyendo que el concepto mismo de derecho moderno deriva su pretensión de legitimidad de la capacidad de integración social de los ciudadanos libres e iguales, se pronuncia HABERMAS (1998), pp. 94-95.

Por lo anterior, no puede estimarse que el Derecho penal adolescente siempre devendrá en un ejercicio heterónimo de imposición de penas, pues en la medida en que el reconocimiento de esa ciudadanía potencial de la que hablamos esté estipulada en la ley, el adolescente puede sentirse parte del acuerdo social subyacente a la institución del Derecho, y en la misma medida puede reprochársele una falta de lealtad comunicativa y de sentido de la justicia, solo que de forma morigerada, pues fácticamente no puede ejercer su autonomía pública.

El argumento puede depurarse aún más si tomamos en consideración que el reconocimiento que la sociedad da de la autonomía del adolescente, tanto privada como pública, es progresivo, atendidas las propias condiciones psíquicas y sociales de esta fase vital. Distinta es la cuestión en el caso de aquellos a quienes nunca se reconocerá el ejercicio de sus planos de autonomía, como los esclavos; respecto de ellos sí puede plantearse, en términos absolutos, que la imposición de la pena siempre será un ejercicio heterónimo de coacción. En el caso de los adolescentes, en cambio, la cuestión se vincula directamente con el reconocimiento de su propia dignidad y del cuidado especial que la sociedad debe tener para con ellos: se entiende que se encuentran en un período complejo de experimentación y conformación de identidad, así como de adquisición de capacidades cognitivas, volitivas y

sociales, de manera que la autonomía que se les puede reconocer, tanto en lo público como en lo privado, no puede ser equivalente a la que se reconoce aun adulto. Pero insistimos, ello obedece a un ejercicio paternalista³³⁹ de protección de la adolescencia, entendiéndose que la misma, de cumplirse cierto plazo, derivará en la asunción de una ciudadanía responsable, y en el entendido que la sociedad no quiere que los potenciales adultos carguen con eventuales malas decisiones que puedan tomar en su adolescencia.³⁴⁰

5. La prevención especial positiva como criterio relevante en la imposición de penas a adolescentes.

La asunción de que los adolescentes representan “ciudadanos en potencia”, hace que junto al ideal retributivo sea legítimo sustentar criterios de prevención especial positiva en la imposición de la pena. Es decir, si queremos ser consecuentes con esta especial preocupación de la sociedad por la adolescencia, que se traduce en un reconocimiento parcial de su autonomía privada y en un reconocimiento potencial de su autonomía pública, debemos

³³⁹ No debe entenderse “paternalista”, en este contexto, en términos peyorativos.

³⁴⁰ En términos similares se pronuncia MAÑALICH (2013), p. 219, quien acuña para esta caracterización el término “proto-culpabilidad”, la cual se manifiesta, en términos del autor, en que “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 adulto”.

mostrar una especial preocupación por entregar condiciones materiales adecuadas para un entrenamiento eficaz de las capacidades cognitivas, volitivas y sociales en proceso de desarrollo. Solo ello puede compensar el déficit de origen de la punición de quienes no tienen participación relevante en el proceso nomogénico, ni tienen participación autónoma plena en los beneficios de la cooperación social.³⁴¹

Utilizando la terminología de Strawson, con la que el lector a estas alturas debe estar familiarizado, la adolescencia no provoca la suspensión de nuestras actitudes reactivas ordinarias hacia el agente, ya sea al momento de la acción o en todo momento, como sucede en el caso de los niños o de los enfermos mentales.³⁴² Por el contrario, el acto criminal de un adolescente mantiene nuestras actitudes reactivas ordinarias, pero con una pequeña desviación: la actitud reactiva, en este caso, se encuentra íntimamente asociada a una actitud positiva que denominaremos “piedad”. Reprochar a un adolescente, entonces, es entender que el mismo merece piedad, clemencia, o una especial consideración, por encontrarse en un período vital caracterizado sustantivamente por el ensayo en la utilización de las nuevas capacidades adquiridas, y por entender que al mismo no se le puede cargar por las malas decisiones que haya tomado en este período de prueba. Pero esta piedad no

³⁴¹ En similar sentido se pronuncia VALENZUELA (2008), pp. 248-251.

³⁴² Véase STRAWSON (1992), pp. 12-15.

puede mantenerse sólo en la consciencia social, sino que debe ser objetivada, al ser parte integrante del reproche implicado en la imposición de la pena. La objetivación de esta actitud, luego, sólo puede darse por medio de la aplicación del principio educativo, entendido como complemento necesario del principio retributivo en la imposición de la pena adolescente.³⁴³

Este principio educativo, a nuestro entender, de querer conservar la justificación retributiva que hemos dado del Derecho penal-y de querer salvar los dilemas lógicos que vienen aparejados a la toma de postura por teorías mixtas de justificación de la pena-no puede operar a nivel interno de justificación de la sanción.

Ya en el nivel de justificación de las penas, la teoría retributiva y el principio de proporcionalidad derivado del principio de merecimiento que le da sustento, prescriben la regulación de penas que expresen de forma genuina la morigeración del reproche penal a adolescentes, atendida su menor capacidad de culpabilidad, su menor resiliencia al castigo, el imperativo de tolerancia especial para con estos sujetos, el incompleto reconocimiento de su autonomía privada y el potencial reconocimiento de su autonomía pública. Esto lleva

³⁴³ Para una propuesta similar, que mezcla elementos retributivos y educativos en la práctica punitiva de adolescentes, véase DUFF y WEIJERS (2002), pp. 93 y ss.

implícito que el mal a imponer mediante la pena sea uno proporcional al reproche que merece la conducta adolescente.

Pero además, la especial característica de la culpabilidad adolescente prescribe que el reproche sea uno que permita la retroalimentación moral del sujeto imputado; es decir, que el mensaje moral ínsito en la norma quebrantada sea mostrado al infractor de forma explícita y no meramente implícita como ocurre con la imposición de una pena a adultos. Y la única forma de mostrar explícitamente el mensaje moral de la norma es educando en el contenido de ese mensaje. Por ello, el reproche penal particular a los adolescentes debe incluir dentro de su catálogo penas que, no obstante imponer un mal –restringir intereses-, muestren que el quebrantamiento del contenido de la norma es un acto que atenta contra la justicia.^{344/345} Esto revela al adolescente que el camino

³⁴⁴ Que siga operando el criterio de merecimiento, y por tanto el reconocimiento de la dignidad personal del adolescente en tanto capaz de responder por sus actos voluntarios, implica que la solución es sustantivamente diferente de la dada por sistemas históricos de responsabilidad juvenil conceptuados como “tutelares”, en tanto no se trata de formalizar la problemática social a través de la aplicación de medidas educativas o de readaptación, ni tampoco de sancionar a sujetos peligrosos para la sociedad que son incapaces de comprender el sentido y alcance de sus actos, pues en nuestra concepción los menores son sujetos de derechos. Una crítica similar a los “sistemas tutelares” como paradigmas de un “fraude de etiquetas”, puede verse en BERRÍOS y GALLARDO (2000), p. 27.

institucional y democráticamente admisible para poner en cuestión la vigencia de las normas es el ejercicio público regulado de la capacidad deliberativa.

³⁴⁵ JÄGER (2013), p. 96, logra dar cuenta de la diferencia entre una medida educativa y una pena. En efecto, siguiendo a Karl Peters, el autor expone: “en la medida educativa el principio educativo es el factor que determina la medida. El principio educativo domina la medida educativa. En el caso de la pena el principio educativo sólo es una circunstancia que determina su ejecución. En la pena, el principio educativo sólo repercute cuando la esencia y la finalidad de la sanción lo permiten. Por mucho que se moldee la pena bajo una perspectiva educativa, esta significa retribución por la infracción del derecho, expiación de la culpa del delincuente y seguridad para la comunidad”. Por cierto, en nuestra propuesta no se trata de educar, sino de retribuir y educar, en la medida en que el principio de merecimiento lo permita. Así, de no operar ambas a nivel de justificación interna de la pena, no son incompatibles.

JÄGER (2013), p. 107, pone un interesante ejemplo para dar cuenta, fácticamente, del por qué la educación no puede operar a nivel interno de justificación de la pena: piénsese, nos señala, en el caso de un delincuente rehabilitado, procesado por su delito muchos años después de su comisión. No existe necesidad preventiva especial (educación), pero sí existe necesidad preventiva general integradora, en cuanto confianza en la vigencia de la norma quebrantada. Nosotros diremos que más que necesidades de prevención integradora, lo que mantiene en pie la necesidad del castigo son necesidades retributivas, en cuanto entender que se debe imponer un castigo merecido a quien ha quebrantado normas beneficiosas para todos.

COUSO (2006), pp. 51-62, se pronuncia, en términos estrictos, por la operatividad del principio educativo como beneficio del adolescente: si ha de utilizarse dicho principio, se hará para limitar el grado de intervención penal del Estado –por ejemplo, para seleccionar una sanción ambulatoria en desmedro de una privativa de libertad-.

Nuestra propuesta, con todo, debe hacerse cargo de una importante objeción: en el plano comunicativo en que hemos analizado al reproche penal, educar no puede constituir un fin de la pena, en tanto en educar no hay reconocimiento alguno del penado como interlocutor en una comunicación; la imposición de la pena, así entendida, pierde toda connotación expresiva.³⁴⁶ Pero además, debe hacerse cargo del hecho de que no puede ser un fin de la imposición de la pena educar a un sujeto que se ha comportado como cualquier agente racionalmente estratégico lo haría.³⁴⁷

Respecto de la primera objeción, nos remitimos a lo señalado anteriormente: que en la imposición de la pena a adolescentes vaya ínsita una medida de educación, no implica que la educación opere a un nivel interno de justificación de su imposición. Dicho de forma distinta, reprochar en estos términos no es desconocer la autonomía comunicativa del adolescente ni tratarle como “tigre de circo” –en la metáfora de Von Hirsch-, sino que es reconocer que reprochar a un adolescente es una operación sustantivamente diferente que reprochar a un adulto. Entonces, el reconocimiento de autonomía comunicativa en el caso de los adolescentes puede ser legítimamente parcial, en la medida en que se le entreguen las herramientas para un potencial

³⁴⁶ Así, MAÑALICH (2007), pp. 170-171.

³⁴⁷ Así, KINDHÄUSER (2009), p. 24.

reconocimiento completo³⁴⁸, y en tanto ese reconocimiento parcial de autonomía se vea reflejado en una disminución proporcional del reproche. Que haya reconocimiento quiere decir que el principio de merecimiento sigue siendo el eje rector de justificación de imposición de la pena, de manera que si la culpabilidad del adolescente es menor, el reproche también debe serlo, con la salvedad de que la particularidad de la adolescencia obliga a introducir elementos positivos encaminados a que el reconocimiento parcial pueda convertirse en un reconocimiento completo.³⁴⁹

³⁴⁸ Aclaremos: la entrega de herramientas (o capacitación) no implica la provisión de chances de desarrollo, pues ello no es tarea del Derecho penal, sino de política social. Por el contrario, dicha provisión dice relación, simplemente, con que en el contexto punitivo se declare al adolescente que delinque que su acción, comunicativamente, es una que sólo tiene sentido dentro del ejercicio de la autonomía pública, en tanto falta de reconocimiento de la norma como razón eficaz para la acción. Pero como se trata de sujetos en desarrollo, dicha explicitación debe ir acompañada, para ser efectiva, de medidas positivas encaminadas a posibilitar un futuro ejercicio efectivo de la autonomía pública.

³⁴⁹ Dichos elementos positivos, insistimos, dicen relación con la explicitación del contenido moral del acuerdo implícito en la norma de conducta penal, encaminada a demostrar al adolescente (potencial ciudadano) la importancia del ejercicio de la autonomía en su faz pública como único método de puesta en cuestión de la vigencia de las normas.

Este argumento, por cierto, difiere mucho de uno expuesto en clave de prevención general positiva. En efecto, de plantearlo de esta última forma, cobraría sentido la objeción de Beatriz Cruz, en el sentido de que las peculiaridades de la delincuencia juvenil –su carácter mayoritariamente leve y su estrecha relación con la fase propiamente adolescente–, hacen que

Queremos detenernos un tanto en este punto para dejar clara nuestra postura: la educación agregada a la imposición de la pena a adolescentes no es equivalente a un ejercicio autoritario de imposición de la moral hegemónica. Antes bien, se trata de un ejercicio democrático de capacitación para un futuro ejercicio adecuado de la autonomía privada y pública del sujeto.^{350/351}

sea difícil establecer, con meridiana certeza, que la delincuencia juvenil cuestione la vigencia de la norma penal. Pero en clave retributivo-democrática, de lo que se trata no es de establecer la pérdida de vigencia fáctica de la norma, sino simplemente de constatar que el acto delictivo es uno que, comunicativamente, sólo tiene sentido en el contexto del ejercicio de la capacidad pública deliberativa. Para una exposición de estas críticas a una justificación preventivo general positiva de la pena adolescente, véase CRUZ (2006), p. 49.

³⁵⁰ Una postura distinta respecto del contenido del principio educativo es defendida por CRUZ (2006), pp. 26-27, para quien no resulta apropiado definir el contenido de dicho principio a partir de la finalidad perseguida por el Derecho penal, aludiendo a la pretensión genérica de que el menor alcance una vida futura libre de delitos o de que interiorice los valores ínsitos en las normas penales. Antes bien, para la autora lo relevante es enfocar el principio educativo en clave individualista, es decir, desde el punto de vista del menor, lo cual exige atender a las circunstancias personales y contextuales en que ocurre el delito, para efectos de valorar la responsabilidad penal y decidir y modular la intervención socioeducativa a desarrollar. Ello, con el objeto de ofrecer al adolescente los instrumentos necesarios para promocionar su desarrollo autónomo e independiente.

Si bien consideramos que el principio educativo se yergue sobre el objetivo de posibilitar el desarrollo autónomo e independiente del menor, éste no opera fuera del contexto comunicativo en que se desenvuelve la respuesta institucional al delito. De esta forma, la

Lo anterior puede llevar al lector a preguntarse por qué no utilizar la misma justificación para penar a un niño, es decir, imponerle males pero agregando medidas educativas. A este escéptico podemos responderle: al niño no se le puede reprochar penalmente porque, simplemente, su nivel de desarrollo cognitivo es tan insuficiente que siquiera podemos esperar normativamente que pueda comprender el sentido y alcance de los consensos morales implícito en las normas de conducta, o dicho en otros términos, no puede predicarse a su respecto que desconozca la norma como razón eficaz

imposición de la pena siempre lleva aparejada un mensaje de reproche al sujeto que con su conducta manifiesta un déficit de sentido de la justicia. Luego, un Derecho penal justificado de esta manera, necesariamente soluciona el conflicto de racionalidades en favor de la racionalidad hegemónica, pero otorga las herramientas al adolescente para poner en cuestión dicha moral en el único plano en que ello es democráticamente admisible: en el plano del ejercicio (futuro) de la autonomía pública. Éste, a nuestro entender, es el único carácter que una medida educativa puede tener dentro del contexto de imposición de una pena justificada retributivamente.

³⁵¹ Para críticas sobre la función de socialización positiva de la pena en el contexto del Derecho penal juvenil, véase CRUZ (2006), pp. 49-50. Con todo, entendemos que dichas críticas no son extrapolables a nuestra justificación retributiva de la pena adolescente, en tanto de lo que se trata, para nosotros, no es de una imposición unilateral de la moral hegemónica como método para la interiorización del contenido de las normas, sino de la mera explicitación de que el ejercicio de la autonomía privada no puede contrariar los consensos morales, siendo esta una cuestión posible sólo en el contexto del ejercicio de la capacidad pública deliberativa.

para su acción. Pero del adolescente, quien se encuentra en una etapa de desarrollo cognitivo y moral más avanzada, podemos esperar ese reconocimiento del carácter de los consensos morales implícitos en las normas penales, aunque en un grado menor al que podemos esperar del sujeto paradigmático del Derecho penal: el adulto. Como al adolescente puede adscribirse culpabilidad en tanto puede fundamentarse que desconoce a la norma como razón eficaz para su acción, lo que debemos hacer es enarbolar una fundamentación plausible para aplicarle el Derecho penal de manera justa.

La justicia retributiva a este respecto nos prescribe punir conforme al grado de merecimiento del sujeto. Si el grado de autonomía es menor, el merecimiento es menor, y por tanto el reproche debe ser proporcionalmente menor. Pero además, la particularidad de la adolescencia hace que pensar en la sola posibilidad de reprocharlo penalmente conlleve la asunción de la obligación de educarlo, cuestión que no obsta a su reconocimiento comunicativo, sino que es consecuencia necesaria de un déficit de origen de la responsabilidad penal adolescente: que su grado de culpabilidad es parcial, pero suficiente como para reprocharle penalmente.

En cuanto a la segunda objeción, extraída de la propuesta de Kindhäuser, nos atrevemos a aseverar que el autor desconoce que el ejercicio de la racionalidad estratégica en el plano de la autonomía privada no puede

contrariar a la estabilización de los acuerdos morales en el plano de la autonomía pública. Dicho en otros términos, que podamos justificar racionalmente la acción de un maximizador de su propio bienestar, no implica que esta justificación sea suficiente para realizar acciones incompatibles con la libertad de otros sujetos, pues la seguridad del goce pacífico de los ámbitos de racionalidad de todos los sujetos es condición necesaria para el ejercicio de nuestra propia racionalidad estratégica. Por ello, la educación puede operar como un criterio anexo a la justificación retribucionista de la pena, en la medida en que se entienda que el merecimiento debe seguir siendo el único criterio justificador de imposición de sanciones penales.

En el Derecho penal paradigmático –el de adultos- la implicancia de las medidas educativas es mínima, pues se entiende que el sujeto comprende el contenido y fundamento de las normas penales, por lo que el mensaje normativo de la norma quebrantada que opera como condición para la aplicación de la norma de sanción respectiva, es suficiente para educar, en la medida en que se le expresa al sujeto, por medio de la imposición del mal, que la racionalidad individual de su acción no es válida como razón universal. Pero en el Derecho penal de adolescentes la cuestión es distinta: atendido a que el nivel de comprensión del sentido y alcance de las normas penales es deficiente –pero suficiente como para adscribir culpabilidad- el mero mensaje moral de la norma quebrantada no puede ser medida educativa suficiente. Antes bien, hace

falta que las mismas penas lleven, junto al reproche respetuoso del principio de proporcionalidad, una medida educativa.³⁵² Ello, de hecho, reconoce que los sujetos pueden comportarse de forma estratégicamente racional, pero solo en tanto ello sea compatible con el ejercicio de la racionalidad del resto de los individuos.

Por último, nos interesa señalar que esta especial preocupación de la sociedad para con la adolescencia debe traducirse en una mayor laxitud para la elección judicial de las penas a aplicar: dentro de un catálogo de penas que

³⁵² ALBRECHT, (1992) pp. 62-63, da cuenta de que la educación no puede ser un objetivo del derecho penal ni de la justicia. El autor se expresa en los siguientes términos: "Educación en el sentido de las ciencias sociales es socialización, con lo cual conforme a una consideración pedagógica, psicológica y sociológica, se entiende un proceso de desarrollo complejo que aspira a un desarrollo determinado de la personalidad del educando. Esto no es tarea estatal. Por lo demás a una educación adecuada pertenecen también chances adecuadas de socialización, dicho en forma sintética circunstancias de vida que permitan un desarrollo de la personalidad. El establecimiento y distribución igualitaria de tales chances de desarrollo es una tarea político social estatal, no la tarea del derecho penal y la justicia". Conforme se verá, no estamos de acuerdo con esta postura, en tanto entendemos que la educación sí puede operar a nivel externo, como complemento para una imposición justa de la pena conforme al merecimiento del sujeto, y en tanto su objeto sea explicitar la carga moral implícita en la norma quebrantada. Con todo, estamos de acuerdo en que la provisión de chances de desarrollo no es tarea del Derecho penal.

expreses la misma medida del reproche, el juez podrá elegir aquella que explicita mejor el mensaje moral de la norma quebrantada.³⁵³

Insistimos que nada de lo anteriormente expuesto atenta contra una justificación retribucionista del Derecho penal, pues el principio de merecimiento sigue ocupando un lugar privilegiado dentro del análisis. La educación, como no opera a nivel interno de justificación, debe siempre subyugarse a la retribución, sin que por eso no se deba tener una especial preocupación por la educación en la regulación de las penas adolescentes, su elección por parte del juez y su ejecución por los órganos administrativos encargados de llevarla a cabo.³⁵⁴

³⁵³ Esta concepción de la justificación de la pena adolescente va más allá, como se ha dado cuenta de ello, de aquellas propuestas que conceptúan a la educación como una mera caracterización externa de la imposición de la pena, como es el caso de la tesis defendida por Hampton, citado por VALENZUELA (2008), p. 251. En efecto, en nuestra propuesta se requiere algo más que el simple contraste entre la carga moral de la norma de conducta y la acción defectuosa; es necesario tomar medidas que efectivamente expliciten el contenido moral de la norma quebrantada, entendiendo que la comprensión de su sentido no es totalmente clara para un adolescente.

³⁵⁴ Con todo, hay que ser cuidadosos. CILLERO (2008), p. 415, nos señala que el conjunto de derechos del niño y la necesaria protección integral de éstos, conforme al criterio del interés superior del niño, constituyen un límite al poder punitivo y socioeducativo del Estado. En nuestra opinión, si bien es cierto y ajustado a la evidencia lo planteado por Cillero, no es menos cierto que en la medida en que el merecimiento siga ocupando un lugar central, el mismo es autosuficiente para operar como límite al *ius puniendi* estatal. Los miedos de Cillero provienen

6. El reproche disminuido a los adolescentes y la necesaria regulación de un régimen extraordinario de responsabilidad penal.

Hemos visto que un régimen de castigo penal de adolescentes puede legitimarse parcialmente, tanto por las especificidades propias del rango etario en cuestión, como por las capacidades disminuidas relevantes para poder desconocer una norma como razón eficaz para la acción. Lo anterior obliga a referirse a si es legítimo o no, y en qué grado, censurar la conducta de un menor de edad por medio de la imposición de penas.

Ya señalamos que los adolescentes tienen un grado de desarrollo cognitivo y moral que les permite reconocer a las normas como razones categóricas para la acción (pues el nivel de pensamiento formal que puede esperarse posean se corresponde, razonablemente, con un nivel de desarrollo moral convencional y post-convencional, suficiente para poder motivarse por la norma). Pero sucede que en nuestra regulación legal el régimen ordinario de Derecho penal se creó para tener por objeto de adscripción a la conducta de adultos y no de menores de edad. Por ello, un respeto irrestricto al principio de proporcionalidad nos prescribe la elección entre dos opciones: o morigerar

de la evidencia histórica de casos de ejercicio de *ius puniendi* estatal que desconocen garantías penales básicas como el principio de culpabilidad, cuestión que ha ocurrido con la vigencia del modelo tutelar o de la situación irregular.

cuantitativamente la reacción penal del régimen ordinario respecto de los adolescentes, o crear un régimen cualitativamente distinto a su respecto que pueda dar cuenta de las especificidades propias de esta etapa vital, bajo la asunción de que atribuir culpabilidad a adolescentes es una operación esencialmente distinta que adscribirla a adultos.³⁵⁵

La primera opción parece plausible, pues si asumimos que la culpabilidad del menor de edad es cuantitativamente menor que la de un adulto, dicho grado debe corresponderse con una disminución en la imposición del mal que refleja el nivel de reproche por el actuar previo defectuoso. Pero desconoce una importante cuestión: adscribir culpabilidad a un adolescente, como esbozamos, es sustantivamente diferente que adscribirla a un adulto. Ello debe reflejar una diferencia cualitativa en el reproche penal, que dé cuenta, al mismo tiempo, que

³⁵⁵ HERNÁNDEZ (2007b), p. 197, estima que atendido el menor grado de desarrollo y madurez asociado al tramo etario de los adolescentes, un clásico imperativo de igualdad ante la ley y justicia impondría la necesidad de otorgar un tratamiento diferenciado sobre la base de una situación reconocidamente diferente. FELD (2013a), también aboga por un reproche atenuado al adolescente, en cuanto sus capacidades cognitivas (de apreciación de consecuencias nocivas de sus acciones) y de autocontrol son menores, además de lo injusto de hacer cargar de forma severa a un adulto por las malas decisiones que pueda haber tomado en su juventud. En otro trabajo, el autor se pronuncia en el mismo sentido [FELD (2013b)], pero haciendo especial hincapié en la aplicación del principio de proporcionalidad por parte de los adjudicadores.

reprochar a un adolescente es un ejercicio retroalimentador de instrucción que entrega condiciones para el futuro ejercicio responsable de una autonomía plena. La relación entre reproche retributivo y educación es sinalagmática: a mayor reproche penal a un adolescente mayores las obligaciones educativas de la sociedad para con él, para que en un futuro pueda convertirse en un ciudadano de bien. De ello, por cierto, no se puede dar cuenta sólo disminuyendo proporcionalmente el *quantum* de las penas.

Por lo anterior es que creemos que en el ámbito del Derecho penal juvenil se hace necesaria la institución de una regulación distinta, que refleje de forma suficiente las diferencias cualitativas entre ambos tipos de sujetos.³⁵⁶ Para dar cuenta de estas diferencias es necesario, creemos, establecer un catálogo específico de penas aplicables a adolescentes, que exprese la obligación social de educar junto con castigar –aunque insistimos, la educación no opere a nivel de justificación interna de la pena-; regular la privación de libertad como medida de *última ratio*, en tanto se quiera ser consecuente con el principio de tolerancia especial y con la menor resiliencia al castigo de parte de

³⁵⁶ En el mismo sentido se pronuncia CILLERO (2008), p. 413, para quien, si “entendemos que el adolescente es un sujeto de derecho y que está dotado, por regla general, de una capacidad de culpabilidad específica, es decir, propia de su desarrollo vital, que fundamenta un sistema especial de responsabilidad penal, se debe colegir que es necesario crear un sistema de justicia diferente.”

los adolescentes³⁵⁷; junto con establecer un catálogo específico de delitos adolescentes, en el entendido que su deficiente participación en el tráfico jurídico no lo hace parte del beneficio de la cooperación social expresado en todos los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales regulados en el régimen ordinario de Derecho penal.³⁵⁸

Lo anterior, por cierto, entendemos ha sido en parte el objetivo de la promulgación en nuestro país de la ley 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente: reconocer que el régimen penal adolescente es uno

³⁵⁷ Francisco Maldonado además se pronuncia en favor de una facultad revisora en la ejecución de las penas y la disposición a la brevedad del proceso. MALDONADO (2004), p. 118. No obstante parecer plausible, no concordamos con que la facultad revisora en la ejecución de las sanciones sea una medida propia de la especialidad del régimen de responsabilidad penal adolescente, pues en cuanto el catálogo de penas y medidas educativas sea lo suficientemente amplio, se puede dar cuenta de la especial tolerancia para con el adolescente, y en tanto la justificación de la imposición de la pena sea retribucionista –operando el criterio educativo sólo a nivel externo-, la no existencia de necesidades de reinserción social no obsta al merecimiento de la pena que se impone. Por ello, en tanto la pena sea merecida, ésta debe ser aplicada.

³⁵⁸ En el mismo sentido BUSTOS, Juan (2007), p. 28, quien señala que “[b]ienes jurídicos como el sistema de ingresos y egresos del Estado, el sistema crediticio, la libre, limpia y transparente competencia, etc. [,] no surgen en las relaciones sociales de los adolescentes, aunque el legislador se empeñe en ello y así lo establezca, y por consiguiente, serán normas totalmente vacías y sin aplicación práctica.”

extraordinario, del que debe darse cuenta con una legislación especial.³⁵⁹ Esto se deja ver de manera más plausible si hacemos eco de la interpretación que Mañalich realiza del art. 10 N° 2 CP, conforme a la cual éste constituiría una causa de inculpabilidad para el caso de la responsabilidad penal de los menores de 18 años, pero entendiendo que la segunda parte del mismo numeral establecería una verdadera apertura a un régimen extraordinario de responsabilidad jurídico penal (siendo el "ordinario" el correspondiente a los adultos) para aquellas personas que, siendo incapaces de culpabilidad en sentido del régimen ordinario, se encuentran en tránsito biográfico hacia la satisfacción de los presupuestos de esa capacidad.³⁶⁰

Aseverar que nuestra LRPA reconoce el carácter extraordinario de la responsabilidad penal adolescente no nos puede bastar como mera

³⁵⁹ Como lo hace notar COUSO (2012), p. 150, el Mensaje con que el Presidente de la República envió el proyecto de LRPA al Congreso es enfático en señalar que el sistema se basa en una "responsabilidad especial adecuada a su carácter de sujeto en desarrollo."

³⁶⁰ MAÑALICH (2011), p. 97. Siendo incapaces en sentido del régimen ordinario, continúa señalando el autor, quien se valga de un menor de edad para delinquir siempre será, *ceteris paribus*, autor mediato. BUSTOS (1992), p. 6, señala, en sentido similar, que "el derecho penal o común ha sido configurado respecto de una respuesta de los mayores y no de los menores, es por eso que no se le puede aplicar a los menores, y éstos son declarados inimputables. Se trata, por tanto, de una cuestión estrictamente de carácter político criminal y no de naturaleza metafísica o científica".

constatación acrítica. En efecto, como que algo diga ser el caso no equivale a que sea el caso, debemos poner a prueba nuestra regulación legal tomando como base a todas las propuestas de legitimación de la responsabilidad penal adolescente que hemos defendido.

En lo que sigue, y para concluir este trabajo, nos abocaremos a esta difícil tarea, e intentaremos dar cuenta de las debilidades y fortalezas de nuestra legislación penal juvenil en relación a lo que nos parece admite ser categorizada como una correcta justificación de la responsabilidad penal adolescente: una justificación retributivo-democrática, que al mismo tiempo que da cuenta de la especialidad que la adolescencia como período vital representa para la sociedad –lo cual prescribe una especial preocupación por los adolescentes-, es consecuente con el reconocimiento de su dignidad en tanto sujetos capaces de asumir responsabilidad por sus actos voluntarios.³⁶¹

³⁶¹ La dignidad, y la responsabilidad que de ésta deriva, son derechos inalienables de todo sujeto –y por tanto de los jóvenes-. La responsabilidad, pues, es el esquema regulador de interacciones de respuestas tendientes a desarrollar sentimientos de propiedad sobre los propios actos y de autoridad sobre uno mismo. Luego, la responsabilidad siempre existe, y lo único que genera controversia es la respuesta particular que dicha responsabilidad supone. Así, GONZÁLEZ (1992), p. 142.

7. Análisis crítico de la Ley 20.084 a la luz de la teoría de justificación retributivo-democrática de la pena.

El acápite final de este capítulo, como se señaló, tiene por objeto poner a prueba el rendimiento práctico de nuestra justificación del *ius puniendi* estatal como una retributivo-democrática. Si nuestra justificación coincide con la regulación de la responsabilidad penal adolescente, no hay mayores cuestiones que discutir. Lo problemático, por ende, se da si nuestra justificación no puede dar cuenta de la legislación existente, pues o podemos criticar la regulación legal respectiva, proponiendo su reforma, o podemos revisar nuestra propuesta justificatoria de manera que pueda reflejar el acuerdo social subyacente a la regulación legal. Ambos caminos son igualmente complejos, pues el primero implica entender que el acuerdo democrático debe subordinarse a la consistencia que la dogmática ha intentado dar a la justificación del Derecho penal, y el segundo implica renunciar a toda ambición por enarbolar teorías coherentes de justificación de la pena que den cuenta de todos los regímenes de responsabilidad en que está implicado el *ius puniendi* estatal.

7.1. Generalidades.

El objetivo de la reforma radical dada a la justicia penal juvenil era claro: dar cumplimiento a la normativa internacional vigente sobre derechos de los niños, cuestión que estaba lejos de lograr el antiguo modelo del discernimiento.

El antiguo modelo del discernimiento condicionaba la punición de los menores de 16 y 17 años a la declaración previa de discernimiento. Así, mientras ello no ocurría, se suponían inimputables penalmente, quedando excluidos inicialmente del régimen de aplicación del CP. Pero el problema parte aquí: “tanto los menores de 16 años (inimputables absolutamente) como aquellos mayores de 16 y menores de 18 años que fueren declarados sin discernimiento –y por tanto, excluidos del ámbito de aplicación del sistema penal de adultos- pueden ser objeto de alguna medida de protección de carácter tutelar contemplada en el art. 29 de la Ley de Menores, como ‘libertad vigilada’ o ‘internación’.”³⁶²

Es decir, fuera de lo impracticable del examen de discernimiento, que por no poder probar caso a caso la capacidad de autodeterminación del individuo, terminaba por ser una mera prognosis de peligrosidad del adolescente para

³⁶² BERRÍOS (2005), pp. 161-162.

decidir si someterlo al régimen del CP³⁶³, este modelo era altamente peligroso por someter a los inimputables penalmente a un régimen de castigos similar al del CP, pero sin las garantías propias que el proceso penal lleva aparejas para el enjuiciado.

Como bien se ha señalado, la LRPA, publicada en el Diario Oficial el 07 de diciembre de 2005 y cuya entrada en vigencia, por disposición del art. transitorio 1° se pospone para 18 meses después de su publicación, ha pretendido hacer efectiva la responsabilidad penal de quienes al momento de principiar la ejecución del delito sean mayores de 14 y menores de 18 años (art. 3° LRPA)³⁶⁴, pero entendiendo que los mismos deben ser protegidos en su desarrollo e inserción social, apuntando, también, a la prevención de los delitos. De esta forma, la LRPA pretende fortalecer el respeto de los adolescentes por los derechos y libertades de las demás personas.³⁶⁵

Lo anterior obedece a la voluntad por regular la responsabilidad penal adolescente conforme a estándares consistentes con la normativa internacional

³⁶³ En este sentido, MALDONADO (2004), p. 127.

³⁶⁴ En el caso de los delitos permanentes, señala el inciso 2° del mismo artículo, en que la consumación se prolongue más allá de los 18 años, y el principio de ejecución se haya dado entre los 14 y 18 años, regirá la legislación aplicable a los imputados mayores de edad.

³⁶⁵ MALDONADO (2004), p. 121. En sentido similar, BERRÍOS (2011), p. 169.

de derecho humanos vigente en nuestro país. En efecto, la CDN, en sus artículos 37 y 40, establece ciertas garantías especiales ante infracciones penales que cometan los menores de edad. Estos derechos particulares establecidos por la Convención son: 1) derecho a una respuesta cualitativamente diferente que la predicada respecto de los adultos; 2) derecho a una respuesta cuantitativamente menos aflictiva, atendidas las particulares condiciones de la adolescencia y la minoría de edad; 3) derecho a especiales garantías durante la ejecución de sanciones; y 4) derecho a que se fije una edad por debajo de la cual no se impondrá sanción alguna, es decir, en que se presuma que los niños no tiene capacidad para infringir las leyes penales.³⁶⁶ Para Cillero³⁶⁷, en cambio, los siguientes serían parte de los elementos característicos de la CDN en materia de responsabilidad penal: 1) consideración del niño como sujeto de derechos y con responsabilidad progresiva; 2) atribución de responsabilidad por participación en un hecho punible penalmente (principio de responsabilidad y principio de legalidad); 3) aplicación, por regla general, del principio de oportunidad y de fórmulas de remisión del procedimiento; 4) vigencia irrestricta de garantías penales y procesales; 5) dignidad personal, integración social y responsabilidad como principios fundamentales de las consecuencias jurídicas aplicables; 6) reconocimiento de

³⁶⁶ En este sentido, siguiendo a Couso, BERRÍOS (2011), p. 166.

³⁶⁷ Expuesto por BERRÍOS (2011), p. 168.

la naturaleza restrictiva de las sanciones penales; y 7) regulación estricta (excepcional) del uso, duración y condiciones de la privación de libertad.³⁶⁸

En cuanto a la especificidad de la responsabilidad penal adolescente, ésta se encuentra expresamente consagrada en la CDN. En efecto, el art. 40.3 señala que “[l]os Estado Partes tomarán las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes”. Dicha diferenciación, en términos de la relativa moderación o benignidad de las sanciones impuestas, viene prescrita conforme a las peculiaridades del

³⁶⁸ Para una exposición de la consagración del interés superior del niño, el principio de legalidad y de especificidad en la CDN, véase también GARCÍA (2008), pp. 334-347. En sentido similar, HERNÁNDEZ (2007b), p. 196, señala que “los artículos 37 y 40 de la Convención aseguran a los niños imputados de haber infringido la ley penal una serie de garantías fundamentales tanto de carácter material como procesal, en tanto que las notas de necesaria moderación o benignidad se desprenden forzosamente de la conjunción, por una parte, de la exigencia de un régimen penal especial para adolescentes, consagrada en la Convención, con el objeto y la orientación general de la misma en términos de reforzar el *status* jurídico de dichos infractores, por la otra”.

agente, cuestión que se encuentra consagrada a nivel de fundamentos en numerosos instrumentos internacionales.³⁶⁹

Pero además de la especialidad, otro principio importante consagrado en la CDN es el del interés superior del niño. Así, el art. 3.1. CDN señala: “[e]n todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá, será el interés superior del niño”. Lo mismo, por cierto, se encuentra reconocido a nivel legal por nuestra LRPA, que en su artículo 2° señala, a propósito del interés superior del adolescente, que “[e]n todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos. / En la aplicación de la presente ley, las autoridades tendrán en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los

³⁶⁹ Así, según expone HERNÁNDEZ (2007b), p. 197, expresamente se señala en el Preámbulo de la Convención que numerosos instrumentos internacionales –entre ellos, la Declaración Universal de Derecho Humanos de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros- reconocen la necesidad de proporcionar al niño una protección especial, y la declaración de que la infancia tiene derechos a cuidados y asistencia especiales.

Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”.

Respecto del contenido de la garantía del “interés superior del niño” no hay un total acuerdo en nuestra doctrina. Se ha señalado que es, nada más, pero nada menos, que la satisfacción integral de sus derechos. También se ha dicho que representa un principio con validez *prima facie* ante la colisión de derechos entre un niño y un adulto, es decir, que se trata de intereses –los de los niños- dotados de especial peso y significación, precisamente por el solo hecho de tratarse de niños³⁷⁰. Complementando las anteriores propuestas, Bustos ha señalado que “interés superior del niño está referido a los conflictos que puedan producirse entre el niño y otros, estableciendo una garantía de prioridad o primacía de los derechos del niño, ya sea que el conflicto surja en relación a medidas que se adopten por diferentes autoridades, a disposiciones legales que se dicten por el legislador o respecto al ejercicio de derechos por parte de los adultos, en especial los progenitores”.³⁷¹

En último término, destacaremos al principio de la autonomía progresiva del niño, en tanto otorga el fundamento sustantivo a los principios de especialidad y del interés superior del niño, entendiendo que no se trata de

³⁷⁰ Por todos, véase BUSTOS (2007), pp. 18-20.

³⁷¹ BUSTOS (2007), p. 19.

ejercer un poder paternalista de protección por parte del Estado, sino de reconocer la especial autonomía de que se encuentra dotado el adolescente, que lo hace ser diferente del adulto. El principio en comento, pues, se encuentra consagrado en el art. 5° CDN, conforme al cual el niño es persona, pero el ejercicio de sus derechos es progresivo, por lo que sus necesidades e intereses son diferentes a las de los adultos, y la regulación penal ha de tener en cuenta dicha realidad.³⁷²

Podrá observarse que una regulación especial de la responsabilidad penal adolescente no es algo que sólo prescriba una comprensión retributivo-democrática del *ius puniendi*, sino que lo mismo se encuentra consagrado a nivel de normativa internacional de derechos humanos.³⁷³

³⁷² En este sentido, BUSTOS (2007), p. 24.

³⁷³ Al respecto, una interpretación interesante sobre el rango constitucional de la CDN y los eventuales reclamos de inconstitucionalidad que podrían realizarse, puede encontrarse en HERNÁNDEZ (2007b), pp. 199-200. Con todo, el autor aboga por la aplicación del principio de deferencia razonada y de presunción de constitucionalidad, conforme a los cuales deberá realizarse por los jueces una interpretación de la LRPA conforme a los principios consagrados en la normativa internacional, cuyo rango sería el de norma constitucional, conforme a una extendida interpretación del art. 5° inciso 2° CPR. Lo mismo cobra relevancia a efectos de generalizar el tratamiento diferenciado, a nivel de culpabilidad, de los adolescentes, cuya única regulación concreta se encuentra en el art. 4° LRPA respecto de los delitos sexuales impropios, y en relación a la punibilidad de las faltas (art. 1° inciso 3° LRPA).

7.2. ¿Es consistente nuestra LRPA con los instrumentos internacionales ratificados por Chile y actualmente vigentes y con nuestra justificación retributivo-democrática de la pena?

El desarrollo de este acápite tiene por objeto analizar concretamente si nuestra LRPA se ajusta a los principios básicos prescritos por nuestra normativa internacional y que entendemos son plenamente consistentes con nuestra justificación retributivo-democrática de la pena. Para efectos prácticos se analizará la vigencia de tres grandes principios, que a nuestro entender incluyen –abarcan- todo el resto de sub-principios. Estos tres grandes principios, que se complementan para dar cuenta de la vigencia de un régimen propiamente penal de responsabilidad adolescente, el cual al mismo tiempo ha de ser justo, son: el principio de especialidad, el principio de proporcionalidad y el principio de responsabilidad. Solo en la medida que estos tres principios sean congruentes con nuestra regulación legal, ésta daría cuenta coherentemente de un régimen propiamente penal, que reconoce la dignidad del adolescente en cuanto sujeto responsable y competente comunicativamente, pero que en la misma adscripción de responsabilidad considera el carácter especialísimo del reproche que se puede dirigir a un menor de edad –reflejado, en lo fáctico, en la imposición del mal que implica la pena-.

7.2.1. ¿Consagra nuestra LRPA el principio de especialidad, de responsabilidad y de proporcionalidad?

Si el principio de especialidad ha de encontrarse plenamente reconocido por nuestra legislación penal adolescente, entonces ésta, en su aplicación práctica, debería ser capaz de dar cuenta de las específicas diferencias entre un adolescente y un adulto, reflejándolas en una aplicación diversa de las consecuencias jurídico-penales.

Analizaremos, en primer término, la consagración de la especificidad a nivel de tipicidad. A estos efectos, el art. 1° LRPA realiza una remisión genérica al Código Penal y a las leyes penales especiales, todas creadas y pensadas para regular la conducta de adultos, para ser aplicables en todas aquellas cuestiones no reguladas por la LRPA.

Como la LRPA no regula delitos específicos para adolescentes³⁷⁴, sucede que nos encontramos, a nivel de tipo penal, con una aplicación igualitaria del Derecho penal tanto a adultos como a adolescentes. ¿Es respetuoso ello del principio de especialidad? La respuesta debe ser

³⁷⁴ Como sí lo hacía el Anteproyecto enviado en su momento por el Ministerio de Justicia con el apoyo de UNICEF, regulando un catálogo único y taxativo de infracciones juveniles en su art. 4°.

tajantemente negativa. Ello es así porque una regulación de este tipo no da cuenta del disminuido reconocimiento del ejercicio de la autonomía privada que los adolescentes tienen. Luego, si su participación autónoma en la cooperación social es deficitaria, no puede predicarse de ellos, ya a nivel de tipo, que puedan ser responsables del daño o puesta en peligro de bienes jurídicos de cuyos beneficios no tienen participación actual alguna. ¿Puede decirse de los adolescentes que se benefician, en sus relaciones sociales, de la vigencia de bienes jurídicos como el sistema de ingresos y egresos del Estado, el sistema crediticio, o la libre competencia?³⁷⁵ Nos parece que no, pues en definitiva el adolescente no es sujeto del tráfico económico de forma autónoma, sino sólo bajo la actuación de su representante, salvo ciertas y calificadas excepciones.³⁷⁶

En este sentido, urge contemplar un catálogo específico de delitos adolescentes, que den cuenta de su particular posición respecto de los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales.³⁷⁷

³⁷⁵ *Supra*, nota 358.

³⁷⁶ *Supra*, pp. 199 y ss.

³⁷⁷ BUSTOS (2007), p. 34, propone la siguiente solución práctica ante la falta de tipos penales específicos para menores: “El bien jurídico constituye una doble garantía, sólo se puede castigar un hecho en la medida que haya un bien jurídico protegido y, por otra parte, sólo se configurará un delito si ha afectado un bien jurídico. Pero, junto al bien jurídico habrá que considerar el interés superior del niño respecto de sus necesidades. En ese sentido, por

A nivel de imputación, la cuestión no parece ser diferente. En cuanto a la imputación a la capacidad de acción, como señaláramos, no existen diferencias relevantes entre adolescentes y adultos, en cuanto respecto de ambas las acciones pueden ser descritas en términos de acción intencional. El problema, por cierto, se suscita a nivel de culpabilidad, pues como desarrolláramos latamente, la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) de los adolescentes es menor que la de los adultos, y además, atendido su potencial ejercicio de autonomía pública y disminuido reconocimiento de ejercicio de autonomía privada, el grado de reprochabilidad y de exigibilidad por parte del Estado de conductas conforme a derecho debe ser menor.

Lo anterior debe traducirse en una laxitud genérica en la aplicación de los requisitos concurrentes para imputar en el segundo nivel. En efecto, se ha señalado que en cuanto al error de prohibición se debe tomar en consideración la diferente percepción social del hecho, en términos de valoración social del mismo, por parte del adolescente, para efectos de valorar la posibilidad del

ejemplo, habrá que tener en cuenta la necesidad del adolescente de probar la norma, lo cual lo puede llevar a la comisión de determinados delitos de poca monta y en que, entonces, correspondería aplicar el principio de oportunidad”. La propuesta nos parece problemática, en tanto carga, en último término, al persecutor penal y al órgano jurisdiccional con la tarea de llenar vacíos legislativos.

mismo de acceder al contenido del tipo penal y adecuar su conducta a éste. Dicho en otros términos, “[e]n la medida en que la capacidad de internalización de normas en general, y de normas jurídico-penales en particular, está fuertemente condicionada por los avances del proceso de socialización y, en último término, por el desarrollo del sujeto, no puede dudarse en cuanto a que la exigibilidad de conocimiento del injusto es genéricamente menor tratándose de adolescentes o, dicho en otros términos, que la invencibilidad del error de prohibición es mayor respecto de este grupo. Naturalmente el examen debe practicarse en cada caso en relación con el sujeto que concretamente ha infringido la norma, pero la vara de medición debe ser una genéricamente más baja que la que rige respecto de adultos.”³⁷⁸

Lo antes señalado, por cierto, a pesar de no estar consagrado expresamente en nuestra LRPA, sí puede obtenerse por medios interpretativos. Éste es el camino que, razonablemente, toma Héctor Hernández para llegar a una interpretación de la ley que sea concordante con los principios consagrados en la normativa internacional vigente en Chile e integrada con rango constitucional a nuestro Derecho conforme lo señala el art. 5° inciso 2° CPR.³⁷⁹ Lo mismo puede realizarse, pues una interpretación de este tipo es concordante con el espíritu de la reforma: dar cuenta de la especialidad del régimen de

³⁷⁸ HERNÁNDEZ (2007b), pp. 212-213. En el mismo sentido, MAÑALICH (2013), p. 220.

³⁷⁹ HERNÁNDEZ (2007b), pp. 199 y ss.

responsabilidad penal adolescente; entendiendo que además no existen normas de la misma LRPA que vayan en sentido contrario.

Pero además del error de prohibición, el examen de hipótesis de no exigibilidad de una conducta conforme a derecho, como en casos de miedo insuperable producido por amenazas, también debe ser analizado, genéricamente, desde un baremo de medición distinto –menos exigente³⁸⁰; o en el estudio de causas de justificación como la legítima defensa, el requisito de necesidad racional debe valorarse desde la específica racionalidad del adolescente³⁸¹. Incluso en el análisis de la imputabilidad, las anomalías mentales de menor entidad, que en el caso de un adulto no excluirían la imputación de culpabilidad por no alcanzar a ser consideradas casos de “enajenación mental”, podrían ser fundamento suficiente para una declaración de inimputabilidad, considerando sobre todo que en casos de ser menor de edad la víctima de un atentado sexual, las mismas tienen relevancia, no siendo el caso en la hipótesis de un adulto como víctima del mismo delito.³⁸² Todo lo anterior viene a llenar una laguna legal por falta de regulación de la LRPA, cuestión que como señalamos, en la medida en que es concordante con el

³⁸⁰ Así, COUSO (2012), pp. 160-161, siguiendo la propuesta de Héctor Hernández.

³⁸¹ BUSTOS (2007), p. 34.

³⁸² Así, COUSO (2012), pp. 160-161, siguiendo la propuesta de Héctor Hernández.

espíritu de la norma, y en cuanto no existen normas que vayan en un sentido contrario, es totalmente plausible.

A nivel de penas el análisis deviene más complejo. Nuestra LRPA, en su art. 6°, establece una “escala general” de sanciones aplicables a adolescentes condenados según esta ley, haciendo expresa mención al hecho de que operan en sustitución de las penas dispuestas en el CP y leyes complementarias. El artículo contempla un catálogo de diez sanciones, siendo dos de ellas identificadas expresamente como accesorias. Existen, de este modo, dos penas privativas de libertad: internación en régimen cerrado o semicerrado, ambas con programa de reinserción social. Asimismo, se contemplan dos penas con mayor o menor intensidad de control y asistencia socioeducativa del adolescente: libertad asistida y libertad asistida especial. Luego, se regulan cuatro sanciones no restrictivas de libertad y sin control ni asistencia socioeducativa para el adolescente: la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, la reparación del mal causado, la multa y la amonestación. Finalmente, como se señalara, el art. 6° establece dos penas accesorias: la prohibición de conducción de vehículos motorizados y el comiso de los objetos, documentos e instrumentos de los delitos. Por su parte, el art. 7° LRPA dispone, también como sanción accesoria, la de someter al adolescente a tratamientos de rehabilitación por adicción a las drogas o al alcohol, si el juez, facultativamente y conforme a las circunstancias del condenado, lo estimare necesario.

Para Horvitz, la LRPA establece lo que se conoce como “teoría del ámbito de juego”, de acuerdo con la cual la fijación de la duración y carácter específico de la pena se mueve dentro de fronteras fluidas, en que la culpabilidad fija un límite mínimo y máximo, y en que dentro del espacio de juego la pena puede y debe determinarse obedeciendo a otros fines (distintos del fin puramente retributivo).³⁸³

Si bien entendemos que el espacio de juego opera de otra forma³⁸⁴, lo cierto es que la regulación de la imposición de la pena que realiza la LRPA da lugar a una interpretación que introduce criterios de prevención especial positiva en la elección de la pena aplicable. En efecto, el procedimiento individualizador pasa, primero, por establecer la duración de la sanción, recurriendo a la extensión temporal de las penas asignadas a los delitos contenidos en el CP, y luego, una vez dirimida la cuestión de la temporalidad de la sanción, puede designarse la naturaleza de la misma aplicable al caso concreto, paso en que entran a operar en todo su esplendor los criterios preventivo especiales en la selección de la sanción penal juvenil.³⁸⁵

³⁸³ HORVITZ (2006), p. 102.

³⁸⁴ *Supra*, pp. 158 y ss.

³⁸⁵ HORVITZ (2006), p. 102.

Entonces, en un primer momento se debe fijar la extensión o duración de la sanción, según señala el inciso 1° del art. 22 LRPA, conforme a las reglas previstas en el Párrafo 4° del Título III del Libro I del CP (artículos 50 y siguientes), con excepción de lo dispuesto en el art. 69 del mismo cuerpo legal. Lo anterior quiere decir que deben seguirse las reglas generales para calcular la pena aplicable según el grado de participación en el delito y el grado de desarrollo del mismo. Pero además, nada parece contrariar la eventual operatividad de las atenuantes generales reguladas en el art. 11 CP.

En definitiva, todas las reglas generales antes mencionadas deben ser aplicadas por el tribunal a partir del grado inmediatamente inferior al mínimo señalado en el CP o ley especial para el delito correspondiente cometido por adultos (art. 21). De lo anterior se colige, por cierto, que esta atenuación general y obligatoria de un grado para el juez es manifestación explícita de la culpabilidad disminuida del adolescente. Así, en ningún caso, aun cuando operen agravantes, la pena a imponer podrá rebasar al grado inferior al mínimo señalado por el CP o ley especial respectiva.³⁸⁶

Luego de establecer el marco temporal de la pena aplicable al adolescente, deben tomarse en consideración ciertos límites establecidos por la LRPA respecto de la duración de determinadas sanciones. El art. 18 establece

³⁸⁶ En este sentido CRUZ (2012), p. 21.

que la internación en régimen cerrado y semicerrado, ambas con programa de reinserción social, no pueden exceder de 5 años si el infractor adolescente tuviere menos de 16 años, o 10 años si aquél tuviere más de esa edad. Otros límites temporales establecidos por la LRPA podemos encontrarlos en el inciso 2° de artículo 11, respecto de los servicios en beneficio de la comunidad (extensión mínima de 30 horas y máxima de 120), y en los incisos finales de los artículos 13 y 14, en relación a la libertad asistida y libertad asistida especial, respectivamente (en ambos casos, se fija como límite máximo de duración 3 años).

Observadas todas estas reglas temporales, el tribunal, luego, determinará la naturaleza de la sanción aplicable conforme lo dispuesto en los artículos 23 y 24 LRPA. Pero en la elección de la naturaleza de la sanción juvenil, debe tener presente ciertas limitantes: la privación de libertad será utilizada como medida de último recurso (art. 26 inciso 1° LRPA); en ningún caso podrá imponerse una pena privativa de libertad si un adulto condenado por el mismo hecho no debiese cumplir una sanción de esa naturaleza (art. 26 inciso final LRPA). Estas dos reglas pueden interpretarse como manifestación de la tolerancia especial y la menor resiliencia al castigo por parte del adolescente, en la medida que las penas privativas de libertad, por su carácter,

devienen más onerosas a su respecto.³⁸⁷ Pero además pueden verse como manifestaciones del principio del interés superior del niño, en tanto el legislador explícitamente, ante la colisión entre la pretensión punitiva estatal y la vigencia de la libertad del imputado, se pronuncia en favor de esta última, dando una protección especial al derecho al desarrollo de la personalidad del adolescente en un medioambiente apto.³⁸⁸

El art. 23 LRPA establece diversas reglas para determinar la naturaleza de la sanción aplicable, conforme a la magnitud de la pena determinada por medio del procedimiento antes expuesto. Así, a mayor duración de la sanción a imponer conforme al art. 21, más severa será la pena juvenil aplicable. Si la sanción a imponer supera los 5 años de privación de libertad, conforme a las reglas generales del CP –con la atenuación general del art. 21-, el tribunal

³⁸⁷ Un punto interesante relacionado con esto, es que por aplicación de la Ley 18.216, las penas cuya duración sea menor a 5 años de privación o restricción de libertad, pueden acogerse al régimen de sustitución de sanciones (por libertad vigilada o reclusión nocturna) o a la remisión condicional de la pena. Por ello, se ha planteado que bajo ningún supuesto podrá aplicarse judicialmente la pena de internación en régimen cerrado o semicerrado cuando la pena a imponer no supere los 5 años de duración y el condenado cumpla con los requisitos exigidos por la Ley 18.216 para acogerse a alguna de las medidas alternativas que dicho cuerpo legal contempla. Así, HORVITZ (2006), p. 110.

³⁸⁸ En un sentido similar, pero sólo respecto de lo regulado en el art. 26 inciso 1° LRPA, se pronuncia HORVITZ (2006), p. 101.

deberá –imperativo- aplicar la pena de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social. De la sola concordancia de este numeral con el art.18 puede colegirse que no es aplicable cuando se tratare de un menor de 16 años, pues a éste no se le pueden imponer penas privativas de libertad superiores a 5 años.

En el numeral 2 del art. 23, se establece que si la pena va de 3 años y 1 día a 5 años de privación de libertad, o si se tratare de una pena restrictiva de libertad superior a 3 años, el tribunal podrá –facultativo- imponer las penas de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social o libertad asistida especial. Que sea facultativo significa que el tribunal puede elegir entre cualquiera de las penas antes expuestas conforme a los laxos criterios establecidos en el art. 24 LRPA.

El numeral 3 dispone que si la pena privativa o restrictiva de libertad se extiende entre 541 días a 3 años, el tribunal podrá imponer, a su elección, las penas de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, libertad asistida en cualquiera de sus formas y prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

El numeral 4, por su parte, señala que si la pena privativa o restrictiva de libertad se ubica entre 61 a 540 días, el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, libertad asistida en cualquiera de sus formas, prestación de servicios en beneficio de la comunidad o reparación del daño causado.

Por último, el numeral 5 dispone que si la pena es igual o inferior a 60 días o si no constituye una pena privativa o restrictiva de libertad, el tribunal podrá imponer las penas de prestación en beneficio de la comunidad, reparación del daño causado, multa o amonestación.

Luego de subsumir la pena dentro de alguno de estos numerales, el tribunal deberá elegir, fundadamente, la pena concreta a aplicar conforme a los criterios dispuestos en el art. 24. En orden descendente, dichos criterios son: a) la gravedad del ilícito de que se trate; b) la participación del adolescente y el grado de ejecución *-iter criminis-* del delito; c) la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes de responsabilidad criminal; d) la edad del adolescente infractor; e) la extensión del mal causado y; f) la idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social.

Podrá observarse que no obstante que estos criterios ya fueron tomados en consideración al momento de determinar la extensión temporal de la sanción, dicha valoración, en este caso, tiene una función completamente diferente: ahora solo sirven para seleccionar la naturaleza de la pena a aplicar dentro del abanico de posibilidades que el art. 23 entrega al tribunal. Con todo, ello no obsta a una eventual objeción por infracción al principio *ne bis in ídem*, cuestión totalmente proscrita, al menos indirectamente, por el inciso 1° del art. 63 CP.³⁸⁹ Evidente es que, por ejemplo, de tomar en consideración la gravedad del delito tanto en la determinación del marco temporal de la pena a aplicar,

³⁸⁹ Así, HORVITZ (2006), pp. 112-114. En sentido contrario se pronuncia MEDINA (2009), pp. 216-217, para quien el supuesto sobre el que se yergue el argumento de Horvitz es cuestionable: ello sería correcto, señala el autor, “en la medida que la descripción de los tipos penales y las reglas que permiten modificar las distintas expresiones del injusto abarcaran con detalle las distintas expresiones de las conductas ilícitas, por lo que el riesgo de vulneración del *ne bis in ídem* existe. Lo cierto es que los tipos penales, y las reglas complementarias, sólo expresan, y sólo eso pueden hacer, rangos en los cuales la sentencia puede ser expresada, pero la concretización está entregada al juez. Ello es evidente cuando se observa, particularmente en la LRPA, que fruto del resultado de la aplicación de las reglas generales sólo se obtiene un catálogo de posibles sanciones y topes máximos y mínimos en la extensión de éstas.” De esta forma, según Medina, los criterios del art. 24 LRPA sólo vendrían a refinar el análisis a efectos de posibilitar la determinación de la pena concreta por parte del juez. Para un lato desarrollo respecto de cada uno de los criterios de determinación de la pena del señalado artículo, y el tratamiento de posibles objeciones fundadas en infracciones al *ne bis in ídem*, véase MEDINA (2009), pp. 219-225.

pero además respecto de la elección de la naturaleza de la pena concreta, se estaría considerando la misma circunstancia dos veces para perjudicar al adolescente. Por ello, para Horvitz es claro que la gravedad del delito “no debería predeterminar la naturaleza de la sanción aplicable, selección que debería estar orientada fundamentalmente por directrices preventivo-especiales”³⁹⁰, cuestión corroborada por lo señalado en la letra f) del mismo art. 24 LRPA.

³⁹⁰ HORVITZ (2006), p. 113. En sentido contrario, MEDINA (2009), pp. 219-220, para quien son muchos los casos en que puede darse una doble valoración de la gravedad del ilícito, sin que por ello se contravenga el principio del *ne bis in ídem*. Así, por ejemplo, entendido que la violencia es un elemento constitutivo del delito de robo con violencia, ello no obstaculiza a reconocer que las manifestaciones de violencia pueden ser de diversa entidad y gravedad, cuestión que justificaría, para el autor, una penalidad diferenciada para las distintas expresiones de ésta al momento de determinar la concreta pena aplicable al autor del delito. En términos simples, que la violencia sea considerada para la fijación del marco abstracto de penalidad aplicable al delito de robo con violencia –en tanto la violencia es la que otorga el carácter específico a esta clase de robo-, no impide que la misma sea considerada, nuevamente, al momento de fijar la pena concreta aplicable a quien delinque, valorando su gravedad, aun cuando ello vaya en su directo perjuicio.

Si bien es cierto lo señalado por Medina, entendemos que el argumento de Horvitz apunta a la específica forma en que la determinación concreta de la pena se encuentra regulada en la LRPA: si utilizamos el criterio de gravedad del ilícito para la fijación del marco abstracto de penalidad, ello iría en perjuicio del adolescente ya en el catálogo de penas posibles a aplicar conforme a lo señalado por el art. 23 LRPA. Pero además, si lo tomamos nuevamente

Si bien es cierto que en nuestra propuesta la prevención especial positiva no opera a nivel de justificación interna de la pena –nivel en que sólo opera la retribución como emanación del principio más general de merecimiento-, la misma tiene un rol coadyuvante trascendente para efectos de determinación de la sanción dentro de los marcos en que el principio antes mencionado lo permite. Por ello, si es cierto que la forma general de determinación de la pena regulada en la LRPA refleja de manera fiel un merecimiento atenuado –comparativamente- del adolescente, y que los marcos penales dispuestos en el art. 23 son adecuado reflejo de la proporcionalidad ordinal, los criterios de prevención especial del art. 24 podrían operar sin problemas para guiar la labor adjudicadora del juez. Analicemos esto en detalle.

El art. 20 LRPA establece expresamente que las penas reguladas tienen por objeto “hacer efectiva la responsabilidad del adolescente (...) de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y en consideración para la elección concreta de la pena, siempre podría discrecionalmente el juez imponer la pena más grave del espectro de posibilidades que le entrega el mencionado artículo. Lo mismo, a pesar de poder ser dogmáticamente admisible, es contraindicado por una interpretación sistemática de la LRPA en que la educación opera como criterio coadyuvante prevalente en la determinación de la pena merecida. Dicho en otros términos, ante la disyuntiva de calificar una doble valoración como vulneración o no del *ne bis in ídem*, el principio educativo, en la ponderación argumentativa, debe ocupar un lugar privilegiado.

orientada a la plena integración social”. En el mismo sentido, el art. 24 letra f) refiere como criterio de selección de la naturaleza de la sanción a imponer la idoneidad de ésta para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social. Por su parte, el art. 40 dispone que las sanciones privativas de libertad estarán dirigidas a la reintegración del adolescente al medio libre, debiendo desarrollarse para eso acciones tendientes al fortalecimiento del respeto por los derechos de las demás personas y al cumplimiento del proceso de educación formal, y considerarse la participación en actividades socioeducativas, de formación y de desarrollo personal.

Se observa que tanto en la determinación de la pena como en su ejecución, la LRPA reconoce la operatividad de fines retributivos y preventivo-especiales –cuestión que fundamentaría, según algunos, los mecanismos de revisión de sanciones regulados en los Arts. 53, 54 y 55-³⁹¹. Además, tácitamente, se encontrarían presentes finalidades de prevención general y de inocuización, pues solo ello explicaría la posibilidad de imponer penas privativas de libertad de hasta 10 años –en el caso de los mayores de 16 años-³⁹².

³⁹¹ DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA (2011), pp. 32-33.

³⁹² BERRÍOS, Gonzalo (2005), p. 166. De hecho, el Mensaje con que el Ejecutivo envió el proyecto a la Cámara de Diputados es claro en establecer los fines de la nueva regulación legal: “El Estado debe asumir una activa acción contra el delito y conducirla de modo que la política

Un primer punto crítico de la LRPA es el establecimiento de penas privativas de libertad. Ya son conocidas las críticas a las cárceles –pues en definitiva eso son los centros de prisión para adolescentes- por su falta de idoneidad como método de reintegración social.³⁹³ Lo anterior es avalado por los estudios. En efecto, durante los 3 primeros años de vigencia de la LRPA, la tasa de reincidencia por nueva causa alcanzó a un 70,1% de los adolescentes condenados a alguna pena, y la tasa de reincidencia por nueva condena asciende a un 55,2%. En ambos casos, las tasas de reincidencia de las

criminal se convierta en garantía de los derechos de todos los ciudadanos. Hay que desarrollar un completo sistema judicial y administrativo que asuma, en el ámbito de la delincuencia de los adolescentes, las tareas de la prevención del delito, la preservación de la paz social y la seguridad de los ciudadanos.” Historia Fidedigna de la Ley N° 20.084. [En línea]: <http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20084> [Consulta: 19 de febrero de 2015], p. 8.

³⁹³ Véase LIEBLING y MARUNA (2013), pp. 144-151. En particular, es interesante observar cómo la cárcel opera como detonante de actitudes genéricas agresivas y deshumanizadas, tanto respecto de gendarmes como de prisioneros. Pero además de ello, la prisión parece reducir el sentido de responsabilidad que tienen las personas por sus actos y reducir, de igual manera, el respeto por sí mismos, ambas cuestiones fundamentales para vivir como ciudadanos conforme con la ley, además de operar como un contexto adecuado para la adquisición de amplios conocimientos sobre la actividad criminal, sobre todo en los jóvenes y menos experimentados.

sanciones privativas de libertad son las más altas.³⁹⁴ Sumado a lo anterior, tenemos que del total de adolescentes sancionados, el 4,3% ha quebrantado alguna condena, siendo el régimen semicerrado el que registra el mayor porcentaje de quebrantamiento, con un 19,2%, seguido del régimen cerrado, con un 8,2% y de la sanción mixta del art. 19 letra a), con un 7,3%.³⁹⁵

Sin ser suficiente lo anterior, las cifras demuestran que la delincuencia juvenil tampoco puede justificarse en términos de prevención general intimidatoria. Así, que del universo de ingresos al Ministerio Público (del total de imputados conocidos) durante el año 2014 sólo un 8,58% corresponda a menores de edad es evidencia suficiente de que la criminalidad adolescente no representa un fenómeno particularmente masivo comparado con la delincuencia adulta.³⁹⁶

³⁹⁴ BERRÍOS (2011), p. 184-185.

³⁹⁵ DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA (2011), pp. 35-36.

³⁹⁶ MINISTERIO PÚBLICO. Boletín estadístico anual. Santiago, Enero 2015. [En línea]: <<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>> [Consulta: 20 de febrero de 2015], pp. 20; 68. El boletín sólo incluye cifras. El cálculo de porcentajes es nuestro. Si calculamos sobre el total de ingresos al Ministerio Público (es decir, contabilizando imputados conocidos y desconocidos), el porcentaje correspondiente a los adolescentes es de 3,76%.

Según cifras de la Defensoría Penal Pública, del total de ingresos de causas durante el año 2014, el 9,6% corresponde a menores de 18 años. Véase DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA.

Lo señalado corrobora la poca eficacia práctica de la privación de libertad como medio de resocialización de los sujetos, además de ser innecesaria desde el punto de vista de la prevención del delito y de la preservación de la paz social –producto del bajo porcentaje representado por la criminalidad juvenil-.³⁹⁷ Por ello, dentro de los parámetros de la responsabilidad penal adolescente, en que el principio educativo coadyuva a la retribución atendidas las particularidades de la culpabilidad del menor de edad, parece totalmente contraproducente el establecimiento de este tipo de penas. Las mismas representan la irrogación de un mal totalmente estigmatizador, que además no se condice con los criterios de tolerancia especial y menor resiliencia al castigo, ni menos aún son

Informe estadístico Enero – Diciembre 2014. [En línea]: <http://www.dpp.cl/repositorio/148/399/estadisticas_2014> [Consulta: 20 de febrero de 2015].

Sobre lo mismo, pero haciendo referencia a las estadísticas durante los 3 primeros años de vigencia de la LRPA, BERRÍOS (2011), p. 173. El año 2010 el porcentaje señalado ascendió al 9,6. Para consultar cifras referentes a los años 2010, 2011 y 2012, en particular respecto del porcentaje del total de ingresos al Ministerio Público representado por los adolescentes, véase MAFFIOLETTI y VERA (2013), p. 222.

³⁹⁷ Con lo anterior no queremos aceptar que dentro del espíritu de la LRPA pueda identificarse, coherentemente, una justificación de prevención general negativa. Creemos, pues, que la regulación de penas privativas de libertad y la fijación de un límite máximo de 10 años para los adolescentes mayores de 16, representa una concesión del legislador a la alarma pública generada por la proliferación mediática del fenómeno de la delincuencia, pero en todo caso, totalmente incongruente con el resto de la regulación legal.

concordantes con el grado de exigibilidad que el Estado puede predicar respecto de los adolescentes, atendidos los espacios de autonomía que se les conceden.

Pero más todavía, creemos no puede justificarse la privación de libertad como único método de expresión de reproche adecuado a la culpabilidad del adolescente. Antes bien, parece ser que las sanciones intermedias reguladas por la LRPA son suficientes como expresión de reproche atenuado integrado con obligaciones educativas para con el menor de edad que delinque.³⁹⁸

³⁹⁸ Por sanciones intermedias entendemos a las penas alternativas a la prisión, pero más graves que las sanciones de baja severidad. Así, VALENZUELA (2008), p. 244. Dentro de las reguladas en el art. 6° LRPA, entendemos que la libertad asistida, la libertad asistida especial y la prestación de servicios en beneficio de la comunidad corresponden a sanciones intermedias, en cuanto implican un grado de sacrificio de la libertad ambulatoria para el sujeto –obviamente, mucho menor que la privación de libertad-. Las penas de reparación del daño causado, multa, amonestación y accesorias, las conceptuaremos como sanciones de baja severidad, en tanto no implican un sacrificio para la libertad ambulatoria de los sujetos, y si lo implican –como la prohibición de conducir vehículos motorizados, o la rehabilitación por adicción a las drogas y alcohol-, lo hacen en un grado que no representa una merma para la capacidad del sujeto de proveerse de un buen estándar de vida. Una propuesta similar puede verse en VON HIRSCH (1998), p. 105, quien señala: “La escala consistiría en franjas de penas de gravedad ascendente con (digamos) fianzas y pequeñas multas en la franja baja, penas pecuniarias más importantes en el medio, asistencia a centros diurnos o arresto domiciliario en el siguiente nivel y privación de libertad en el extremo superior”. Aclaremos que nuestra propuesta no excluye a las penas

Quizá sea un buen síntoma el hecho que los jueces apliquen mayoritariamente sanciones no privativas de libertad. En efecto, durante los 3 primeros años de vigencia de la LRPA, la sanción más decretada es el servicio en beneficio de la comunidad (34,5%), seguida de la libertad asistida especial (19,6%) y la amonestación (16,2%). Por su parte, el régimen cerrado asciende a 3,4%, el semicerrado a 4,2%, y la sanción mixta del art. 19 letra a) a 2,1%, mostrándose que las sanciones privativas de libertad han sido aplicadas en el menor número de casos. Así, estas últimas sanciones totalizan un 9,7% del total de penas decretadas en los 3 primeros años de la LRPA.³⁹⁹ Con todo, sigue siendo un porcentaje alto el de adolescentes excluidos de la esencia de la reforma a la regulación de la responsabilidad penal juvenil, en cuanto su estándar de vida y su capacidad para proveerse de una calidad de vida digna se ve afectado de forma severa por la imposición de penas privativas de libertad, probablemente de una forma que no se condice con la aplicación de un reproche atenuado y diverso, comparativamente, a su respecto.

pecuniarias de poder ser clasificadas como sanciones intermedias; antes bien, lo que requieren para ser sanciones intermedias es que sean de una cuantía tal que afecten la capacidad del condenado de proveerse de un estándar de vida digno, según el modelo de persona promedio.

³⁹⁹ DENFENSORÍA PENAL PÚBLICA (2011), pp. 26-27.

Por todo lo antes señalado, si bien en general es positiva la operatividad del art. 24 LRPA⁴⁰⁰ como criterio para la elección de penas dentro de un rango en que se expresa, por distintas sanciones, una igual medida de reproche (rangos regulados en el art. 23), nuestras críticas a la LRPA en relación a la consagración del principio de especialidad no son pocas: primero, a nivel de tipo penal realiza una remisión genérica al régimen ordinario de Derecho penal; segundo, no se regula una teoría del delito consistente respecto de la responsabilidad penal adolescente, generando lagunas legales que deben ser resueltas con interpretaciones analógicas que concuerden con el espíritu de la ley (interpretaciones muchas veces discutibles); tercero, a nivel de penas, a pesar de establecerse un catálogo específico de sanciones adolescentes, dentro de éstas se consagran tres penas privativas de libertad, las cuales son incongruentes con el principio educativo consagrado por el art. 20 LRPA, el que, por cierto, es totalmente consistente con nuestra justificación retribucionista de la responsabilidad penal juvenil. Además, aunque no sea relevante dentro de nuestra justificación, siquiera pueden enarbolarse argumentos de prevención general negativa para fundamentar la vigencia de penas privativas de libertad, atendido el carácter marginal del fenómeno de la delincuencia adolescente.

En cuanto a los principios de responsabilidad y de proporcionalidad, los argumentos se reproducen. En efecto, una técnica legislativa coherente debe,

⁴⁰⁰ En la medida que no utilice dos veces el mismo criterio en perjuicio del adolescente.

además de establecer el carácter propiamente penal de los delitos adolescentes –como lo realiza la LRPA, reconociendo a la retribución expresamente como fin de la imposición de la pena en su art. 20-, respetar criterios de proporcionalidad, tanto ordinal como cardinal. Solo de esta manera el establecimiento de la responsabilidad penal será consecuente con el reconocimiento de la dignidad del sujeto y de la igualdad de trato que éste merece.

Si bien el establecimiento de sanciones específicas para adolescentes, y el establecimiento de sanciones intermedias y bajas en el catálogo del art. 6°, es un hallazgo positivo, lo negativo, repetimos, es la instauración de penas privativas de libertad. Las mismas, conforme a la señalada menor resiliencia al castigo de los adolescentes, no son capaces de representar un punto de anclaje máximo –bajo el análisis de la proporcionalidad cardinal- que pueda ser consistente comparativamente con el reproche penal a un adulto bajo el régimen de Derecho penal paradigmático. Probablemente, el análisis de la proporcionalidad ordinal, bajo los criterios de paridad, graduación y espacio entre las penas, dé resultados plausibles, en la medida en que la regulación de las penas tenga la capacidad de representar la distinta gravedad de los delitos, pero sólo en un análisis segmentado de la responsabilidad penal adolescente. Insistimos, el problema se genera con los puntos de anclaje, pues el establecimiento de penas privativas de libertad no puede representar el reproche morigerado que el Derecho penal irroga a un menor de edad. Por lo

anterior es que la crítica se reproduce: el establecimiento de penas privativas de libertad para delitos adolescentes representa una regulación contraindicada si los fines de este régimen extraordinario de Derecho penal son retribuir, pero educando.

Por ello, si bien los esfuerzos por establecer una justicia penal juvenil concordante con los principios establecidos en la normativa internacional vigente en Chile y respetuosa de la dignidad personal de los adolescentes son elogiados, son muchas las reformas que deben realizarse a nuestra LRPA para que ésta sea consistente con el establecimiento de una verdadera especificidad del régimen penal juvenil, que reconozca el carácter especialísimo que representa la falta de reconocimiento de una norma de conducta como razón eficaz para la acción por parte de un menor de edad, la menor exigibilidad que el Estado tiene a su respecto de conductas conforme a la racionalidad hegemónica, y en último término, que refleje la vulnerabilidad de la adolescencia como etapa vital. Todo esto, conforme al principio de proporcionalidad, debe llevar a un reproche, expresado en la irrogación de un mal, radicalmente atenuado y diverso que el prescrito para los adultos. Solo de esta forma la responsabilidad penal puede ser congruente con el específico trato que merece la adolescencia.

8. Recapitulación.

En este segundo capítulo hemos intentando, en una primera parte, enarbolar una teoría de justificación de la pena adolescente compatible con nuestra fundamentación retributivo-democrática del Derecho penal, para luego poner a prueba el rendimiento práctico de esta propuesta en la legislación penal adolescente vigente en nuestro país.

Hemos señalado que el hecho de existir un déficit de legitimidad de origen en lo que podría llamarse una justificación retributivo-democrática de la responsabilidad penal adolescente, no es óbice para poder enarbolar una justificación de la imposición de penas que dé cuenta del carácter de sujetos relevantes de los menores de edad en el tráfico jurídico y político. Más aun, no es obstáculo para la punición de adolescentes el hecho de que los criterios de culpabilidad formal concurren en forma disminuida a su respecto. Antes bien, lo importante es percatarse de que la culpabilidad, como criterio de legitimación del castigo penal, no es un concepto rígido, sino que admite gradualidad, y dicha gradualidad estará dada por la forma en que concurren los criterios que dan contenido al concepto de capacidad de motivación y al de exigibilidad social.

De esta manera, se puede señalar que la culpabilidad en un sujeto puede concurrir –o atribuirse- de forma disminuida, sin que ello obste a su castigo penal. Con todo, se requieren de ciertos límites bajo los cuales entenderemos que la inimputabilidad es absoluta.

Los límites del castigo penal estarán dados por la formalización de expectativas normativas, conforme a las cuales la ley estandariza expectativas de conducta. En la discusión que nos convoca, la formalización de dichas expectativas se refleja en la regulación legal de ámbitos de responsabilidad diversos conforme al rango etario de los sujetos punibles. Pero dicha regulación no opera de forma independiente; antes bien, es el reflejo de un cambio de percepción social respecto de la justificación del Derecho penal adolescente, por lo que si bien es completamente implausible, como defiende Mañalich, referirse a la culpabilidad adolescente –como a la de las personas jurídicas- antes de la entrada en vigencia de un estatuto que regule su responsabilidad penal⁴⁰¹, no debe perderse de vista la dependencia de la normatividad respecto del lenguaje descriptivo.

Por ello, la entrada en vigencia de la LRPA lo que vino es a formalizar una cuestión verificable parcialmente de forma independiente al lenguaje jurídico: que a los adolescentes puede adscribirseles legítimamente

⁴⁰¹ MAÑALICH (2013), pp. 215-216.

culpabilidad, pero de forma diferente a la operación de dicha adscripción en el caso de los adultos.

En el desarrollo de este capítulo, en efecto, hemos intentado dar contenido a esta afirmación, partiendo del análisis de las discusiones libradas en psicología evolutiva subyacentes a la determinación de las capacidades cognitivas, volitivas y morales de los adolescentes. Hemos señalado, en definitiva, que en los adolescentes concurre una capacidad de razonamiento formal, de autocontrol volitivo y de moralidad suficientes como para adscribir parasitariamente culpabilidad, pero en menor grado que en los adultos. Ello, pues, en general el desarrollo del pensamiento formal se encuentra en una fase temprana, lo que repercute en una disminución de la capacidad de desarrollo del pensamiento moral en comparación a la de un mayor de edad. Además, debe comprenderse que la capacidad de autocontrol volitivo, relacionada directamente con la conformación de la identidad y del autoconcepto, redundante en la presencia de conductas problemáticas, muchas veces respecto de la autoridad. Asimismo, entendemos que por ser la adolescencia un período de entrenamiento y de adecuación para el futuro desenvolvimiento en una vida adulta, la misma es dependiente de las oportunidades de internalización de los valores morales que los sujetos tengan. Y si gran parte de dicha internalización está posibilitada por el proceso de educación formal, necesario es concluir que las posibilidades de moralización de los adolescentes son menores que las de

un adulto (asumiendo que la conclusión de la educación media otorgaría el conocimiento y comprensión necesarios de los valores morales como para motivarse correctamente por las normas de conducta penal). Luego, el reproche penal a su respecto debe ser menor.

Si la pena se objetiva por medio de la imposición de un mal, y si la medición del grado de dicho mal está dada por la afectación de intereses de vida de los sujetos punidos, debe asumirse que los adolescentes son titulares de un especial interés de desarrollo, que los hace más permeables a las consecuencias perniciosas de la pena. Por ello, de querer ser consecuentes con el principio de igualdad, las penas deben ser menos severas.

Pero además es necesario comprender que la adolescencia representa un período esencialmente problemático, de ensayo de capacidades adquiridas, lo que se debe corresponder con una especial tolerancia respecto de los hechos delictivos de sujetos comprendidos dentro de este rango etario. Por ello, el reproche penal a su respecto debe ser cualitativamente diverso.

Sin bastar lo anterior, y según desarrollamos en este capítulo, el grado de autonomía privada reconocida por nuestra legislación al adolescente es limitada, en tanto es incluido dentro del concepto de “incapaz relativo”. Lo mismo, si queremos atender al criterio de exigibilidad sistémica, debe

corresponderse con un menor grado de reproche por las conductas delictivas, en tanto el Estado no puede exigir de la misma forma a quienes no reconoce –o reconoce en forma deficitaria- su capacidad de participación en los beneficios de la cooperación social.

Lo esencialmente problemático, con todo, viene del análisis del reconocimiento de la autonomía pública. Argüimos que el derecho a voto no puede concebirse en términos graduales –a diferencia de lo que sucede con la autonomía privada-, de manera que una falta de reconocimiento del mismo, para el caso de los adolescentes, es equiparable al reconocimiento -o concurrencia- parcial de los otros criterios de culpabilidad –tanto formal como material-. Y puede darse esta equiparación en el caso de los adolescentes en tanto los mismos pueden concebirse como ciudadanos en potencia, es decir, como sujetos que no son ajenos al ejercicio de la autonomía pública, pues en definitiva, de cumplir la mayoría de edad tendrán acceso a los canales democráticos formales de deliberación. Esto, por cierto, hace que la conclusión para este punto sea la misma que respecto de los anteriores criterios analizados: el reproche penal debe ser morigerado.

Como señaláramos y fundamentáramos latamente en este capítulo, el reproche disminuido respecto de hechos delictivos de adolescentes, además, debe ir acompañado de la operación de criterios de prevención especial

positiva, los cuales, con todo, no funcionan a nivel de justificación interna de la imposición de la pena. Es la especificidad misma de la adolescencia, pues, la que hace que deba explicitarse el mensaje moral implícito en la norma de conducta quebrantada. Lo mismo, luego, solo puede realizarse a través de medidas educativas –coadyuvantes de la pena- encaminadas a la posibilitación de un adecuado ejercicio futuro de la capacidad pública deliberativa.

Todo lo antes expuesto –reproche cualitativamente distinto y cuantitativamente menor, acompañado de medidas educativas- nos lleva a afirmar que la única forma de reflejar fielmente las particularidades de la adolescencia es a través de la vigencia de un estatuto especial de responsabilidad penal juvenil. Lo mismo obliga a que la especialidad deba operar, a nuestro entender, tanto a nivel de tipos penales como de sanciones a imponer, sin perjuicio de la valoración más laxa de las eximentes y atenuantes de responsabilidad a nivel de imputación de segundo nivel.

Visto esto, las críticas a la LRPA parecen obvias: a nivel de tipicidad realiza una remisión general al Derecho penal de adultos; a nivel de penas, a pesar de regular un catálogo específico de éstas para los adolescentes, incluye medidas privativas de libertad de hasta 10 años, cuestión abiertamente contraindicada si la apuesta de responsabilizar penalmente a un menor de edad es, en parte, que el mismo se convierta en un ciudadano que no cargue

indebidamente con las consecuencias de las malas decisiones tomadas en la adolescencia –además de ser incompatible con la operación del principio de proporcionalidad-;en último término, no se regula una teoría del delito consistente respecto de la responsabilidad penal juvenil, generando lagunas legales que deben ser resueltas con interpretaciones analógicas que concuerden con el espíritu de la ley (interpretaciones muchas veces discutibles).

Todas estas cuestiones hacen que sea imperioso revisar y repensar la técnica legislativa utilizada para regular la responsabilidad penal adolescente, sobre todo si el objetivo de la creación de este estatuto de responsabilidad era reconocer al adolescente como sujeto digno –capaz de responder por sus actos defectuosos-, pero al mismo tiempo dar cuenta de su radical especialidad.

CONCLUSIONES

Para finalizar, y a modo de resumen, se expondrán sucintamente las conclusiones de esta investigación:

a) Un genuino reconocimiento de la dignidad de los sujetos en cuanto capaces de asumir responsabilidad por sus actos defectuosos requiere de la asunción de su calidad de persona. Pero además, se requiere reconocer que son portadores de una voluntad libre, que en tanto tal, pueda ser descrita en términos de condicionante efectiva de los sucesos atribuibles como acciones intencionales al agente. Lo anterior, pues, puede ser fundamentado desde el punto de vista del lenguaje mentalista, a través de la vigencia irrestricta del lenguaje de la responsabilidad como posibilitador de nuestra convivencia en sociedad; pero también desde el punto de vista del lenguaje empirista, en el sentido que las expectativas normativas de conducta se encuentran asentadas sobre hallazgos descriptivos que nos facultan a atribuir culpabilidad a los sujetos, en tanto conforman su voluntad de forma contraria a la prescripción normativa, teniendo una alternativa de conformación diversa. Estos hallazgos descriptivos, pues, hacen referencia a estandarizaciones de capacidades cognitivas y volitivas concurrentes en los sujetos y que autorizan a adscribirles responsabilidad (criterios de culpabilidad formal).

b) Pero si queremos, además de atribuir responsabilidad conforme a la concreta motivabilidad del sujeto, legitimar dicha adscripción en el contexto operativo de las instituciones, ello nos conduce necesariamente a la asunción de una teoría que dé cuenta de la legitimidad de las normas de conducta cuyo quebrantamiento justifica el reproche ínsito en la imposición de las penas. Dicha justificación, en el marco de este trabajo, es una desontologizante, que pone el acento en la corrección de los procedimientos democráticos de creación de normas, así como en las condiciones materiales subyacentes que posibilitan un ejercicio libre e igualitario de la autonomía pública. Conforme el delincuente pueda ser visto como creador de la norma quebrantada, entonces, el reproche que se le impone mediante la pena es justificado, en cuanto el agente falta al sentido de la justicia con su delito (comportándose como un *free rider*), y falta a la lealtad comunicativa, la cual le prescribe que los canales formales de ejercicio de la autonomía pública son los únicos posibles para poner en cuestión la vigencia de las normas.

c) Lo anterior legitima el Derecho penal desde la perspectiva del ciudadano, mas no desde la perspectiva del detentador del *ius puniendi* –el Estado-. Para esto último, se requiere justificar la capacidad de exigibilidad de conductas conforme a Derecho por parte del Estado –o de la sociedad- en relación a las posibilidades de desenvolvimiento de la autonomía privada que el mismo reconoce a los sujetos. Solo de esta forma se valida la perspectiva

retributivo-democrática del Derecho penal, que sin caer en formalismos, da cuenta de las específicas condiciones materiales de los sujetos para el desenvolvimiento de su papel social.

d) Si una justificación retributivo-democrática en los términos expuestos es la más consistente teoría de justificación de la pena, la misma debe poder aplicarse a todos los regímenes de Derecho penal. En particular, y lo que constituye el centro de este trabajo, es poder poner a prueba el rendimiento teórico de esta propuesta en relación a la responsabilidad penal adolescente.

Pues bien, la responsabilidad penal adolescente padece de severos déficits de origen: una menor capacidad de culpabilidad formal de los sujetos; un menor reconocimiento de su autonomía privada; y un desconocimiento de su autonomía pública. Todo esto da lugar a una disminución en la medida del reproche penal, en tanto entendamos que la culpabilidad es un concepto graduable. Lo problemático, con todo, es justificar dicha gradualidad en el caso del ejercicio de la autonomía pública de los adolescentes, pues como señalamos, la misma no es reconocida por el Estado. Para salvar esto, debemos asumir la imposibilidad de concebir el voto en términos graduables, y al mismo tiempo, ser conscientes de la particularidad de la adolescencia como ciudadanía en potencia. Estas dos cuestiones fundamentan nuestra siguiente propuesta: en el plano de la autonomía pública, la falta de reconocimiento de

ésta a los adolescentes equivale a un reconocimiento parcial, en la medida en que la sociedad se haga cargo, a través del Derecho penal, de la formación ciudadana de los jóvenes.

Asimismo, podemos apreciar ciertas particularidades, las cuales repercuten en la medida y cualidad del reproche penal a imponerles: el adolescente es un sujeto en desarrollo, lo que lo hace más permeable al mal en que se materializa la imposición de la pena. Lo mismo, por mandato del principio de igualdad, debe reflejarse en un reproche disminuido. Pero además, la adolescencia se caracteriza por ser un período de ensayo en el ejercicio de las nuevas capacidades adquiridas por el adolescente, lo que se debe reflejar, de querer ser consecuentes, en una tolerancia especial para con estos sujetos por parte de la sociedad. Lo mismo se traduce en un reproche penal cualitativamente diferente a su respecto.

e) Todas estas particularidades de la responsabilidad penal adolescente hacen que sea necesario concebir la operatividad de la pena de una forma diversa: además de retribuir, ésta debe educar –aunque lo último no funcione a nivel interno de justificación de la sanción, sino solo como factor coadyuvante-. En esta medida, se logra compensar el déficit de legitimidad de origen que provoca que el adolescente punido, en la práctica, no tenga participación en el proceso nomogenético.

f) Como el reproche penal adolescente, además de ser cuantitativamente distinto, es cualitativamente diverso, la única manera de reflejar esta particularidad es creando un estatuto especial que regule su responsabilidad penal. Dicho estatuto especial debe dar cuenta del principio de especialidad a nivel de tipo penal, a nivel de teoría del delito –en particular, en la valoración de las eximentes y atenuantes de responsabilidad-, y a nivel de penas.

g) A la LRPA vigente en Chile se le debe reconocer el cambio de paradigma que produjo en la punición de los adolescentes: éstos dejan de ser vistos como objetos de protección –como era el caso de los jóvenes declarados inimputables de acuerdo con el antiguo modelo del discernimiento- y pasan a ser reconocidos plenamente en su calidad de personas, pero cuya capacidad de motivación conforme a las normas, y la exigibilidad del Estado a su respecto de conductas conforme a Derecho, es sustantivamente diversa, lo que redundaría en la necesidad de un tratamiento penal distinto –cuestión desconocida por el antiguo modelo, en que adolescentes declarados con discernimiento eran juzgados conforme al régimen ordinario del CP-.

Con todo, debemos ser conscientes que la misma presenta graves falencias, inconsistentes con la vigencia del principio de especialidad y de proporcionalidad: se regulan penas privativas de libertad de hasta 10 años; se

realiza una remisión general al régimen ordinario a nivel de tipos penales; y salvo ciertas excepciones, no se regula consistentemente una teoría del delito adolescente.

h) Todo lo anterior hace que sea imperiosa una revisión de la técnica legislativa de la LRPA, debiendo tener como norte el reconocimiento de la especialidad adolescente en todos los campos trascendentes a efectos penales. De otra manera, aunque de forma menos grosera que ante la vigencia del antiguo modelo del discernimiento, estaremos ante lo que se ha denominado un “fraude de etiquetas”.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y publicaciones:

1. ALBRECHT, Peter-Alexis. 1990. El derecho penal de menores. *En*: BUSTOS, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán (directores). El sistema penal. Barcelona, PPU.
2. _____. 1992. Respecto del futuro del derecho penal de menores –peligros y chances-. *En*: BUSTOS, Juan (director). Un derecho penal del menor. Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda.
3. _____. 2013. La sociedad de la seguridad en camino hacia la destrucción del derecho. *En*: DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. Informes en derecho. Estudios de derecho penal juvenil IV. Santiago.
4. ANSCOMBE, G.E.M. 1991. Intención. Barcelona, Paidós.
5. BELOFF, Mary. 2008. Fortalezas y debilidades del litigio estratégico para el fortalecimiento de los estándares internacionales y regionales de protección a la niñez en América Latina. *En*: MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA. Defensa pública: Garantía de acceso a la justicia. III

Congreso de la asociación interamericana de Defensorías Públicas.
Buenos Aires, La Ley.

6. BERISTAIN, Antonio. 1992. Aproximación jurídica, criminológica, victimológica y teológica a los jóvenes infractores. *En*: BUSTOS, Juan (director). Un derecho penal del menor. Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda.
7. BERRÍOS, Gonzalo. 2005. El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes. Revista de Estudios de la Justicia 6.
8. _____. 2008. Cuatro consideraciones acerca del derecho penal juvenil y los derechos de la infancia. *En*: MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA. Defensa pública: Garantía de acceso a la justicia. III Congreso de la asociación interamericana de Defensorías Públicas. Buenos Aires, La Ley.
9. _____. 2011. La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas. Política Criminal 6.
10. BERRÍOS, Gonzalo y GALLARDO, Eduardo. 2000. Imputabilidad penal, sanciones y justicia en jóvenes y adolescentes. VOCES 1.

11. BINDING, Karl. 2009. La culpabilidad en derecho penal. Buenos Aires/Montevideo, BdF.
12. BRANDOM, Robert. 2008. Actions, Norms, and Practical Reasoning. Philosophical Perspectives 12.
13. BURKHARDT, Björn. 2004. Conducta típica y perspectiva ex ante. A la vez, una aportación contra “la confusión entre lo subjetivo y lo objetivo”. *En*: WOLTER y FREUND (ed.). El sistema integral del derecho penal. Madrid/Barcelona, Marcial Pons.
14. _____. 2007. La comprensión de la acción desde la perspectiva del agente en el derecho penal. *En*: BURKHARDT, GÜNTHER y JAKOBS. El problema de la libertad de acción en el derecho penal. Buenos Aires, Ad-Hoc.
15. BUSTOS, Juan. 1992. Hacia la desmitificación de la facultad reformadora en el derecho de menores: Por un derecho penal de menores. *En*: BUSTOS, Juan (director). Un derecho penal del menor. Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda.

- 16._____. 2004. Control social y otros estudios. En: del mismo. Obras completas. Tomo II. Lima, Ara Editores.

- 17._____. 2007. El derecho penal del niño-adolescente. Estudio de la ley de responsabilidad penal del adolescente. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago.

- 18.BUSTOS, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán. 2006. Lecciones de derecho penal. Parte general. Madrid, Trotta.

- 19.CHAN, Gustavo. 2013. Igualdad formal, igualdad material y responsabilidad penal de los jóvenes. *En: DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. Informes en derecho. Estudios de derecho penal juvenil IV.* Santiago.

- 20.CILLERO, Miguel. 2008. Niñez y adolescencia en conflicto con la ley penal. El derecho penal juvenil y la protección integral. *En: MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA, Defensa pública: Garantía de acceso a la justicia. III Congreso de la asociación interamericana de Defensorías Públicas.* Buenos Aires, La Ley.

21. COLEMAN, J.C. 1995. Psicología de la adolescencia. 3ª Edición. Madrid, Morata.
22. COUSO, Jaime. 2006. Principio educativo y (re)socialización en el derecho penal juvenil. Justicia y Derechos del niño 8.
23. _____. 2009. Culpabilidad y sujeto en la obra de Juan Bustos Ramírez. Revista de Estudios de la Justicia 11.
24. _____. 2012. Los adolescentes ante el derecho penal en Chile. Estándares de juzgamiento diferenciado en materia penal sustantiva. Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile 25.
25. CRUZ, Beatriz. 2006. Educación y prevención general en el derecho penal de menores. Madrid/Barcelona, Marcial Pons.
26. _____. 2012. La culpabilidad por el hecho del adolescente: Referencias y diferencias respecto del derecho penal de adultos. *En: DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. Informes en derecho. Estudios de derecho penal juvenil III.* Santiago.

27. DAVIDSON, Donald. 1990a. Modos y realizaciones. *En*: del mismo De la verdad y la interpretación. Madrid, Gedisa.
28. _____. 1990b. Pensamiento y habla. *En*: del mismo. De la verdad y la interpretación. Madrid, Gedisa.
29. _____. 1995a. Acciones, razones y causas. *En*: del mismo. Ensayos sobre acciones y sucesos. México, Crítica.
30. _____. 1995b. De la acción. *En*: del mismo. Ensayos sobre acciones y sucesos. México, Crítica.
31. _____. 1995c. Tener la intención. *En*: del mismo. Ensayos sobre acciones y sucesos. México, Crítica.
32. DE LA FUENTE, Felipe. 1993/1994. Culpabilidad, pena y libertad. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso 15.
33. DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2011. 3 años de vigencia. Ley de responsabilidad penal del adolescente. 8 de junio de 2007 a 7 de junio de 2010. Santiago.

34. DENNETT, Daniel. 1989. Condiciones de la cualidad de persona. México, UNAM.
35. DUFF, Antony y WEIJERS, Ido. 2002. Punishing juveniles. Principle and critique. Londres-Portland Oregon, Hart Publishing.
36. ENGELMAYER, Otto. 1970. Psicología evolutiva de la infancia y de la adolescencia. Buenos Aires, Editorial Kapelusz.
37. FELD, Barry. 2013a. Adolescent criminal, proportionality, and sentencing policy, Graham, Miller/Jackson, and the youth discount. Law and Inequality 31.
38. _____. 2013b. The youth discount: old enough to do the crime, too young to do the time. Ohio State Journal of Criminal Law 11.
39. FRANKFURT, Harry. 2006a. De qué somos moralmente responsables. *En*: del mismo. La importancia de lo que nos preocupa. Buenos Aires, Katz.
40. _____. 2006b. La igualdad como ideal moral. *En*: del mismo. La importancia de lo que nos preocupa. Buenos Aires, Katz.

41. _____. 2006c. La libertad de la voluntad y el concepto de persona.
En: del mismo. La importancia de lo que nos preocupa. Buenos Aires, Katz.
42. _____. 2006d. Posibilidades alternativas y responsabilidad moral.
En: del mismo. La importancia de lo que nos preocupa. Buenos Aires, Katz.
43. _____. 2006e. Tres conceptos de acción libre. *En:* del mismo. La importancia de lo que nos preocupa. Buenos Aires, Katz.
44. GALLEGO, Javier. 2011. El problema del moralismo legal en el derecho penal. Revista de Estudios de la Justicia 14.
45. _____. 2012. El rol del merecimiento en A Theory of Justice. ¿Tiene Rawls una teoría del castigo penal? Revista de Estudios de la Justicia 16.
46. _____. 2013. La sociología subyacente al liberalismo político. La crítica de Habermas a Rawls. Derecho y Justicia 3.

47. GARCÍA, Sergio. 2008. Derechos humanos de los niños y adolescentes.
En: MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA. Defensa pública: Garantía de acceso a la justicia. III Congreso de la asociación interamericana de Defensorías Públicas. Buenos Aires, La Ley.
48. GONZÁLEZ, Carlos. 1992. Los menores entre “protección y justicia”. El debate sobre la responsabilidad. *En*: BUSTOS, Juan (director). Un derecho penal del menor. Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda.
49. GUAJARDO, Humberto y MONTENEGRO, Hernán (Editores). 1994. Psiquiatría del niño y del adolescente. Santiago, Editorial Salvador.
50. HABERMAS, Jürgen. 1992. Teoría de la acción comunicativa, II. Crítica de la razón funcionalista. Madrid, Taurus.
51. _____. 1998. Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. 1ª Edición. Madrid, Trotta.
52. _____. 1999. Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid, Taurus.

- 53._____. 2008a. Libertad y determinismo. Parte I. Selecciones de Bioética 13.
- 54._____. 2008b. Libertad y determinismo. Parte II. Selecciones de Bioética 14.
- 55.HART, H.L.A. 1948/1949. The Ascription of Responsibility and Rights. Proceedings of theAristotelianSociety 49.
- 56.HEGEL, G.W.F. 1988. Principios de la filosofía del derecho. Barcelona, Edhasa.
- 57.HERNÁNDEZ, Héctor. 2007a. El régimen de la autointoxicación plena en el derecho penal chileno: deuda pendiente con el principio de culpabilidad. Revista de Estudios de la Justicia 9.
- 58._____. 2007b. 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.

59. HORVITZ, María Inés. 2006. Determinación de las sanciones en la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil y procedimiento aplicable. Revista de Estudios de la Justicia 7.
60. HRUSCHKA, Joachim. 2005a. El objeto del juicio de antijuridicidad según el derecho penal actual. Sobre la consistencia de las posibles concepciones acerca del significado de los errores relativos a las circunstancias del hecho. *En*: del mismo. Imputación y derecho penal. Navarra, Thomson/Aranzadi.
61. _____. 2005b. Reglas de comportamiento y reglas de imputación. *En*: del mismo. Imputación y derecho penal. Navarra, Thomson/Aranzadi.
62. JÄGER, Christian. 2013. Menores entre culpabilidad y responsabilidad. *En*: DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, Informes en derecho. Estudios de derecho penal juvenil IV. Santiago.
63. JAKOBS, Günther. 1998. Sobre la teoría de la pena. Cuadernos de Conferencias y Artículos 16.

64. _____. 2003. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. *En*: JAKOBS, Günther y CANCIO, Manuel. Derecho penal del enemigo. Madrid, Thomson Civitas.
65. _____. 2009. Dolus malus. InDret 4.
66. KANT, Immanuel. 1986. En torno al tópico: Tal vez esto sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica. *En*: del mismo. Teoría y práctica. Madrid, Tecnos.
67. _____. 1989. Metafísica de las costumbres: Doctrina del derecho. Madrid, Tecnos.
68. _____. 2001. Crítica de la razón práctica. Madrid, Alianza Editorial.
69. KINDHÄUSER, Urs. 1999. Acerca la distinción entre error de hecho y error de derecho. *En*: VV.AA. El error en el derecho penal. Buenos Aires, Ad-Hoc.
70. _____. 2003. Cuestiones fundamentales de la coautoría. Revista Penal 11.

- 71._____. 2008a. El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva. InDret 4.
- 72._____. 2008b. Reflexiones de teoría de las normas acerca del consentimiento en el derecho penal. *En*: del mismo. Teoría de las normas y sistemática del delito. Lima, Ara.
- 73._____. 2009. Personalidad, culpabilidad y retribución. *En*: KINDHÄUSER, Urs y MAÑALICH, Juan Pablo. Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho. Lima, Ara.
- 74._____. 2013. ¿Qué es la imprudencia? *En*: La ciencia penal en la Universidad de Chile. Libro homenaje a los profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago.
- 75.LIEBLING, Alison y MARUNA, Shadd. 2013. Los efectos del encarcelamiento reexaminados. *En*: DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. Informes en derecho. Estudios de derecho penal juvenil IV. Santiago.
- 76.LOWE, E.J. 2000. Filosofía de la mente. Barcelona, Idea Books.

77. MACKIE, John. 2000. *Ética. La invención de lo bueno y lo malo*. Barcelona, Gedisa.
78. MAFFIOLETTI, Francisco y VERA, Alejandra. 2013. Estudio de caracterización del delito adolescente: lo que develan las estadísticas. Revista Jurídica del Ministerio Público 57.
79. MALDONADO, Francisco. 2004. La especialidad del sistema de responsabilidad penal de adolescentes. Reflexiones acerca de la justificación de un tratamiento penal diferenciado. Justicia y Derechos del Niño 6.
80. MAÑALICH, Juan Pablo. 2005. Pena y ciudadanía. Revista de Estudios de la Justicia 6.
81. _____. 2007. La pena como retribución. Estudios Públicos 108.
82. _____. 2009a. Determinismo, autonomía y responsabilidad penal". *En: KINDHÄUSER, Urs y MAÑALICH, Juan Pablo. Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*. Lima, Ara.

- 83._____. 2009b. Retribucionismo expresivo. Acerca de la función comunicativa de la pena. *En*: KINDHÄUSER, Urs y MAÑALICH, Juan Pablo. Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho. Lima, Ara.
- 84._____. 2010a. La estructura de la autoría mediata. Revista de Derecho de la PUCV 34.
- 85._____. 2010b. Norma e imputación como categorías del hecho punible. Revista de Estudios de la Justicia 12.
- 86._____. 2010c. ¿Reglas del entendimiento? Acerca de la “juridificación” de la comunicación en la pragmática universal de Jürgen Habermas. Estudios Públicos 119.
- 87._____. 2011. El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno. Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile 24.
- 88._____. 2013. 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*: DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. Informes en derecho. Estudios de derecho penal juvenil IV. Santiago.

89. MARTIN, Andrés. 2004. Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de la edad. Granada, Editorial Comares.

90. MARX, Karl y ENGELS, Friedrich. 2004. La Ideología Alemana (extractos). Buenos Aires, Nuestra América.

91. MEDINA, Gonzalo. 2009. Sobre la determinación de pena y el recurso de nulidad en la Ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente. Revista de Estudios de la Justicia 11.

92. MOORE, Michael. 1993. Justifying Retributivism. Israel Law Review 27 (15).

93. MUÑOZ, Francisco. 1985. Derecho penal y control social. Jerez, Fundación Universitaria de Jerez.

94. NINO, Carlos. 1989. Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación. Buenos Aires, Editorial Astrez.

95. PAWLIK, Michael. 2010a. La pena retributiva y el concepto de delito. *En:* del mismo. La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y derecho penal, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons.
96. _____. 2010b. <<¿El paso más importante de la dogmática de la última generación?>>. Reflexiones para la diferenciación entre injusto y culpabilidad en derecho penal. *En:* del mismo. La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y derecho penal. Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons.
97. RAWLS, John. 1955. Dos conceptos de reglas. *En:* FOOT, Philippa (ed.) Teorías sobre la ética. México, F.C.E.
98. _____. 1995. Liberalismo político. 1ª Edición. México, F.C.E.
99. _____. 2006. Teoría de la justicia. 2ª Edición. México, F.C.E.
100. RAZ, Joseph (compilador). 1986. Razonamiento Práctico. 1ª Edición. México, F.C.E.
101. ROXIN, Claus. 1981. Culpabilidad y prevención en derecho penal. Traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde. Madrid, Reus.

102. SÁNCHEZ, Fernando. 2011. El principio de culpabilidad como mandato de optimización. Deconstruyendo la culpabilidad, un segundo desarrollo. InDret 4.
103. SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. 2006. Recensión a Klaus Günther, Schuld und kommunikative Freiheit. InDret 359.
104. _____. 2008. Imputación y teoría del delito. Montevideo/Buenos Aires, BdF.
105. STRAWSON, Peter. 1992. Libertad y resentimiento. Cuadernos de Crítica 47.
106. TRAJTENBERG, Nicolás. 2012. Algunas razones por las cuales disminuir la edad de responsabilidad penal adulta en Uruguay no parece la mejor solución. *En*: DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. Informes en derecho. Estudios de derecho penal juvenil III. Santiago.
107. TUGENDHAT, Ernst. 2003. Introducción a la filosofía analítica. Madrid, Gedisa.

108. VALENZUELA, Jonatan. 2008. La pena y la educación. Una aproximación al fundamento de la pena juvenil. Revista de Estudios de la Justicia 11.
109. VON HIRSCH, Andrew. 1998. Censurar y castigar. Madrid, Trotta.
110. _____. 2012. Sentencias proporcionales para menores ¿Qué diferencia con las de los adultos? *En*: DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. Informes en derecho. Estudios de derecho penal juvenil III. Santiago.
111. VON WRIGHT, Georg. 1970. Norma y acción. Una investigación lógica. Madrid, Tecnos.
112. _____. 2008. Inferencia práctica. Praxis Filosófica 26.

Recursos electrónicos:

113. BERGER, Peter. El pluralismo y la dialéctica de la incertidumbre. [En línea]: <http://www.cepchile.cl/dms/archivo_1864_242/rev67_berger.pdf> [Consulta: 19 de enero de 2015]

114. DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. Informe estadístico Enero – Diciembre 2014. [En línea]: <http://www.dpp.cl/repositorio/148/399/estadisticas_2014> [Consulta: 20 de febrero de 2015].
115. Historia Fidedigna de la Ley N° 20.084. [En línea]: <http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20084> [Consulta: 19 de febrero de 2015]
116. MINISTERIO PÚBLICO. Boletín estadístico anual. Enero 2015. [En línea]: <<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>> [Consulta: 20 de febrero de 2015]