



**Defensoría**  
Sin defensa no hay Justicia

**DOCUMENTO DE TRABAJO Nº 35  
(Defensa Penal Juvenil)**

**ADOLESCENTES, VIOLENCIA Y SUBJETIVIDAD: FUNDAMENTOS  
PSICOSOCIALES DE UN ENJUICIAMIENTO PENAL DIFERENCIADO**

**Prof. Dr. JAIME COUSO SALAS**

**ENERO DE 2018**

Consultas sobre este documento:  
[udpe@dpp.cl](mailto:udpe@dpp.cl)

**Unidad de Defensa Penal Especializada  
Departamento de Estudios y Proyectos  
DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA**

**ADOLESCENTES, VIOLENCIA Y SUBJETIVIDAD: FUNDAMENTOS PSICOSOCIALES DE UN ENJUICIAMIENTO PENAL DIFERENCIADO\***

JAIME COUSO\*\*

INTRODUCCIÓN

Los crímenes violentos representan un paradigma de injusto penal grave, que justifica una respuesta severa del sistema penal. Incluso los instrumentos internacionales de derechos humanos de niños y adolescentes, que demandan relegar el uso de la privación de libertad como un último recurso, admiten que ante hechos de gravedad cometidos con violencia esa medida puede estar justificada (Reglas de Beijing, Regla 17.1).

Sin embargo, los ordenamientos penales conocen diversas especies de violencia, de muy distinta gravedad, distinción que se ve paradigmáticamente reflejada en la regulación de las diversas figuras típicas del homicidio: característicamente, una figura básica de homicidio voluntario (o doloso) y una figura calificada de *asesinato* u *homicidio calificado*. Las penas más severas se reservan para el segundo, de modo que, tratándose de adolescentes, casi con seguridad se les sancionará con privación de libertad, normalmente por períodos cercanos al máximo permitido por la ley para condenados menores de edad.<sup>1</sup>

Al examinar en un primera mirada las diversas modalidades calificantes del homicidio, una parte importante de ellas consiste en la presencia, en el agente, de una dimensión subjetiva (móvil, finalidad o actitud) que se considera especialmente reprochable. Por su parte, en

---

\* Este trabajo lo he podido elaborar gracias al apoyo de la Unidad de Defensa Penal Especializada de la Defensoría Penal Pública de Chile. También recoge y desarrolla una investigación iniciada hace unos años, en el marco del proyecto Fondecyt Regular N° 1080644, “El Principio de Especialidad en el Derecho Penal y Procesal Penal de Adolescentes. Análisis Dogmático y Jurisprudencial”, del que fui Investigador responsable, y que ejecuté en conjunto con Mauricio Duce. Agradezco especialmente la colaboración de Alejandro Gómez en la identificación de casos y problemas, así como el apoyo de Pablo Aranda para emprender esta investigación. Por último, también agradezco los debates, reflexiones y referencias aportadas por las y los defensores penales públicos participantes del Taller Avanzado de Defensa Penal Juvenil, celebrado en octubre de 2017.

\*\* Profesor Titular de Derecho Penal, Universidad Diego Portales (República 112, Santiago; [jaime.couso@mail.udp.cl](mailto:jaime.couso@mail.udp.cl)).

<sup>1</sup> En la legislación chilena, salvo en el caso improbable de que el tribunal, ante la presencia de una pluralidad de circunstancias atenuantes, sin agravantes, decida rebajar la pena no sólo en uno, sino en dos grados, la sanción necesariamente incluirá un período mínimo obligatorio de 2 años de internación en régimen cerrado; pero muy probablemente alcanzará una extensión mayor, cercana a los 5 años (para menores de 16 años de edad) o a los 10 años (para los mayores de 16 años de edad). V., recientemente, por ejemplo, la sentencia dictada por la Sala 3ª del TOP de Rancagua, el 4 de enero de 2017, en causa RUC 1500970204-8, RIC 481-2016, que por un homicidio calificado impuso a un adolescente de 15 años, a quien beneficiaba una atenuante y no afectaba ninguna agravante, una sanción de 4 años de internación en régimen cerrado. Respecto de un adolescente mayor de 16 años, v. la V., también la sentencia del TOP de Valdivia, RIT 145-2015, de 7/10/15, que condena a un adolescente de 16 años a 8 años de internación en régimen cerrado, homicidio calificado.

aquellas otras calificantes que consisten más bien en características objetivas del medio o modo de ejecución, la exigencia de que el agente haya conocido y querido esa circunstancia – o, incluso, de que la haya procurado o aprovechado deliberadamente – también refleja una peculiaridad en la disposición subjetiva que contribuye a calificar la específica reprobabilidad del hecho.

Esta especial dimensión subjetiva de la violencia homicida más reprobable para el ordenamiento penal también suele verse reflejada en el tratamiento penal de la violencia no homicida. Así ocurre, por ejemplo, con los preceptos que extienden las calificantes del homicidio al delito de lesiones corporales, construyendo una especie de lesiones especialmente reprobables.

Ahora bien, tratándose de adolescentes, alguna doctrina y jurisprudencia de los principales ordenamientos jurídicos ha expresado la intuición – aun no suficientemente teorizada – de que sus acciones violentas con mayor dificultad y con menor frecuencia que en el caso de los adultos vienen acompañadas de aquellos móviles, finalidades, actitudes o disposiciones subjetivas hacia la violencia que las hacen merecedoras de una especial reprobabilidad. Esa mayor dificultad se intenta comprender, en general, a partir de las explicaciones aportadas por la psicología del desarrollo acerca de las características de la fase en que los adolescentes se encuentran. Tales explicaciones adquieren nuevo peso a partir de las evidencias aportadas por las neurociencias.

Adicionalmente, sobre todo en relación con ciertos contextos sociales en los que con mayor frecuencia se presentan hechos de extrema violencia, como la cárcel, o los barrios especialmente peligrosos (o la *inner city*), la perspectiva psicosocial ofrece elementos de juicio sobre el contexto social y las interacciones en que se suele producir la violencia, que arrojan nuevas dudas sobre la presencia de las notas subjetivas fundantes de una especial reprobabilidad.

Este trabajo, se propone dar cuenta de las explicaciones evolutivas y psicosociales de la violencia de los adolescentes, esbozando a partir de ellas una reconstrucción teórica del fundamento normativo de la especial reprobabilidad de la violencia subjetivamente calificada, que a su vez ofrece un renovado fundamento a aquella intuición normativa acerca de la mayor dificultad para afirmarla en el caso de los hechos más típicos de violencia cometidos por adolescentes.

#### LA INTUICIÓN NORMATIVA BÁSICA

Andrew Ashworth, uno de los juristas más influyentes en el campo del derecho penal angloamericano, al ocuparse –ya bien avanzada su carrera- de la aplicación del derecho penal a los menores de edad abogó por que

*“the criminal law should recognise the developmental immaturity of children [...] fairness therefore demands the amendment of the doctrines of the criminal law so as to expect less of younger defendants”*.<sup>2</sup>

[“el derecho penal debería reconocer la inmadurez de desarrollo de los niños [...] la justicia demanda por ello que las doctrinas de derecho penal sean modificadas de tal manera que a los imputados menores se les exija menos”]

En ese mismo trabajo, en relación con la regulación inglesa del homicidio (*manslaughter*) y el asesinato (*murder*), Ashworth aprobó las propuestas de la *Law Commission for England and Wales*, de incorporar una defensa de “inmadurez evolutiva” que permitiese imputar a los menores de edad sólo homicidio, y no asesinato, cuando su capacidad de comprender su comportamiento, de formarse un juicio racional o de ejercer control sobre su conducta estuviese seriamente disminuida.<sup>3</sup>

La propuesta de la *Law Commission* se formuló sobre la base de las opiniones recogidas a partir de una amplia consulta a especialistas, que también dio cuenta de una propuesta alternativa, algo más radical, consistente en derechamente abolir la diferencia entre homicidio y asesinato, tratándose de agentes menores de edad,<sup>4</sup> pues

*“it may be hard to tell whether very young offenders had a proper appreciation of the moral significance of their actions in a way that engages the fine distinctions between murder and manslaughter [...] there is likely to be a mismatch between the sophistication of the laws of homicide (both in terms of offence and defense), and the lack of sophistication of the defendant”*<sup>5</sup>

[Puede ser difícil discernir si acaso infractores muy jóvenes lograron apreciar adecuadamente la significación moral de sus acciones de un modo que alcance a las finas distinciones entre el homicidio y el asesinato [...] es probable que exista una discordancia entre la sofisticación del derecho aplicable al homicidio (tanto respecto de su tipicidad como de sus eximentes) y la falta de sofisticación del imputado”]

Si bien la *Law Commission* y Ashworth prefirieron suscribir la propuesta menos radical, a ambas subyace la intuición de que los menores de edad con mayor dificultad expresan en sus comportamientos homicidas aquella especial reprobabilidad que justifica la calificación del hecho como asesinato (en su caso, “de primer grado”).

Una intuición similar parece haber inspirado a la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, al decidir la inconstitucionalidad de la aplicación de la pena de muerte a menores de 18 años. En su razonamiento, la Corte revisó la literatura sobre psicología evolutiva de los adolescentes, precisamente preguntándose si sus características psicológicas eran compatibles con la disposición subjetiva requerida por el delito de asesinato en primer grado – que ese

---

<sup>2</sup> Ashworth, Andrew, “Child Defendants and the Doctrines of the Criminal Law”, en él mismo, *Positive Obligations in Criminal Law*, Hart, Oxford – Portland, Oregon, 2013, pp. 173—194, 194.

<sup>3</sup> Ashworth, A., cit. n. 2, p. 185.

<sup>4</sup> Si bien, el argumento parece referirse especialmente a niños y adolescentes muy jóvenes.

<sup>5</sup> The Law Commission of England and Wales, “A New Homicide Act for England and Wales? A Consultation Paper”, Consultation Paper No 177, 2005, p. 164, disponible en: <https://www.law.upenn.edu/cf/faculty/cfinkels/workingpapers/Report%20for%20British%20Law%20Commission%20cp177.pdf> (consultada el 10 de octubre de 2017).

tribunal asocia con rasgos de personalidad psicópata o sociópata –para justificar la imposición de aquella sanción, concluyendo que

*[i]t is difficult even for expert psychologists to differentiate between the juvenile offender whose crime reflects unfortunate yet transient immaturity, and the rare juvenile offender whose crime reflects irreparable corruption [...] As we understand it, this difficulty underlies the rule forbidding psychiatrists from diagnosing any patient under 18 as having antisocial personality disorder, a disorder also referred to as psychopathy or sociopathy, and which is characterized by callousness, cynicism, and contempt for the feelings, rights, and suffering of others.<sup>6</sup>*

Así, la dificultad para discernir en el comportamiento violento (homicida) de un adolescente si acaso viene presidido por esos rasgos característicos del asesinato en primer grado o si, más bien, es reflejo de su inmadurez, que tenderá a superarse con el tiempo, impide, según opinó la Corte Suprema, atribuir al hecho el grado de reprobabilidad (*blameworthiness*) que permite aplicar la pena máxima. Es cierto que lo que estaba en juego en esta decisión era el reconocimiento, a favor de los acusados menores de edad, de algo tan básico como una menor culpabilidad penal, algo que en los ordenamientos que aplican de forma universal a esas personas un sistema penal diferenciado –como es el caso de Chile- está ya garantizado. Y, en cambio, no se trataba ahí de resolver si acaso, asegurada esa diferencia de trato a favor de los adolescentes, en general, había razones para además excluir a su respecto un cargo por asesinato.<sup>7</sup> Con todo, las razones invocadas por la Corte Suprema de Estados Unidos siguen la intuición de que las características evolutivas de los adolescentes en buena medida dificultan afirmar en ellos la presencia de los rasgos más típicos de aquella forma de violencia homicida “psicópata” o “sociópata”, que de forma paradigmática distingue al asesinato en primer grado de los homicidios presididos por una violencia homicida “ordinaria”.

Por su parte, en la dogmática penal alemana, aun partiendo de la base de que los adolescentes tienen menor culpabilidad y que, ya por esa razón, merecen penas menos severas, se ha tematizado específicamente la mayor dificultad de encuadrar los homicidios perpetrados por adolescentes en las circunstancias calificantes del asesinato (*Mord*). Estas circunstancias son objeto, ya incluso en el derecho penal general, de una interpretación restrictiva. El fundamento normativo se encuentra en el hecho de que el asesinato tiene asignada como pena única – para condenados mayores de edad – la de prisión perpetua, de modo que la interpretación restrictiva busca asegurar el respeto del principio constitucional de proporcionalidad, considerando que sólo resulta proporcionado recurrir a una pena tan severa

<sup>6</sup> *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), disponible en: <https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/03-633P.ZO> (visitada el 17 de octubre de 2017), p. 19.

<sup>7</sup> Podría sospecharse que en las reflexiones de Ashworth y de la *Law Commission* en el Reino Unido (v. *supra* n. 2 y n. 5) la situación es similar, es decir, que se trata de algo tan básico como asegurar que los adolescentes homicidas (o asesinos) no reciban penas tan severas como los adultos; sin embargo, las reglas sobre determinación de penas para el asesinato, en Reino Unido, aseguran la determinación de mínimos obligatorios considerablemente más bajos para menores de 18 años (v. *Schedule 21* de la *Criminal Justice Act 2003*, disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/schedule/21>, visitada el 28 de noviembre de 2017), de modo que en aquellas reflexiones justamente está en juego la cuestión de si, aun teniendo en cuenta que los menores de 18 años deben, en general, recibir una pena menos severa, hay razones para además evitar, con más frecuencia que con los adultos, la calificación de su acción homicida como un asesinato.

cuando el hecho realmente sea “portador del sello de una especial reprochabilidad”.<sup>8</sup> Y ese sello falta cuando el autor es presa de emociones difíciles de controlar, de modo que no es capaz de comprender o dominar el tipo de motivaciones que la ley considera especialmente reprobables en el homicidio, o bien su comportamiento está co-determinado (*mitbestimmt*) por otros móviles<sup>9</sup> que en cierto sentido opacan la importancia del móvil especialmente reprochable, que pasa a segundo plano.<sup>10</sup> Ello lleva a la doctrina a afirmar que en los homicidios cometidos por los adolescentes, con mucho mayor frecuencia que en los de los adultos, faltará la dimensión subjetiva que califica del hecho como asesinato;<sup>11</sup> o, derechamente, a considerar a algunas de esas calificantes casi por principio ausentes en los comportamientos homicidas de los adolescentes, dominados por estructuras motivacionales propias de esa fase vital.<sup>12</sup>

LA VIOLENCIA EN LOS ADOLESCENTES. UNA EXPLICACIÓN EVOLUTIVA Y PSICOSOCIAL.

### **Enfoque evolutivo sobre la violencia. Nuevas evidencias desde las neurociencias.**

#### *El caso del bate de béisbol*<sup>13</sup>

Una noche, mientras Alberto, de 17 años, caminaba y acompañado de tres amigos hacia una fiesta, interceptó a Raúl, un joven de 19 años que transitaba en su bicicleta en la misma dirección, exigiéndole fuego para encender un cigarrillo. Ante la negativa de Raúl, Alberto, quien se encontraba bajo los efectos del alcohol, se irritó, pateando la rueda trasera de la bicicleta. Los amigos de Alberto lo calmaron, dejando ir al ciclista.

Pero Raúl, quien minutos antes se había despedido de dos amigos en una plaza cercana, volvió para contarles el incidente, y ellos decidieron acompañarlo en dirección del grupo de Alberto. Al encontrarse con éste y sus amigos, Álvaro –amigo de Raúl- quien se encontraba en estado de ebriedad, increpó con dureza a Alberto, y entre algunos de los miembros de ambos grupos hubo intercambio de insultos y algunos empujones amenazantes.

<sup>8</sup> Rengier, R., *Strafrecht, Besonderer Teil. Delikten gegen die Person und die Allgemeinschaft*, 18ª edición, München, C.H. Beck, 2017, § 4 nm 3-4.

<sup>9</sup> Eisenberg, U., *Jugendgerichtsgesetz*, 19ª edición, Beck, München, 2017, § 1 nm 24 g, con referencias a la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán.

<sup>10</sup> V. *infra*, el texto principal previo a la n. 97.

<sup>11</sup> Eisenberg, U., “Zum Unvermögen mordmerkmalspezifischer Motivationsbeherrschung bei (normalpsychologisch) nicht erklärbarem exzeptionellen Anerkennungsbedürfnis. Zugleich Besprechung des Urteils des BGH vom 19. 10. 2011 (1 StR 273/11) = HRRS 2011 Nr. 1166 auf die Revisionen gegen das Urteil des LG Tübingen vom 16. 12. 2010 (3 KLS 46 Js 3954/10 Jug.)”, en *HRRS Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, Nr. 1-2012, pp. 23-27, 23

<sup>12</sup> Así, Albrecht, P-A, *Jugendstrafrecht*, 3ª edición, C. H. Beck, München, 2000, p. 94, refiriéndose por vía ejemplar a la calificante de móviles viles (*niedrige Beweggründe*), pero abarcando implícitamente a todas las que supongan exigencias subjetivas disonantes con las estructuras motivacionales propias de los adolescentes.

<sup>13</sup> Los hechos están basados en la causa que dio origen a la primera condena de un adolescente por homicidio calificado tras la entrada en vigencia de la Ley de Responsabilidad Penal chilena, en 2007. Los nombres de los involucrados fueron cambiados para preservar su identidad.

Aunque el incidente parecía concluir ahí, con la retirada de Raúl, Álvaro y un tercer amigo de regreso a la plaza, Alberto, se comunicó por su teléfono móvil con tres amigos y, luego, con su hermano mayor, Byron, contándoles del incidente y diciéndole que lo querían matar. Todos ellos se dirigieron en autor en busca de Alberto, para apoyarlo.

Ya en la plaza, 4 de los amigos de Alberto, a quienes luego se sumó Byron, se dirigieron en contra de Raúl, Álvaro y el tercer miembro de este grupo, amenazándolos con una pistola de gas comprimido, y comenzando una riña. Alberto, entretanto, fue a buscar un bate de béisbol que se encontraba en el maletero del auto en que llegó Byron. Con el bate se dirigió contra Álvaro, que forcejeaba con su hermano Byron, y comenzó a pegarle con el bate. Los amigos de Álvaro no podían asistirlo, pues eran superados en número por los de Alberto. Tras propinar varios golpes con el bate a Álvaro, en las costillas, el abdomen y antebrazos (mientras éste trataba de protegerse), le dio un fuerte golpe en la cabeza, que lo hizo caer desplomado. Esto alarmó a Byron y los amigos de Alberto, quienes decidieron huir. Alberto, antes de irse, se devolvió blandiendo el bate y gritando “¿creían que me iban a humillar?”, dando un golpe a la bicicleta de uno de ellos, para luego retirarse con sus amigos.

Álvaro quedó en un coma profundo producto de la fractura y un severo traumatismo encéfalo craneano provocado por el golpe en su cabeza con el bate, y murió a los 7 días.

El tribunal acogió la tesis de la acusación, que calificó la agresión mortal de Alberto en contra de Álvaro como alevosa, y lo condenó por homicidio calificado pues Alberto, aprovechando que los amigos de Álvaro fueron alejados a golpes por los suyos – que los superaban en número – y que el propio Álvaro en esos momentos se enfrentaba con Byron, de modo que no podía oponerle resistencia alguna, “se aseguró” de esa manera para conseguir golpear a Álvaro en repetidas ocasiones con el bate, hasta darle muerte.

#### *Aportes de la psicología del desarrollo para la comprensión y valoración jurídica de la violencia de los adolescentes*

Como ya se señaló, la célebre decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Roper versus Simmons* se apoyó en las evidencias aportadas por la psicología del desarrollo, que impedían calificar a los crímenes de los adolescentes dentro de los “peores”, como para merecer la pena capital, pues ellos carecen de suficiente madurez y sentido de responsabilidad – lo que los hace más impetuosos y propensos a comportamientos riesgosos – son más susceptibles a las influencias negativas y presiones externas, especialmente de sus pares, y aún no tienen un carácter formado, de modo que varios rasgos de su comportamiento son transitorios. Todo ello los vuelve más susceptibles a incurrir en comportamientos inmaduros e irresponsables, que son por ello menos reprochables moralmente que los de un

adulto.<sup>14</sup> De ahí que la Corte, citando un influyente trabajo de Steinberg y Scott,<sup>15</sup> afirmase aquello de que ni siquiera psicólogos expertos pueden distinguir, antes de los 18 años, “entre un adolescente cuyo crimen refleja una inmadurez desafortunada, pero transitoria, y el raro caso de un criminal adolescente cuyo crimen refleja una corrupción irremediable”.<sup>16</sup>

En aquel trabajo, Steinberg y Scott habían examinado los condicionamientos impuestos por la inmadurez a los adolescentes en relación con tres factores que típicamente son considerados por la ley para disminuir la culpabilidad de una persona: su incapacidad o menor capacidad para tomar decisiones (juiciosas), su mayor susceptibilidad o exposición a presiones externas, y la circunstancia de que el crimen cometido no refleje el carácter (antisocial o perverso) del autor, sino que sea ajeno a su carácter, en cierto sentido, un accidente en su historia de vida.<sup>17</sup>

### *Capacidad de juicio de los adolescentes*

En relación con el primero de esos factores, los autores sugieren que, aun con similar capacidad cognitiva que los adultos, reflejada en la calidad de su respuesta a experimentos de laboratorio sobre toma de decisiones considerando diversas variables, los adolescentes pueden tener mucho menor competencia para tomar decisiones en escenarios de la vida real, donde está en juego algo importante para sus vidas o donde el contexto de la decisión – como ocurre cuando la decisión consiste en si acaso ejecutar o no una conducta que puede ser criminal – es estresante, emocionalmente cargado, desestructurado y exige recurrir a la propia experiencia, conocimiento e intuición personales.<sup>18</sup> Pero incluso si se sostuviese la tesis de que la capacidad cognitiva de los adolescentes necesaria para tomar decisiones se asemeja a la de los adultos, Steinberg y Scott explican que su capacidad de juicio está condicionada por su *inmadurez psicosocial*, debido a cuatro factores muy determinantes: (i) su susceptibilidad a la influencia de pares, tanto directa (presión o demandas de los pares sobre el adolescente), como indirecta (necesidad emocional del adolescente de producir una impresión positiva en ellos); (ii) su actitud en relación con el futuro, pues su horizonte de tiempo es mucho más reducido y tienden a despreocuparse por qué habrá de suceder en el futuro que (a su edad) parece más remoto, tendencia condicionada por limitaciones cognitivas a su capacidad de pensar en términos hipotéticos y por su menor experiencia de vida; (iii) su actitud hacia el riesgo y su percepción del riesgo, pues los adolescentes tienden a realizar cálculos de riesgo-

<sup>14</sup> *Roper versus Simmons*, cit. n. 6, pp. 15-16.

<sup>15</sup> Uno de sus autores, Laurence Steinberg, fue a su vez uno de los principales redactores del *amicus brief* (*infra*, n. 25) presentado por la Asociación Psicológica Americana (en conjunto con la Asociación Psicológica de Missouri) ante la Corte Suprema en apoyo del condenado (cuya condena a muerte había sido declarada inconstitucional por la Corte Suprema del estado de Missouri, en una decisión que fue recurrida por el Estado de Missouri), en el cual se defendió la tesis de que la aplicación de la pena de muerte constituía un castigo cruel e inhumano, pues no era acorde ni con las necesidades de retribución –pues la inmadurez de los adolescentes disminuye la reprobabilidad de su comportamiento – ni con las de intimidación general – pues la menor capacidad de los adolescentes de controlar sus impulsos y anticipar consecuencias pone en duda la eficacia disuasiva de sanciones más severas.

<sup>16</sup> *Roper versus Simmons*, cit. n. 6, p. 19.

<sup>17</sup> Steinberg, L. y Scott, E., “Less Guilty by Reason of Adolescence. Developmental Immaturity, Diminished Responsibility, and the Juvenile Death Penalty”, en *American Psychologist*, Vol. 58, No. 12 (Dec. 2003), pp. 1009–1018, 1011.

<sup>18</sup> *Ibíd.*, pp. 1011-1012.

recompensa que se focalizan de forma desproporcionada en la segunda, desatendiendo el primero, y además tienen menor aversión al riesgo, valoran experiencias riesgosas emocionantes, y toman con más frecuencia decisiones en grupo (un factor de por sí proclive a la asunción de riesgos mayores); y (iv) su menor capacidad de auto-administrarse, pues los adolescentes experimentan con mayor frecuencia, y de modo más intenso, cambios en su estado de ánimo, lo que se traduce en una mayor impulsividad y en mayor dificultad de regular tales estados de ánimo, y sus impulsos y comportamientos.<sup>19</sup>

#### *Exposición de los adolescentes a las presiones externas*

Por su parte, en relación con el segundo factor que determina en la ley una menor culpabilidad, la exposición a presiones externas, la misma inmadurez de los adolescentes los hace más susceptibles a la presión externa, especialmente de sus pares, de modo que tenderán a sucumbir a ella en situaciones en que un adulto no lo haría, careciendo de la misma capacidad que los adultos de sustraerse de contextos criminógenos, abandonando a tiempo la escena.<sup>20</sup> Además, su impulsividad puede hacerles responder agresivamente ante una situación que no alcanza a ser claramente amenazante, o a responder ante las amenazas de forma mucho más visceral y emocional, mientras que su tendencia a no considerar las consecuencias futuras puede llevarlos a tomar peores decisiones en esas situaciones.<sup>21</sup>

#### *Indefinición de los rasgos del carácter del adolescente*

Por último, concluyen Steinberg y Scott, el hecho de que los adolescentes estén en una fase de desarrollo, en la que su personalidad está todavía en formación, sirve de base para poner en duda la asunción de que su crimen refleja rasgos permanentes de su carácter, sus valores y actitudes ante los demás y la sociedad. Es cierto que el derecho penal parte, como regla general, de la asunción de que el carácter del autor se ve reflejado en su conducta criminal, pero varias circunstancias atenuantes –en casos límite, eximentes- de responsabilidad penal se basan en evidencias de que en el caso concreto tal asunción no resulta acertada, que el crimen cometido pues no reflejaba el carácter del sujeto, sino circunstancias concomitantes extraordinarias.<sup>22</sup> Y una característica de la adolescencia es que la identidad entra en una fase de crisis y confusión, cuya resolución recién se produce en la temprana adultez, y cuyo tránsito pasa por períodos y episodios de experimentación con conductas de riesgo, ilegales o peligrosas, como el consumo de alcohol o drogas, sexo no seguro y comportamientos antisociales. Y si bien, junto a la inmensa mayoría de adolescentes que al madurar abandonará esos comportamientos y consolidará una identidad socialmente benigna, basada

<sup>19</sup> *Ibíd.*, 1012-1013.

<sup>20</sup> *Ibíd.*, 1014, citando a Fagan, 2000 (v. *infra*, n. 40).

<sup>21</sup> *Ibíd.*, 1014, citando a Baird, Gruber, & Fein, 1999.

<sup>22</sup> Duff, R. A., “Choice, character, and criminal liability”, en *Law and Philosophy*, 12 (1993), pp. 345–383, 361: “[...] excuses as duress and mental disorder [...] show that liability depends on the relationship between the agent's action and her attitudes, concerns, and values: on whether or not her action displayed an improper indifference or lack of commitment to others' rights and interests, or to the law and its values. [...] But to talk of an agent's attitudes or concerns, of her (lack of) commitment to certain values, is precisely to talk of aspects of her character”. En todo caso, según Duff, la responsabilidad penal sólo se interesa en el carácter de una persona, en la medida que se vea reflejado en sus acciones, pero no cualquier acción refleja el carácter, sino “a wrongful action which, as the action of a responsible moral agent, manifests in and by itself some inappropriate attitude towards the law and the values it protects”. (*Ibíd.*, 380)

en el respeto a los demás, también existe un pequeño grupo que consolidará una identidad antisocial o violenta, no es posible discernir de la simple observación de las acciones en las que se vieron envueltos durante esos episodios identitarios críticos o de experimentación quiénes estarán en este segundo grupo, de modo que

*“the criminal choices of typical young offenders differ from those of adults not only because the choice, qua choice, is deficient as the product of immature judgment, but also because the adolescent’s criminal act does not express the actor’s bad character”*<sup>23</sup>

[“las decisiones criminales de un infractor juvenil típico son distintas de las de un adulto no sólo porque la decisión, en sí misma, es deficiente como consecuencia de una inmadurez de juicio, sino también porque la acción criminal del adolescente no es expresiva de un carácter negativo del agente”]

### *Capacidad cognitiva versus inmadurez psicosocial*

Algo más recientemente, una red de investigadores liderados por Steinberg, en el marco de un proyecto de la *Mac Arthur Foundation*, desarrolló un inédito proyecto de investigación que comparó las capacidades cognitivas de los adolescentes con las competencias que determinan su madurez psicosocial, efectuando mediciones de unas y otras respecto de una misma muestra de individuos.<sup>24</sup> El trasfondo de la investigación está dado por la polémica surgida de la aparente contradicción en que la Asociación Americana de Psicología (APA) – y el propio Steinberg – habría incurrido a afirmar, por una aparte, que las adolescentes tienen competencia para tomar decisiones autónomas sobre interrupción del embarazo,<sup>25</sup> y por la otra, que los y las adolescentes no tienen la madurez para adoptar decisiones autónomas acerca de si involucrarse en actividades criminales, al punto de que sus crímenes puedan considerarse tan reprochables como los de un adulto.<sup>26</sup> Los resultados dan cuenta de que

*“whereas adolescents and adults perform comparably on cognitive tests measuring the sorts of cognitive abilities that were referred to in the Hodgson brief—abilities that permit logical reasoning about moral, social, and interpersonal matters—adolescents and adults are not of equal maturity with respect to the psychosocial capacities listed by Justice Kennedy in the majority opinion in Roper—capacities such as impulse control and resistance to peer influence. Not only were the legal issues different in the two cases, but so are the circumstances surrounding abortion decisions and criminal behavior, and therefore, the relevant dimensions along which adolescents and adults should be compared differ as well. Unlike adolescents’ decisions to commit crimes, which are usually rash and made in the presence of peers, adolescents’ decisions about terminating a pregnancy can be made in an unhurried*

<sup>23</sup> Steinberg, L. y Scott, E., cit. n. 17, pp. 1015, 1014.

<sup>24</sup> Steinberg, L., *et al*, “Are Adolescents Less Mature Than Adults? Minors’ Access to Abortion, the Juvenile Death Penalty, and the Alleged APA “Flip-Flop”, en *American Psychologist*, Vol. 64, No. 7, 583–594 (Oct. 2009), pp. 583-594, 585 y ss.

<sup>25</sup> Posición sostenida en el *amicus brief* presentado por la APA en el caso *Hodgson versus State of Minnesota*, decidido por una corte de apelaciones federal y, luego, por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1990 (497 U.S. 502) (al que se alude sintéticamente como *Hodgson brief* en la cita recogida a continuación, en el texto principal).

<sup>26</sup> Posición sostenida en el *amicus brief* presentado por la APA en el caso *Roper versus Simmons*, cit. n. 6.

*fashion and in consultation with adults*".<sup>27</sup>

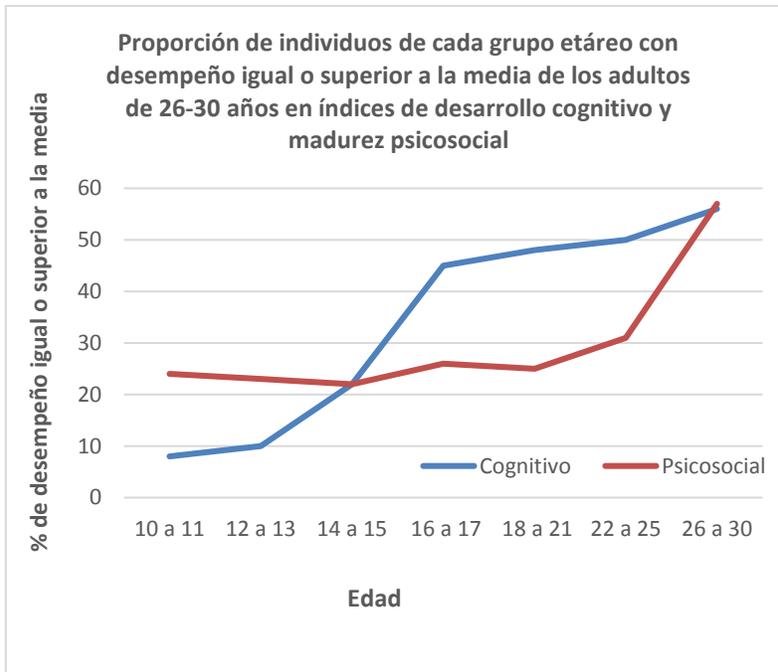
[“mientras los adolescentes y los adultos tienen un desempeño comparable en pruebas cognitivas que miden el tipo de habilidades cognitivas a las que se refería el *Hodgson brief*—habilidades que permiten un razonamiento lógico sobre asuntos morales, sociales e interpersonales—los adolescentes y los adultos no tienen madurez equivalente con respecto a las capacidades psicosociales listadas por el Juez Kennedy en el fallo de mayoría en *Roper*—capacidades tales como control de impulso y resistencia a la influencia de los pares. No sólo los asuntos jurídicos en cada caso eran diferentes, sino que también lo son las circunstancias que rodean las decisiones de aborto y el comportamiento criminal, y por ello, las dimensiones relevantes con arreglo a las cuales los adolescentes deberían ser comparados con los adultos también difieren. A diferencia de las decisiones de los adolescentes de cometer delitos, que usualmente son repentinas y adoptadas en presencia de pares, las decisiones de las adolescentes de poner término al embarazo pueden ser adoptadas de un modo más pausado y consultándolas con adultos”]

La comparación, reflejada en el siguiente cuadro, da cuenta, en efecto, de una impactante diferencia en los niveles de competencia cognitiva de los adolescentes, que aumentan de manera sostenida desde los 10 años, para alcanzar niveles cercanos a los de un adulto a los 16-17 años, mientras que la madurez psicosocial de los adolescentes es similar a la de un niño de 10 años – incluso disminuyendo ligeramente de los 10 a los 14 años<sup>28</sup> – para recién incrementarse significativamente a partir de los 19 o 20 años.

---

<sup>27</sup> Steinberg, L., *et al*, cit. n. 24, p. 586.

<sup>28</sup> V. Oliva, A. y Antolín, L., “Cambios en el cerebro adolescente y conductas agresivas y de asunción de riesgos”, en *Estudios de Psicología*, 2010, 31 (1), pp. 53-66, 59, dando cuenta de una cierta regresión conductual en los primeros años de la adolescencia.



Fuente: Steinberg, L., *et al*, 2009, p. 591.

El resultado es que los adolescentes, aun cuando sean capaces de reflexionar y decidir casi como un adulto respecto de determinados asuntos y en ciertos contextos o situaciones que favorezcan un abordaje racional de la decisión y una deliberación relativamente libre de fuertes influencias emocionales o sociales que afecten la capacidad de juicio (como en el caso de decisiones sobre tratamientos médicos o sobre cursos de acción legal, si cuentan con algo de tiempo para ponderar las circunstancias y un adulto con quien discutirlos – médico, asesor legal, padres), tendrán sin embargo dificultad para decidir reflexivamente en relación con otro tipo de asuntos y en otras situaciones que suscitan reacciones impulsivas, que están típicamente caracterizadas por altos niveles de excitación emocional o coerción social, o que no favorecen la discusión previa de la decisión con un experto o alguien con mayor experiencia (como involucrarse en un delito – respondiendo a una ofensa o agresión – o aprovechar una invitación o una oportunidad espontánea que promete satisfacción inmediata – adquirir alcohol o drogas, conducir, tener sexo sin protección, etc.).<sup>29</sup>

Y el asunto es, como se verá más adelante, que la violencia homicida considerada más reprochable tiene precisamente una nota subjetiva que da cuenta de una decisión mínimamente meditada, que revela rasgos chocantes de la actitud del autor, algo difícil de apreciar en hechos de violencia presididos por reacciones descontroladas frente a fuertes estímulos emocionales, o que revelan más que la actitud individual de un agente frente a la vida o el dolor ajenos, una intensa dinámica grupal de interacciones de presiones, amenazas, expectativas y desafíos recíprocos.

*Aporte de las neurociencias a la comprensión de la violencia de adolescentes*

<sup>29</sup> Steinberg, L., *et al*, cit. n. 24, pp. 592-593.

Pero, ¿hasta qué punto esos contextos o situaciones característicos de la violencia adolescente reducen significativamente el espacio de decisión autónoma, es decir, la presencia de una elección consciente, en la que se reflejan las propias actitudes y opciones?

En años recientes, las explicaciones de la psicología del desarrollo sobre las diferencias entre adolescentes y adultos de cara a su capacidad para tomar decisiones razonables y controlar su comportamiento en contextos complejos o emocionalmente cargados, se han visto respaldadas por el sorprendente desarrollo de la imagenología de la actividad del cerebro humano, en el marco de las investigaciones desarrolladas en el campo de las neurociencias.<sup>30</sup>

Ellas revelan un cuadro que es difícil ignorar a la hora de evaluar jurídicamente la violencia de los adolescentes.

Ese cuadro resulta de una comparación entre los niveles de actividad que, en los diversos contextos de decisión señalados más arriba (sin grave excitación emocional o coerción grupal-social, o con ella), se registran en las dos redes cerebrales de cuya interacción depende la disposición de una persona al riesgo: la red socioemocional y la red de control cognitivo.<sup>31</sup> La red socioemocional, ubicada sobre todo en las zonas interiores del cerebro (sistema límbico y paralímbico, donde se encuentran la amígdala y el estriado ventral), es especialmente sensible a estímulos emocionales y sociales y está asociada al sistema de recompensas del cerebro, que en la adolescencia sufre una remodelación debida a los cambios hormonales de la pubertad.<sup>32</sup> La activación de esta red produce, en la adolescencia, una liberación de dopamina provocando intensa sensación de placer, e induciendo a repetir dicha actividad.<sup>33</sup> Por su parte, la red de control cognitivo se ubica en la corteza cerebral lateral-prefrontal y parietal, y sirve a las “funciones ejecutivas” – planificar acciones, anticiparse a consecuencias futuras, autorregular las propias emociones y reacciones – que maduran muy paulatinamente.

Pues bien, las conductas de riesgo (incluidas las que suponen entrar en interacciones violentas<sup>34</sup>) son el producto de una competencia entre ambas redes; una competencia que en la adolescencia sufre un desequilibrio pues la red socioemocional, de forma abrupta, se vuelve más activa, mientras que la red de control cognitivo sólo gana fuerza gradualmente a lo largo de un largo período.<sup>35</sup> En todo caso, las imágenes neurológicas demuestran que esa sobre-activación de la red socioemocional no se produce de forma constante durante la adolescencia, de modo que cuando los individuos no están emocionalmente excitados, o

---

<sup>30</sup> Steinberg, L., “Risk Taking in Adolescence. New Perspectives From Brain and Behavioral Science”, en *Current Directions in Psychological Science*, Vol. 16, Nr. 2 (2007), pp. 55-59; Oliva, A. y Antolín, L., cit. n. 28, p. 54.

<sup>31</sup> Steinberg, L. cit n. 30., p. 56.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> Oliva, A. y Antolín, L., cit. n. 28, p. 57.

<sup>34</sup> Oliva, A. y Antolín L., cit. n. 28, p. 59, destacan que, aunque las conductas agresivas presentan una especificidad respecto de las conductas de riesgo, “pueden tener la misma base neurobiológica [pues ambas] están relacionadas con la impulsividad y el autocontrol y dependen de circuitos cerebrales similares y que experimentan importantes cambios durante la adolescencia”.

<sup>35</sup> Steinberg, L. y Scott, E., cit. n. 17, pp. 1014; Steinberg, L., cit. n. 30, p. 56.

cuando están solos, la red de control neurológico demuestra actividad suficiente y logra imponer controles regulatorios sobre comportamientos impulsivos o arriesgados. Pero bajo condiciones de excitación emocional, y especialmente en grupos de pares,<sup>36</sup> la activación de la red socioemocional disminuye la eficacia regulatorio de la de control cognitivo. La maduración que poco a poco se produce en esta red, durante la adolescencia, permite que incluso en situaciones de alta excitación se modulen las inclinaciones hacia conductas arriesgadas.<sup>37</sup>

Una explicación similar ofrece el así llamado “modelo triádico”, que explica las conductas de riesgo y agresivas como resultado de un desequilibrio entre tres sistemas cerebrales: el “aproximativo de recompensa”, en “evitativo” y el “regulatorio”. En la adolescencia se encuentra sobre-activado el primero, que lleva al adolescente a buscar satisfacciones inmediatas, refuerzos de su identidad y autoconcepto, etc. En cambio, se encontrarían debilitados o inmaduros aún el sistema evitativo – que impulsa al sujeto a apartarse de situaciones amenazantes o que le provocan emociones negativas o dolorosas – y el regulatorio – que arbitra entre los dos primeros sistemas.<sup>38</sup>

Volvamos al caso del bate de béisbol. En una entrevista que ofreció a un periódico local, Alberto explicó atribulado los hechos como consecuencia de ingesta alcohólica y por el temor que le provocó la imagen de Álvaro enfrentándose a su hermano en condiciones que ponían a este en serio peligro (Álvaro medía 1,96 mts.): “El gran factor es el alcohol [...] Nadie imaginó nunca lo que iba a pasar, ni ellos, ni nosotros. Y la verdad yo hice lo mismo que hizo [Raúl, el amigo de Álvaro]. Llamé a mis amigos, tal como él recurrió a los suyos [...] El bate de béisbol estaba en el auto y yo lo utilicé para asustar. Nadie se imaginó que yo lo iba a ocupar. Pero no sé, fue un momento en el que vi a mi hermano peleando con una persona muy alta, más alta que él [...] Entonces me asusté. Siempre recuerdo que fue chocante ver eso, ver a mi hermano en peligro”.

Con independencia de si se da crédito a los dichos de Alberto acerca de que decidió usar el bate sólo cuando vio a su hermano en peligro, o si se piensa más bien que ya había decidido usarlo cuando lo retiró el auto, de todos modos, si hubiese forma de acceder a las imágenes de la actividad cerebral de Alberto en esos instantes, las imágenes de la zona interior de su cerebro seguramente darían cuenta de una hiperactivación de las regiones asociadas a la red

---

<sup>36</sup> En grupos, los adolescentes experimentan muy intensamente la necesidad de experiencias emocionantes y se sienten muy excitados y gratificados por experimentarlas juntos (piénsese, primero, en la excitación del triunfo en los minutos finales de un complicado enfrentamiento deportivo, ante rivales temidos; pues bien, la imagen no será muy distinta, desde el punto de vista de la actividad cerebral, si el enfrentamiento no es deportivo, sino en un combate o riña peligrosa ante enemigos temidos y odiados). Ello explica que, en grupos, los adolescentes se involucren con mucho mayor frecuencia que solos, en comportamientos riesgosos (incluidos, los violentos), que van más allá de los límites que ellos mismos considerarían aceptables si tuviesen ocasión de reflexionar; v. Steinberg, L., cit. n. 30, p. 56

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> Oliva, A. y Antolín, L., cit. n. 28, p. 58, si bien advirtiendo que los datos sobre la debilidad del sistema evitativo no son concluyentes, como sí lo son en cambio los relativos a la sobre-activación del sistema aproximativo de recompensa y sobre la debilidad del sistema regulatorio. De hecho, los mismos autores advierten sobre otros estudios que dan cuenta de una mayor activación del sistema evitativo – a nivel de la amígdala – en la adolescencia, algo que servirá para explicar en parte la mayor ocurrencia de episodios de violencia reactiva en la adolescencia.

socioemocional (la amígdala, el estriado ventral, etc.) que opacarían por completo cualquier actividad presente en la corteza lateral-prefrontal y parietal, donde podría tener lugar una decisión reflexiva acerca de terminar con la vida de Álvaro, o bien, de tan sólo agredirlo para dejarlo fuera de combate. Ello no necesariamente niega el carácter voluntario (doloso) del homicidio que Alberto cometió –en su mezcla de excitación odio y temor bien es posible que, en el instante decisivo, lo haya golpeado queriendo su muerte o aceptándola – pero da cuenta de la naturaleza y circunstancias de su decisión, de un modo que puede ser relevante a la hora de decidir si corresponde o no a la especie de los *homicidios calificados* (o *asesinatos*), es decir, a la de los casos más reprobables de homicidio imaginables; algo sobre lo que habrá que volver más adelante al examinar el fundamento normativo de la agravación de los homicidios que califican como especies de *asesinato*.

### **Identidad, estatus y violencia en la adolescencia. Perspectiva psicoanalítica y psicosocial.**

#### *Conflicto identitario y violencia en la adolescencia*

Fuera de los condicionamientos que la adolescencia impone a la capacidad de tomar decisiones reflexivas y resistir la influencia de los pares, la indefinición de la identidad de los adolescentes puede explicar algunos de sus comportamientos violentos, no como expresión genuina de una actitud – ya adquirida y “fija” en su carácter – de desconsideración hacia la vida e indiferencia frente al sufrimiento de los demás, sino como reflejo de los conflictos identitarios propios de la adolescencia. Ello puede llevar al adolescente a ejecutar hechos que, en una medida importante para la calibración de la culpabilidad o reprobabilidad del hecho, se explican por ese conflicto condicionado por la fase vital de la adolescencia, y que por ello no son una expresión inequívoca de su actitud y carácter, como la Corte Suprema de los Estados Unidos advirtió en *Roper versus Simmons*.

Erikson, tempranamente, y recordando la experiencia de adolescentes y jóvenes fascistas durante el nazismo en Alemania, su país de origen, explicó este inquietante vínculo entre el conflicto identitario de la adolescencia y los despliegues de violencia – e incluso, de crueldad – con que los adolescentes a veces ensayan identidades provisionarias, buscando compensar su propia debilidad, advirtiendo al mismo tiempo sobre su naturaleza esencialmente temporal y reversible de ese fenómeno:

*“El peligro de esta etapa es la confusión de rol. Cuando ésta se basa en una marcada duda previa en cuanto a la propia identidad sexual, los episodios delincuentes y abiertamente psicóticos no son raros. Si se los diagnostica y trata correctamente, tales incidentes no tienen la misma significación fatal que encierran a otras edades. En la mayoría de los casos, sin embargo, lo que perturba a la gente joven es la incapacidad para decidirse por una identidad ocupacional. Para evitar la confusión, se sobreidentifican temporariamente, hasta el punto de una aparente pérdida completa de identidad, con los héroes de las camarillas y las multitudes.*

*[...] La gente joven también puede ser notablemente exclusivista y cruel con los que son “distintos”, en el color de la piel o en la formación cultural, en los gustos y las dotes, y a menudo en detalles insignificantes de la vestimenta y los gestos que han sido tempranamente seleccionados como los signos que caracterizan al que pertenece*

*al grupo y al que es ajeno a él. Resulta importante comprender (lo cual no significa perdonar o compartir) tal intolerancia como una defensa contra una confusión en el sentimiento de identidad. Los adolescentes no sólo se ayudan temporariamente unos a otros a soportar muchas dificultades formando pandillas, convirtiéndose en estereotipos, y haciendo lo mismo con sus ideales y sus enemigos, sino que también ponen a prueba perversamente la mutua capacidad para la fidelidad. La facilidad con que se aceptan tales pruebas explica, asimismo, la atracción de las doctrinas totalitarias simples y crueles ejercen sobre la mente de los jóvenes en los países y las clases que han perdido o están perdiendo sus identidades grupales.”<sup>39</sup>*

Volvamos el caso del bate de béisbol. La imagen final de Alberto exclamando “¿creían que me iban a humillar?” da cuenta de cómo, desde su perspectiva, el enfrentamiento violento y la derrota del grupo adversario era un acto de dignidad frente a la amenaza a su identidad y estatus que había experimentado durante el incidente previo. Es imaginable que precisamente frente a Álvaro, el atlético joven de 1.96 mts. de estatura que con dureza increpó a Alberto durante el incidente previo, éste experimentó –con el narcisismo propio de la edad, exacerbado por el alcohol – la humillante sensación de impotencia y fracaso, por no haberse atrevido a enfrentársele. La reparación en su sentimiento de dignidad y de valor ciertamente no se alcanzó con la asistencia obtenida de su hermano mayor y amigos – que fueron los primeros en enfrentar al grupo de Álvaro y Raúl – sino que sólo fue posible cuando él mismo protagonizó la victoria y se sobrepuso al rival que lo había humillado.

La perspectiva psicoanalítica de Erikson abona la intuición, recogida en *Roper versus Simmons*, de que en este tipo de violencia se ve reflejado en mayor medida un conflicto identitario transitorio – que a veces hace crisis bajo la forma de una violencia difícil de dominar por el adolescente – que una actitud o rasgo antisocial persistente o fijo en el carácter de una persona.

*Contexto psicosocial de la violencia. La identidad violenta como cuestión de estatus o de supervivencia*

#### *Caso de la denuncia<sup>40</sup>*

---

<sup>39</sup> Erikson, E., *Infancia y sociedad*, traducción de la 2ª edición norteamericana por Noemí Rosenblatt, Lumen – Hormé, Buenos Aires, 1993, pp. 235-236.

<sup>40</sup> Los hechos están basados en una causa seguida ante un tribunal alemán, y que fue objeto de revisión por el Tribunal Supremo Federal de ese país. Los nombres usados aquí son ficticios (los verdaderos, por lo demás, no se dan a conocer en las sentencias de los tribunales alemanes que conocen causas penales de adolescentes). Otra diferencia entre el relato y los hechos reales se refiere a la edad del ejecutor activo del homicidio, quien ya había cumplido los 18 años de edad, pero fue enjuiciado bajo las reglas del derecho penal de adolescentes, conforme a la facultad que el § 105 de la Ley de Tribunales Juveniles alemana concede al tribunal, en casos en que un “adulto joven” – de entre 18 y 21 años de edad – conforme a su desarrollo moral y mental todavía sea como un adolescente, o bien, cuando delito cometido sea una infracción (típicamente) adolescente.

Richard es un joven de 17 años y 11 meses que en su entorno se jactaba de tener contacto con los bajos fondos, y se hacía rodear por adolescentes menores que él, quienes lo apreciaban, mientras que los jóvenes de su edad lo tenían por un fanfarrón.

En cierta oportunidad, Richard le regaló a uno de aquellos adolescentes jóvenes con los que se relacionaba, Johan, de 14 años, una estrella arrojadiza metálica afilada. Johan, descubierto por su madre, debió denunciar el hecho a la policía, que citó a Richard y Johan.

Después de este incidente, Richard declaró varias veces a sus conocidos que iba a matar a Johan por haberlo denunciado, pero ellos se reían de él. Uno incluso le apostó 10 euros a que no hacía nada. Sus más cercanos tomaron el anuncio más en serio, pero luego el asunto cayó en el olvido, pues Richard volvió a encontrarse varias veces con Johan y se relacionó con él normalmente.

Dos meses y medio después de la denuncia, Richard y Johan fueron juntos a comprar una caja de té helado y una botella de vodka para preparar un combinado. Entretanto, Richard convenció a un joven adolescente de 14 años, Simeon, a que los acompañase. Su plan era provocar un enfrentamiento entre Johan y Simeon, para predisponer a éste contra Johan y así obtener su ayuda para matar a Johan. Para ello, Richard se había procurado una soga y unos guantes de goma (además, andaba con una navaja).

Cuando los tres se encontraban juntos bebiendo, junto a otros adolescentes, Richard convence a Johan que inicie una pelea contra Simeon. Johan accede y da un fuerte golpe de puño en la cara a Simeon, quien cae al suelo y se retira, entre risas de todos los demás jóvenes. Entonces, Richard va a buscar a Simeon y le confidencia que iba a atacar a Johan y le muestra la cuerda. Simeon accede a volver con el grupo, sigue bebiendo con ellas, hasta que los demás jóvenes se retiran y quedan solos Richard, Johan y Simeon. Entonces, repentinamente, Richard propinó a Johan un fuerte golpe de puño en la cara, que lo derribó. Luego, se puso los guantes y le rodeó a Johan el cuello con la soga, de la que tiró con todas sus fuerzas por 2 a 3 minutos. Simeon puede haber colaborado, sujetando a Johan. Pero luego, cuando vio que Johan ya agonizaba, Simeon le dijo a Richard que ya era suficiente, que se detuviera, pero éste siguió y le dijo que podía irse, que ya no lo necesitaba. Simeon se alejó del lugar. Cansado por el esfuerzo y aun sin conseguir matar a Johan, Richard sacó la navaja y le propinó 30 puñaladas en la nuca y en el costado derecho del cuello, causándole la muerte por desangramiento.

Tras el hecho, Richard buscó, eufórico, a uno de los adolescentes que se habían burlado de él para demostrarle que efectivamente había matado a Johan, llevándolo incluso a ver el cuerpo. Simeon, por su parte, al llegar a su casa posteó en Internet “hoy estuvo brígida [*geil*] la ciudad”

Un caso particular en relación con los condicionantes identitarios de la violencia adolescente, como Fagan ha puesto de relieve, se refiere a las interacciones entre adolescentes en contextos sociales y culturales apartados del derecho, donde “proyectar la imagen correcta puede tener consecuencias para la seguridad personal, la aceptación social y la autoestima de

los individuos”, y ser “duro” es fuente de considerable estatus.<sup>41</sup> El caso más extremo de este tipo de contextos es la vida al interior de la cultura de la cárcel; pero también se da en las bandas organizadas y, con alguna frecuencia, simplemente en las interacciones entre adolescentes que viven en barrios especialmente peligrosos, donde los “códigos de la calle” vuelven extremadamente difícil la formación de una identidad adolescente basada en el respeto de la ley y de normas morales propias de una cultura de clase media (*mainstream culture*).<sup>42</sup>

En el caso de las bandas, se trata de contextos en que se valora un estilo de vida asociado al despliegue exagerado de masculinidad, los comportamientos riesgosos y la autonomía, donde el potencial para interacciones violentas resulta de luchas por poder dentro de la banda, batallas territoriales con otras bandas, ritos de iniciación y de alejamiento, existencia de ganancias materiales, expresiones de agravio/reclamo, venganza, autodefensa, defensa de la banda y reforzamiento de la identidad colectiva. El contexto social que favorece la violencia en las bandas está dado por una serie de factores: una interacción entre pares repetida y frecuente, la valoración y – al mismo tiempo – la escasez del estatus, la escasez de controles externos (legales y de otro tipo), y la utilidad de violencia para los objetivos recién señalados. Además la normatividad del grupo apoya la expresión violenta de agravios y sostiene aquellos valores culturales sobre la masculinidad.<sup>43</sup>

Aun fuera del contexto de las bandas, en los barrios peligrosos, en general, el espacio que les queda a los adolescentes para tomar decisiones autónomas acerca de si involucrarse o no en actos violentos está limitado, ya en primer lugar, por la circunstancia de que la violencia es socialmente permitida y constituye un comportamiento “normal” y esperado. A fuerza de haber observado desde la infancia interacciones violentas y, luego, de haber participado en ellas, ese tipo de interacción se convierte en conocimiento y pauta aprendida, que se integra dentro de los (pocos) “guiones” (*scripts*) pre-establecidos que integran el repertorio conductual de que disponen los adolescentes para enfrentar situaciones problemáticas o riesgosas, en las que debe decidirse un curso de acción, calculando los riesgos y actuando estratégicamente.<sup>44</sup> Wilkinson, por su parte, ha relevado de qué modo la “teoría de los guiones” puede explicar el crimen y la violencia ejercida por adolescentes: los “guiones” organizan el conocimiento y las opciones presentes; enseñan a los individuos repertorios disponibles para diferentes situaciones; y estos repertorios se almacenan en la memoria como guiones y son recuperados cuando se perciben ciertas claves en el ambiente. Ahora bien, la oferta de “guiones” varía entre unos y otros individuos, de modo que algunos dispondrán de un repertorio reducido de ellos; y los individuos más probablemente repetirán un “guion” cuando la experiencia previa fue considerada exitosa. Por último, como consecuencia del aprendizaje e internalización, el comportamiento en base a “guiones” puede devenir automático, sin mucha reflexión o ponderación de las consecuencias.<sup>45</sup>

---

<sup>41</sup> Fagan, J., “Contexts of Choice by Adolescents in Criminal Events”, en Griss, T. y Schwartz, R. (Eds.), *Youth on Trial. A Developmental Perspective on Juvenile Justice*, The University of Chicago Press, Chicago – London, 2000, pp. 371-401, 384 y ss.

<sup>42</sup> *Ibíd.*, 388.

<sup>43</sup> *Ibíd.*, p. 377.

<sup>44</sup> *Ibíd.*, p. 380 y ss.

<sup>45</sup> Wilkinson, D., *The social and symbolic construction of violent events among inner city adolescents*, tesis doctoral, Rutgers University, 1998, citada por Fagan, cit. n. 41, p. 381.

Especialmente reveladora, respecto del contexto psicosocial de las decisiones de involucrase en actos violentos, es la formulación – por parte de Fagan – de tres tipos de identidades sociales que pueden ser asignadas a los adolescentes en el contexto de los barrios más peligrosos, en la interacción entre pares.

La primera es la identidad loca (*crazy*), salvaje (*wild*) u homicida (*killer*), referida a individuos que ejercen actos de extraordinaria violencia, son temidos y disfrutan de gran nivel de respeto; sus actos de violencia son chocantes, más allá de lo necesario para manejar la situación. Una vez que un individuo la ejerce, los demás (y el mismo) comienzan a verlo distinto. La repetición de ese tipo de actos puede servir para conservar el estatus, que va acompañado de poder y privilegios, incluso del deseo de otros de asociarse a él. Pero el ejercicio de extrema violencia por otros puede amenazar su posición.<sup>46</sup>

Una segunda identidad es la *hold your own* (“aguanta”): es la identidad de la mayoría de jóvenes que se involucra en delitos y en violencia. Usan sólo el nivel de violencia o de criminalidad necesario para tener una identidad funcional en un medio con identidades inclinadas al delito. Se orienta a conseguir una identidad social “segura”, no una “altamente valorada”. Estos individuos sólo buscan “hacer lo que tienes que hacer” en situaciones violentas: son identidades en general bien vistas en la calle, pero estos individuos experimentan muchos desafíos en su camino de ascenso a esa identidad. Es, por ello, un estatus inestable y puede requerir actos de violencia cuando públicamente se ataca su identidad.<sup>47</sup>

Por último, la identidad social *punk* o *nerd* es altamente estigmatizada. En ella caen quienes no pueden pelear o ser duros. Se considera lícito atacarlos, por no cumplir con las normas grupales. Los líderes en la jerarquía social de la adolescencia a menudo los degradan, dominan o victimizan, y cuestionan su masculinidad. Ello puede tener un enorme impacto en la auto-identidad de estos individuos.<sup>48</sup>

Ahora bien, las interacciones entre individuos con esas diversas identidades explican buena parte de las dinámicas, códigos y utilización de guiones violentos. Adquirir una identidad social altamente valorada pasa por despliegues extremos de violencia; y adquirir una (tan sólo) “segura” (*safe*) también puede exigirlos.<sup>49</sup> Gran parte de los comportamientos violentos se realizan para evitar se estigmatizado como *punk* o *nerd*, pues de la respuesta que se dé frente a un ataque a la propia identidad o estatus – que debe ser agresiva, según los “códigos de la calle”—depende su mantención o pérdida.<sup>50</sup>

Así, el uso de violencia para inhibir ataques por otros, en el contexto de barrios peligrosos y violentos, responde al fin estratégico de conservar estatus y respeto, que a su vez protegen de ataques; esa decisión es expresión de autoprotección y control social, incluso en el caso de

<sup>46</sup> Fagan, J., cit. n. 41, p. 385.

<sup>47</sup> *Ibíd.*, pp. 385-386.

<sup>48</sup> *Ibíd.*, p. 386.

<sup>49</sup> *Ibíd.*, pp. 386-387.

<sup>50</sup> *Ibíd.*, p. 387. Y el uso de armas puede servir en ese contexto para igualar las opciones para adolescentes más pequeños.

ataques preventivos. Ahí, entonces, la ausencia de control social formal, induce a adaptarse a los códigos de la calle.

La pregunta que en tales contextos surge para el enjuiciamiento criminal es:

*“How does law, informed by normative moral values from a distal but dominant society, influence decision making within the inner-city context? This questions are beyond the norms of compliance based on fairness and legitimacy of a legal code; the resolution of these issues requires an understanding of the localized but prevailing code that ensures safety and social standing within the inner-city context”*.<sup>51</sup>

[“¿De qué forma el derecho, basado en valores morales prevalentes en una sociedad dominante pero lejana, influye en la toma de decisiones dentro del contexto de los barrios marginales? Estas preguntas están más allá de las normas de respeto a la ley basadas en la justicia y legitimidad de un determinado código legal; la solución a estas cuestiones exige comprender del código local, si bien dominante, que proporciona seguridad y estatus social dentro del contexto de los barrios marginales”.]

En ese contexto, los códigos de la calle, combinados con el aislamiento social y cultural de los barrios marginales, sustituyen normas morales que sólo operan como externalidades débiles en relación con los específicos contextos de violencia, que validan la violencia y definen su valor estratégico. Cuando para un adolescente hay tanto en juego,

*“the choice to be violent in specific situations may not be a morally good decision, but is a rational decision based on a calculus of the consequences of other behavioral choices. For adolescents in dangerous, potentially lethal contexts, threat trumps morality in a context where there is a reasonable expectation of lethal attack”*.<sup>52</sup>

[“elegir ser violento en determinadas situaciones puede no ser una decisión moralmente correcta, pero es una decisión basada en un cálculo de las consecuencias de otras alternativas de comportamiento. Para adolescentes que se encuentran en contextos peligrosos, potencialmente letales, el miedo triunfa sobre a la moralidad “.]

Es síntesis, la perspectiva de las necesidades evolutivas de los adolescentes en el contexto de los barrios marginales, ofrece un marco interpretativo de sus decisiones en el que ellas aparecen explicadas por la necesidad de atender antes a su interés superior e inmediato que a un código abstracto de normas, que resulta ajeno a ese contexto. De este modo, el concepto de “decisiones condicionadas por el contexto” (*contextualized choices*) debe tener influencia en la valoración del grado de reprobabilidad de sus conductas, a los menos para la determinación de la pena.<sup>53</sup> Ello será más comprensible respecto los comportamientos violentos de adolescentes que sólo están intentado “aguantar” (*hold your on*), quienes luchan por conservar una identidad segura, evitando descender a un lugar donde pueden ser estigmatizados y abusados, con grave riesgo para su auto-estima y seguridad. Pero el marco heurístico ofrecido por la perspectiva de las “decisiones condicionadas por el contexto” en barrios especialmente peligrosos, incluso respecto de la violencia de adolescentes de identidad “salvaje” exigirá hacer un análisis más detenido de las estructuras motivacionales

---

<sup>51</sup> *Ibíd.*, p. 388.

<sup>52</sup> *Ibíd.*, p. 389.

<sup>53</sup> *Ibíd.*em.

antes de ceder a la tentación de hacer una rápida calificación de la violencia como expresión de aquella disposición subjetiva que es acreedora del más severo reproche penal.

En el “caso de la denuncia”, la intervención de Simeon en el homicidio de Johan puede interpretarse de modo fructífero a partir de los rasgos de la identidad social de los adolescentes que deben “aguantar”, es decir, reaccionando a tiempo frente a comportamientos que degradan su estatus y amenazan con dejarlos en una posición estigmatizada, como candidatos fáciles para futuras agresiones y abusos. De hecho, al enjuiciar el comportamiento de Simeon – de coautoría activa en unas lesiones corporales peligrosas, y homicidio o asesinato por omisión – el tribunal de instancia negó el cargo de un asesinato presidido por supuestos “móviles viles” (*niedrige Beweggründe*) hacia la persona de Johan (como rabia u odio), considerando que el peritaje psiquiátrico practicado a Simeon dio más bien cuenta de cierta indiferencia frente a Johan, y puso además en duda que el uso de la expresión “brígida” (*geil*)<sup>54</sup>, cuya semántica en el mundo de los adolescentes requeriría mayor examen, revelase inequívocamente la presencia en Simeon de la calificante del asesinato cometido “por el placer de matar” (aus *Mordlust*).<sup>55</sup> De hecho, el uso de ese adjetivo bien podría servir para expresar, de modo casi catártico, su elevado nivel de excitación nerviosa tras la impresionante experiencia vivida.

Además, el tribunal consideró que Simeon no acusaba especiales “tendencias nocivas”, que justificasen la imposición de una pena privativa de libertad<sup>56</sup> considerando que Simeon no había planeado su intervención de forma anticipada, sino que fue inducido por Richard, una persona claramente mayor que él, y de que su motivación al hecho sólo surgió por la humillación de que fue objeto por Johan y los demás jóvenes que se burlaron de él. En ese contexto, concluyó el tribunal, aunque la medida de su retribución (en contra de Johan) excedió ampliamente la medida que entre adolescentes es asumida como razonable, no se advierten en él rasgos abiertamente agresivos o antisociales.<sup>57</sup>

El comportamiento de Richard, en cambio, en el marco de análisis de las “decisiones condicionadas por el contexto”, revela más bien un esfuerzo por adquirir el estatus de una identidad “salvaje”. En retrospectiva, atendiendo a su ansiosa búsqueda de un testigo que diese crédito al cumplimiento de su advertencia, Richard aparece como un joven obsesionado por recuperar (o ganarse) un estatus social temible y respetable, que sus pares se niegan a reconocerle y que se ve puesto en cuestión por la denuncia de que fue objeto, que le dejó en ridículo ante quienes ya lo veían como un fanfarrón, sobre todo a medida que el tiempo transcurría sin que cumpliera con la amenaza que dirigió a Johan. Su crimen parece

<sup>54</sup> Aquí, el chilenismo juvenil *brígido* significa (como *geil* entre los jóvenes alemanes) quiere decir *fantástico* (equivalente al uso que en España podría darse a *cojonudo*).

<sup>55</sup> Estas referencias al fallo del tribunal de instancia se encuentran en Eisenberg, U., cit. n. 11, p. 26.

<sup>56</sup> Las “tendencias nocivas” (*schädliche Neigungen*) de un adolescente son una de las dos circunstancias (la otra es la especial gravedad de la culpabilidad) que conforme a la Ley de Tribunales Juveniles alemana permiten la imposición de una pena juvenil (privativa de libertad). La afirmación de “tendencias nocivas” en el contexto de una imputación de asesinato puede equivaler a constatar en un joven lo que la Corte Suprema de Estados Unidos llamó – en *Roper versus Simmons* – un carácter antisocial o sociópata. En todo caso, la ausencia de estas “tendencias nocivas” no impidió al tribunal imponer a Simeon una pena privativa de libertad (por gravedad de la culpabilidad), pero incidió en la determinación de una extensión bastante menor a la que sería posible si ambos factores hubiesen estado presentes.

<sup>57</sup> Así, la síntesis ofrecida por Eisenberg, U., cit. n. 11, p. 27.

especialmente deleznable, y puede resultar más difícil encontrar en él aspectos que disminuyan la culpabilidad. Sin embargo, apoyado en el peritaje psiquiátrico presentado durante el juicio, el tribunal de instancia consideró que a causa de su personalidad narcisista, Richard se puso a sí mismo ante una presión psicológica cada vez mayor por cumplir con su amenaza, para desmentir la imagen de un fanfarrón al que no se debe tomar en serio, que se había instalado cada vez más claramente entre los pares de su edad; y que esa presión con el paso del tiempo fue creciendo en tal medida que, al momento del hecho, la necesidad de venganza, como motivo, pasó a un segundo plano. De ese modo, la dimensión subjetiva de la calificante del asesinato cometido “por móviles viles” – que exige tener suficiente conciencia de que se actúa impulsado por ellos – no se presentaba en los hechos<sup>58</sup>. Estas consideraciones, en todo caso, no le impidieron al tribunal apreciar una culpabilidad mucho mayor en el comportamiento de Richard que en el de Simeon, y reflejarlo así en la sentencia, que condenó a ambos a penas privativas de libertad (de 8 y 3 años) por homicidio (no por asesinato).

Con todo, este esfuerzo del tribunal de instancia, especializado en causas de adolescentes – y apoyado en el peritaje psiquiátrico – por realizar un enjuiciamiento que se hiciese cargo de lo que Fagan llamaría “decisiones condicionadas por el contexto”, de parte de Richard y Simeon, en un juicio que se extendió por seis días, fue en buen medida desconocido por la decisión de una sala (no especializada en adolescentes) del Tribunal Supremo Federal, que anuló el fallo e instruyó al tribunal competente para el nuevo juicio volver a examinar, respecto de ambos adolescentes, la presencia de las calificantes del asesinato, así como la plausibilidad de afirmar “tendencias nocivas” en el segundo.<sup>59</sup>

## Violencia reactiva y violencia instrumental

### *El caso del asaltante en peligro*<sup>60</sup>

Jonas, de 16 años y 10 meses, tras haber espiado durante días una tienda de un barrio acomodado decidió asaltarla, esperando obtener la recaudación de toda la mañana (cerca a los 3.000 dólares). En un momento de baja afluencia de público en las calles se cubrió la cabeza con un gorro y la cara con una bufanda e ingresó a la tienda, portando un cuchillo afilado con una hoja de 15 a 20 cm. Cuando se acercaba a la caja, salió el dueño de la tienda. Jonas le exigió que se detuviese, amenazándolo con el cuchillo, pero el dueño opuso una tenaz resistencia, produciéndose un forcejeo que amagaba seriamente los planes de Jonas. Durante el enfrentamiento, Jonás temía ser apresado por el dueño, de modo que, a esas alturas, más que el botín, le importaba salir ileso y libre de ese asalto que se había complicado. Tras haber logrado propinar

<sup>58</sup> Einsenberg, U., cit. n. 11, p. 25. Sobre ello, se volverá más adelante (v. *infra*, el texto principal asociado a n. 98), al hacer referencia a la dimensión subjetiva de las calificantes del asesinato, en el derecho penal alemán, y en el derecho chileno.

<sup>59</sup> BGH, 1 StR 273/11, 19/10/2011. Cfr. la crítica de Eisenberg, U., cit. n. 11, pp. 23 y ss.

<sup>60</sup> Los hechos están basados en una causa seguida ante un tribunal alemán, en Berlín, y que fue objeto de revisión por el Tribunal Supremo Federal de ese país. Los nombres usados aquí son ficticios (los verdaderos, por lo demás, no se dan a conocer en las sentencias de los tribunales alemanes que conocen causas penales de adolescentes).

a la víctima algunos cortes no mortales en el costado derecho, y en el abdomen, Jonas atacó al dueño con una estocada en el pecho, que penetró 10 a 11 cm, alcanzándole el corazón y dejándolo fuera de combate en el suelo, donde moriría minutos después. Entonces, Jonas se acercó a la caja, llevándose 800 euros, y dándose a la fuga.

*El caso del homicidio por experimentación<sup>61</sup>*

A los 17 años de edad, Christian, estudiante de penúltimo año de enseñanza media, cometió un asesinato. Antes de hacerlo había dicho a sus amigos Carlos y Juan, de 15 y 16 años de edad, que quería matar a alguien. De una forma escalofriantemente insensible les explicó su plan: que entrasen a una casa a robar, amordazasen a la víctima y la arrojasen por el puente al río, asegurando a sus amigos que no les harían nada, pues eran menores. A las 2 am del día del asesinato los tres se reunieron, pero Carlos desistió. Entonces, Christian y Juan entraron en la casa de la víctima, tras haber abierto la cerradura de la puerta trasera, que alcanzaron desde una ventana abierta. Christian encendió la luz del pasillo, lo que despertó a la víctima, que resultó ser una mujer de 46 años de edad. Cuando ella preguntó quién se encontraba allí, Christian entró a su dormitorio y la reconoció, pues ambos habían estado involucrados en un accidente de auto. Entonces Christian confirmó su resolución de matarla. En seguida, usando cinta adhesiva ambos jóvenes taparon los ojos y boca de la víctima y le ataron las manos, para luego conducirla en el auto de la propia víctima a un parque estatal. En ese lugar cubrieron su cabeza con una toalla, ataron sus manos y piernas juntas con un cable, envolvieron toda su cara con más cinta adhesiva y la arrojaron desde un puente al río, donde murió ahogada. Al día siguiente, Christian alardeaba ante sus amigos con el asesinato, afirmando que lo había hecho “porque la puta vio mi cara”. Horas después, una vez ya descubierto el asesinato, y tras haber recibido información sobre la intervención de Christian, la policía lo arrestó en su colegio.

En el contexto de la explicación evolutiva del aumento de las conductas de riesgo, agresivas y delictuales en niños y adolescentes, este tipo de comportamientos surgen, como se señaló, a partir del desbalance entre una sobre-activación de la red socioemocional –o, específicamente, del sistema aproximativo de recompensa – que los induce a buscar experiencias excitantes, de satisfacción inmediata de impulsos y deseos, y la red de control cognitivo – o, en el modelo triádico, de los sistemas evitativo y regulatorio – que podrían incidir ya sea en la evitación de las consecuencias negativas asociadas a la conducta en cuestión, ya en una mayor reflexión sobre cuáles pueden ser esas consecuencias negativas y de las razones (morales o pragmáticas) a favor de desistir de la conducta. Con todo, algunos estudios han diferenciado dos tipos de trayectoria vital en relación con este desbalance: la más común es la de quienes con el paso de los años logran madurar y aprenden a anticiparse, sopesar los pros y contras, tener en cuenta los costos para sí o para los demás, y controlar así sus impulsos agresivos o de satisfacción inmediata de deseos. Otra trayectoria vital, con todo,

---

<sup>61</sup> Los hechos están basados en una causa seguida ante un tribunal del estado de Missouri, en Estados Unidos de América, y que fue examinada *on certiorari* por la Corte Suprema Federal de ese país. Los nombres de los involucrados fueron cambiados para preservar su identidad.

si bien mucho menos habitual, es la de quienes no experimentan esa evolución y prolongan sus conductas antisociales por todo su ciclo vital.<sup>62</sup>

Ahora bien, los estudios específicos sobre agresividad también dan cuenta de una segunda distinción, entre dos especies de agresividad: por una parte, la *agresividad reactiva* o impulsiva; y por otra parte, la *agresividad instrumental*.

La agresividad reactiva, normalmente provocada por un episodio frustrante o amenazante, suele ir acompañada de una gran carga emocional, y puede verse como “agresión caliente”, mientras que la agresividad instrumental, que responde más bien al propósito de conseguir objetivos personales sin consideración al sufrimiento provocado a otros, es una especie de “agresividad fría”, que suele apreciarse en individuos con psicopatías.<sup>63</sup>

Según Oliva y Antolón, la agresividad reactiva es relativamente más común en la adolescencia, y en gran medida coincidente con la de quienes luego experimentan una trayectoria de disminución de los episodios agresivos gracias a la maduración, mientras que la agresividad instrumental, de más rara ocurrencia, tiende a proyectarse más allá de las primeras dos décadas de vida.<sup>64</sup>

La agresividad reactiva se deja explicar más fácilmente por el desbalance entre los diversos sistemas cerebrales que surge en la adolescencia, al que se hizo referencia más arriba.<sup>65</sup> Es típicamente explosiva y descontrolada, y a menudo viene acompañada de desinhibición e inestabilidad emocional, pero no necesariamente por tendencias antisociales.<sup>66</sup> El episodio que la gatilla normalmente será una situación de estrés o amenaza, que provoca ira o temor, y la explicación de la reacción se encuentra, en general, en dos fenómenos que justamente se ven acentuados durante la adolescencia: bien en una hiperexcitación a nivel del circuito cerebral evitativo o de amenaza (una fuerte sensación de alerta, cargada emocionalmente),<sup>67</sup> bien en un déficit de funcionamiento de la regulación prefrontal (red de control cognitivo).<sup>68</sup> Este último caso abre la posibilidad de reacciones agresivas aun en situaciones que no representan amenaza.<sup>69</sup> Es típicamente explosiva, descontrolada, acompañada y caracterizada por altos niveles de excitación.<sup>70</sup>

---

<sup>62</sup> Oliva, A. y Antolón, L, cit. n. 28, p. 59, citando los trabajos de Farrington y a Moffitt.

<sup>63</sup> Oliva, A. y Antolón, L, cit. n. 28, p. 60.

<sup>64</sup> *Ibíd.*, p. 59. Sin embargo, si la agresividad reactiva o impulsiva se debe a problemas específicos del individuo en su capacidad de autocontrol, se cree que puede conducir a un comportamiento antisocial de más larga duración; así, Vitiello, B. y Stoff, D. M., “Subtypes of Aggression and Their Relevance to Child Psychiatry”, en *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry*, Volume 36, Issue 3, Marzo de 1997, pp. 307-315, 309

<sup>65</sup> Oliva, A. y Antolón, L, cit. n. 28, p. 60.

<sup>66</sup> Vitiello, B. y Stoff, D. M., cit. n. 64, p. 309.

<sup>67</sup> *V. supra*, n. 37.

<sup>68</sup> Oliva, A. y Antolón, L, cit. n. 28, p. 59. Cfr., con todo, Vitiello, B. y Stoff, D. M., cit. n. 64, p. 309, advirtiendo sobre la posible influencia de “specific neurological insults involving the temporal or frontal lobes, substance abuse, or temperamental and personality traits”.

<sup>69</sup> *Ibíd.*

<sup>70</sup> Vitiello, B. y Stoff, D. M., cit. n. 64, p. 309.

Ahora bien, como ya se señaló, los adolescentes pueden experimentar con una gran intensidad emocional, no sólo las amenazas a su integridad física (o su vida), como las que niegan su identidad o estatus social, ante el ridículo, la burla o la humillación.

En el “caso del asaltante en peligro”, según el tribunal de instancia, el intenso temor a ser capturado – o batido – en el enfrentamiento que se produjo con el dueño de la tienda, explican en gran medida la intensidad del ataque (mortal) protagonizado por Jonas, al punto de que, cuando éste propinó a la víctima la estocada homicida, el móvil de “codicia” (*Habgier*) había perdido peso y centralidad, y ya no era el motivo dominante en su conciencia. Ello descartaría la presencia de un asesinato, dejando sólo subsistentes los cargos (menos graves que el asesinato, en el derecho alemán) de un homicidio simple y un robo. El Tribunal Supremo Federal, si bien reprochó la falta de fundamentación de la sentencia, confirmó que si llegase a probarse que para el adolescente en ese momento lo decisivo era salir libre (e ileso) ello podría descartar la calificante de codicia respecto del homicidio.<sup>71</sup> Una estructura motivacional similar, relativamente habitual en muchos hechos de violencia protagonizados por adolescentes, y que hace dudar de la presencia de los aspectos subjetivos de una calificante especialmente reprobable, se presenta en el caso de la así llamada “fuga hacia adelante” (*Flucht nach vorn*): un adolescente se involucra en un delito, pero inmediatamente después del hecho reflexiona sobre la gravedad del hecho y los riesgos que se ciernen sobre él en caso de ser descubierto, entonces, sintiéndose “entre la espada y la pared”, sede a un impulso irracional por escapar de esas consecuencias, y lleva el hecho hasta el final, dando muerte a la víctima.<sup>72</sup> Si, además, la posibilidad de ser encarcelado le resulta al adolescente especialmente temible, debido a experiencias anteriores reales o a fantasías, entonces el impulso para escapar puede ser incontrolable.

Por su parte, en el “caso del bate de béisbol”, el sistema evitativo o de amenaza, que se activa frente a emociones negativas y dolorosas, parece haber jugado un rol preponderante en la violenta reacción de Alberto ante lo que él experimentó – de forma intensificada por la influencia del alcohol – como un ataque a su dignidad e identidad. Los ingredientes reactivos de su violencia, como “agresividad caliente”, saltan, pues, a la vista.

Una nota inquietante, pero también condicionada por la inmadurez cerebral de los adolescentes, es el hecho de que el circuito básico de amenaza se encuentra relativamente solapado con el de recompensa, de modo que la mayor incidencia, no sólo de las conductas de riesgo, sino también de las violentas y antisociales, en parte se explica porque pueden provocarles sensaciones emocionantes a los adolescentes, que en cierto sentido son gratificantes<sup>73</sup> (les pueden hacer sentir superiores, poderosos, etc.). La excitación y satisfacción con que Richard (“caso de la denuncia”) alardea de su despliegue de violencia, tras haberlo concluido, parece dar cuenta de ello.

Por su parte, la agresividad instrumental se caracteriza por: un factor afectivo, consistente en frialdad emocional y escasa empatía frente a las emociones de los demás y un estilo

<sup>71</sup> BGH, 5 StR 594/15, 19.04.2016.

<sup>72</sup> Zieger M., *Verteidigung in Jugendstrafsachen*, 4ª edición revisada y actualizada, C.F. Müller, Heidelberg, 2002, p. 22.

<sup>73</sup> Oliva, A. y Antolín, L, cit. n. 28, p. 61.

arrogante, narcisista y manipulador en las relaciones interpersonales.<sup>74</sup> Los individuos con este tipo de agresividad no actúan impulsivamente, ni presentan inestabilidad emocional; su nivel de excitación es, como se dijo, bajo.<sup>75</sup> La agresividad instrumental no es, entonces, “reactiva”, sino “proactiva” y está asociada a comportamientos propios de la así llamada agresividad “depredadora”, que mueve a atacar a otros con el propósito de obtener recompensas o ganancias específicas.<sup>76</sup>

Este tipo de agresividad, que bien podría producirse en el contexto de un hecho que se origina como un caso de agresividad reactiva, pero que luego deviene en instrumental, parece estar más vinculado a las personalidades psicopáticas y aparece asociado a un déficit de aprendizaje aversivo, que es necesario para la socialización de niños y adolescentes en la capacidad de empatizar frente a expresiones de miedo o tristeza por parte de terceras personas.<sup>77</sup> Algunos estudios dan cuenta de que, en individuos con psicopatías las áreas del cerebro asociadas al sistema aversivo tienen menor respuesta frente a imágenes con contenido emocional negativo, y acusan una peor conexión con las estructuras frontales (que regulan y controlan el comportamiento).<sup>78</sup> Ello favorecería el surgimiento de episodios de violencia instrumental, como han puesto de relieve Oliva y Antolín, de dos maneras:

*“la escasa respuesta de estas estructuras neuronales parece estar en la base de la falta de empatía y culpa que los sujetos con psicopatías muestran ante el sufrimiento de los demás, lo que, unido a la falta de temor ante la posibilidad de sufrir un castigo, puede hacer que no duden en hacer daño a otras personas cuando se interponen en sus objetivos personales.”*<sup>79</sup>

Ahora bien, aunque estos factores que explican la agresividad instrumental tienden a proyectarse a lo largo del ciclo vital de los individuos, como rasgos más o menos permanentes de su carácter, dos fenómenos propios de los primeros años de la adolescencia – que tienden a superarse con la madurez – también pueden favorecer episodios de este tipo: la mayor impulsividad y la búsqueda de sensaciones.<sup>80</sup> Ello explica la renuencia de la psicología – de la que la Corte Suprema de los Estados Unidos se hizo eco en *Roper versus Simmons* – a atribuir este tipo de comportamientos a rasgos psicopáticos permanentes de un adolescente, algo que no es científicamente prudente afirmar antes de la adultez. Así, precisamente en el “caso del homicidio por experimentación”, y pese a que en él se aprecian todos los rasgos de la violencia instrumental, al punto que cabe considerarlo un paradigma de esa especie de agresividad, el máximo tribunal de ese país se resistió a entender que a través de ese hecho Christian se revelaba como un psicópata o sociópata, como una cualidad propia de su carácter. La psiquiatría infanto-adolescente, de hecho, afirma la posibilidad de tratar la agresividad instrumental en estos individuos, con terapia conductual.<sup>81</sup>

<sup>74</sup> *Ibídem.*

<sup>75</sup> Vitiello, B. y Stoff, D. M., cit. n. 64, p. 309. Sin embargo, Oliva, A. y Antolín, L. cit. n. 28, p. 61, consideran que también hay una nota de impulsividad e irresponsabilidad en los individuos con agresividad instrumental.

<sup>76</sup> Vitiello, B. y Stoff, D. M., cit. n. 64, p. 313.

<sup>77</sup> Oliva, A. y Antolín, L., cit. n. 28, p. 62.

<sup>78</sup> *Ibídem.*

<sup>79</sup> *Ibídem.*

<sup>80</sup> *Ibídem.*

<sup>81</sup> Vitiello, B. y Stoff, D. M., cit. n. 64, p. 313.

Por último, la impresión que ciertos hechos de violencia protagonizados por adolescentes dan, en el sentido de tratarse de despliegues de agresividad instrumental, puede matizarse en buena medida si ellos se producen en el contexto de las interacciones en barrios especialmente peligrosos. Los hechos de violencia propios de adolescentes con identidad “salvaje” u “homicida” en ocasiones pueden estar presididos por una extrema sensación de alerta, ante amenazas a su estatus, que pueden ser potencialmente graves, alejándolos del paradigma de la “agresividad fría”. Con mayor frecuencia aún, la violencia protagonizada por adolescentes cuya identidad se conforma con “aguantar”, estará presidida por su sistema de alerta ante agresiones a su identidad en las que está presente el riesgo – actual potencial – de convertirse en objeto de abuso, y no por una fría resolución que exprese pura instrumentalización narcisista de los demás.

#### RECONSTRUCCIÓN DEL FUNDAMENTO NORMATIVO DE LAS CALIFICANTES Y AGRAVANTES BASADAS EN DISPOSICIONES SUBJETIVAS

### Lo subjetivo en las calificantes del homicidio

Aunque es difícil reconducir en Chile el fundamento de las calificantes del homicidio a un criterio común, sí parece ser claro que en todas ellas se exige un “plus subjetivo” que no se encuentra en las hipótesis de homicidio simple.<sup>82</sup>

En efecto, más allá de la heterogeneidad de factores de calificación subyacentes a ellas, y con independencia de la distinción entre las calificantes personales o subjetivas, de una parte, y las materiales u objetivas, de la otra, la existencia de una relativa coincidencia doctrinaria sobre el hecho de que respecto de estas últimas no basta con que se dé la circunstancia objetiva que aumenta el injusto del hecho, sino que es necesario que el autor haya deliberadamente buscado o querido tal circunstancia – lo que, en opinión de la doctrina, convierte a estas circunstancias “objetivas” también en “subjetivas”<sup>83</sup> – se traduce en que todo homicidio calificado se distingue de un homicidio simple, ante todo, por ese plus subjetivo.<sup>84</sup>

Así, respecto de la alevosía existe amplio acuerdo en que, junto a la mayor indefensión de la víctima, es preciso “que el aprovechamiento de ese estado se busque de propósito por el delincuente”, lo que revela, junto al mayor injusto del ataque alevoso, una mayor

<sup>82</sup> Matus, J.P. y Ramírez, M. C., *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*, tomo I, 3ª edición revisada y actualizada, Legal Publishing Chile, Santiago, 2014, p. 58.

<sup>83</sup> Sea que se las denomine como “mixtas” o “subjetiva-objetivas”, como sostienen Etcheberry, A., *Derecho Penal. Parte General*, tomo II, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, tomo II, 1998, p. 43 y Garrido, M., *Derecho Penal, Parte General*, tomo I, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 207, sea que aquella exigencia determine clasificarlos sencillamente dentro de las circunstancias “subjetivas”, como argumenta Cury, E., *Derecho Penal, Parte General*, 8ª edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, p. 518, refiriéndose todos ellos a las circunstancias agravantes, pero con un razonamiento del todo aplicable a las calificantes del homicidio que materialmente coinciden – en todo o parte – con las agravantes genéricas del art. 12 del CP.

<sup>84</sup> Lo que, además, excluye la posibilidad de sancionarlo con dolo eventual, exigiéndose el dolo directo; Matus, J.P. y Ramírez, M. C., cit. n. 82, p. 58.

reprochabilidad del autor.<sup>85</sup> El uso de veneno, como calificante, con idéntico fundamento material que la alevosía – al punto de que “todo envenenamiento es también un homicidio alevoso”<sup>86</sup> – presupone un ánimo insidioso en el autor, que buscó deliberadamente aprovechar las cualidades del veneno para ejecutar un artero ataque.<sup>87</sup>

En el caso del homicidio cometido “por premio o promesa remuneratoria”, la mayor “antisocialidad” del hecho, en el plano del injusto, se corresponde también con una mayor reprochabilidad por lo abyecto del móvil económico o de lucro.<sup>88</sup>

En el ensañamiento, el mayor dolor y sufrimiento de la víctima debe haber sido, no sólo deliberadamente buscado por el autor, sino además a una disposición anímica en el autor de insensibilidad y crueldad,<sup>89</sup> un “lujo de males”,<sup>90</sup> que dé cuenta de un “desdoblamiento psíquico” de quien tiene voluntad no sólo de matar, sino además, como un objetivo distinto (incluso puede poner en riesgo la ejecución oportuna y eficaz del primer objetivo), de primero hacer sufrir a la víctima.<sup>91</sup>

La “premeditación conocida”, por último, tiene una evidente fundamentación subjetiva – con independencia de la discusión sobre su fundamento preciso – que en Chile se asocia predominantemente a la presencia de un “ánimo frío y tranquilo” que se mantiene durante un cierto transcurso de tiempo, entre la resolución criminal y la ejecución de tal designio,<sup>92</sup> sin perjuicio de que la doctrina tiende a exigir que ello se traduzca en un *modus operandi* que además ponga en mayor indefensión a la víctima (es decir, la presencia de alevosía)<sup>93</sup>.

## Calificantes del homicidio y violencia reactiva *versus* violencia instrumental

<sup>85</sup> Politoff, S., Grisolía, F. y Bustos, J., *Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, pp. 117-118. Similar, Matus, J.P. y Ramírez, M. C., cit. n. 82, pp. 51-52. V., el mismo sentido, la SCS Rol N° 5833-2012, de 17/10/2012: “[...] tanto en la actuación traicionera como en el proceder sobre seguro, no basta con el elemento material u objetivo de la indefensión de la víctima, sino que es imprescindible que el hechor haya buscado de propósito esa situación favorable para cometer específicamente el delito en ese contexto. La agravante no se configura con el hecho de que objetivamente se den las circunstancias favorables que le son inherentes; requiere además que el sujeto actúe con un especial ánimo, “ánimo alevoso”, elemento subjetivo que implica el buscar o procurar ex profeso circunstancias especialmente favorables y no simplemente servirse o aprovecharse de ellas cuando están dadas”.

<sup>86</sup> Matus, J.P. y Ramírez, M. C., cit. n. 82, p. 53.

<sup>87</sup> Politoff, S., Grisolía, F. y Bustos, J., cit. n. 85, p. 124.

<sup>88</sup> *Ibíd.*, p. 122. Similar Matus, J.P. y Ramírez, M. C., cit. n. 82, p. 53, añadiendo que el mayor injusto deriva de la peligrosidad incrementada que se aprecia en la profesionalización del homicidio.

<sup>89</sup> Politoff, S., Grisolía, F. y Bustos, J., cit. n. 85, p. 128; Matus, J.P. y Ramírez, M. C., cit. n. 82, pp. 57-58.

<sup>90</sup> Pacheco, citado por Cury, E., cit. n. 83, p. 530 n. 375.

<sup>91</sup> Etcheberry, A., *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo III, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, tomo II, 1998, p. 67

<sup>92</sup> Politoff, S., Grisolía, F. y Bustos, J., cit. n. 85, p. 131.

<sup>93</sup> Matus, J.P. y Ramírez, M. C., cit. n. 82, pp. 54-55. V. STC Rol N° 3306-17-INA, de 16/11/2017, exigiendo, en primer lugar, una decisión adoptada previa reflexión, meditación y ponderación de las ventajas y desventajas de ejecutar el crimen y, en segundo lugar, que el hechor haya perseverado en su decisión seleccionando antes el medio, lugar y momento apropiado (considerando vigésimo sexto, citando al efecto la SCS, Rol N° 1380-05 del 7/11/2005 y Rol N° y la SCA de Concepción, Rol N° 1236-06, de 7/01/2008).

Si bien la búsqueda de un fundamento normativo común a la calificantes del homicidio excede de las posibilidades de este trabajo, a modo de hipótesis me parece que hay buenas razones para asociar aquél “plus subjetivo” exigido por todas las calificantes a la circunstancia de que en todas ellas – si se las interpreta de modo que realmente aporten un aumento significativo de la reprobabilidad del homicidio así perpetrado así entendidas –<sup>94</sup> son reconocibles los rasgos fundamentales de lo que la psicología de la agresividad califica como *violencia instrumental o depredadora*; mientras que la ausencia de esos rasgos, y la presencia, por el contrario, de los que son propios de la *violencia reactiva*, hacen muy difícil afirmar la reprobabilidad incrementada propia de los homicidios calificados. Es sintomático que, desde la otra vereda disciplinaria, la psicología de la agresividad, se haga justamente esta asociación entre violencia instrumental y asesinato.<sup>95</sup>

Así, en primer lugar, la “premeditación conocida” da cuenta, de modo característico, de esta nota de “agresividad fría” requerida en el homicidio calificado, sin perjuicio de la tendencia a exigir una exteriorización de esa nota, típicamente en la selección deliberada de un modo o unas condiciones de ejecución que aseguran el resultado -aumentando la indefensión de la víctima-.<sup>96</sup>

Pero también respecto de las demás calificantes, los casos en que realmente es posible apreciar una reprobabilidad incrementada – al punto de justificar un aumento cualitativo en la severidad de la pena en comparación con el homicidio simple –<sup>97</sup> se caracterizan porque, más allá del medio de comisión insidioso o artero, de la magnitud del dolor infligido o de la profesionalización de la actividad, la actitud subjetiva de quien perpetra el homicidio en esas circunstancias revela una impactante insensibilidad – o aun un deleite – frente al sufrimiento de terceros, o un grado extremo de devaluación de la vida ajena, de la que se echa mano sin vacilación o por mera codicia, todo lo cual recuerda aquellas notas de “frialidad emocional”

<sup>94</sup> Con esto no se quiere suscribir la tesis de que la culpabilidad puede verse incrementada de forma autónoma, con independencia de que la magnitud del injusto permanezca inalterada. La afirmación del texto principal es compatible con la concepción conforme a la cual cualquier incremento en la culpabilidad depende de un aumento del injusto, de modo que la mayor culpabilidad del homicidio calificado supone reconocer en él un mayor injusto objetivo-subjetivo.

<sup>95</sup> Así, Muñoz Vivas, Fabiola, *Adolescencia y Agresividad*, tesis doctoral, Universidad Complutense, Madrid, 2000, disponible en: <http://biblioteca.ucm.es/tesis/19972000/S/4/S4017401.pdf> [visitada el 15/11/2017], pp. 97 y ss., asociando también a la violencia reactiva, entre otras, la justificante de legítima defensa y la atenuante de arrebatte u obcecación.

<sup>96</sup> En Alemania, la premeditación (*Überlegung*) por sí sola ya no califica –fue derogada en 1941- el homicidio (*Totschlag*) como un asesinato (*Mord*); es necesario que el hecho se ejecute con alevosía (*Heimtücke*), lo que supone, en cierto sentido, premeditación (así Rengier, R., cit. n. 8, § 4 nm 42), pero exige algo más. En España, con la adopción del CP de 1995 también se abandonó la calificante de premeditación, exigiéndose alevosía. En el *common law*, que sigue inspirando varias legislaciones (como el CP de California) la premeditación (*malice aforethought*) basta para calificar un homicidio (*homicide* o *voluntary manslaughter*) como un asesinato (*murder*); en todo caso, dentro del amplio campo de los homicidios premeditados que califican como *murder*, la legislación considera (en muchos estados de Estados Unidos de América) agravantes especiales para constituir una clase excepcionalmente grave de asesinato, el *first degree murder*, que en varios estados puede ser castigado con la pena de muerte; y algunas de esas agravantes consisten en actitudes, móviles o finalidades especialmente reprobables, como la de cometer el asesinato para obtener un beneficio económico.

<sup>97</sup> Que en caso todos los países permite alcanzar el presidio perpetuo (cuando no la pena de muerte, en los estados que la admiten).

y “escasa empatía”, “estilo narcisista y manipulador” o de actitud “depredadora” con los demás para la obtención de los propios intereses, que caracterizaban a la “agresividad fría” o “instrumental”.

Y es que no parece justificado aplicar penas tan severas<sup>98</sup> sino cuando se está ante crímenes que expresan la más reprobable actitud imaginable ante un la lesión de un bien jurídico de la entidad de la vida. En la dogmática alemana, como se vio, es justamente su asociación con la pena de presidio perpetuo la que ha llevado a la doctrina y jurisprudencia a interpretar de forma restrictiva las calificantes del asesinato, para asegurar el respeto de la exigencia constitucional de proporcionalidad. Y la forma en que se ha llevado a cabo esta interpretación restrictiva precisamente tiende a descartar el asesinato ante indicios de que el hecho estuvo, en buena medida (no exclusivamente) dominado por notas subjetivas propias de la “violencia reactiva” o impulsiva. Así, por ejemplo, en el caso de las calificantes basadas en móviles, como la “codicia” (*Habgier*) o más en general los “móviles viles” (*niedrige Beweggründe*), la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán exige que ése haya sido el “motivo dominante en la consciencia” del agente (*das bewusstseinsdominante Motiv*), de modo que, cuando este actuó impulsado por una mezcla de motivos (*Motivbündel*), por ejemplo, junto con la codicia o móvil económico, el miedo a ser aprehendido, el odio, la compasión o la desesperación, la calificante se vuelve dudosa.<sup>99</sup> El mismo efecto tiene la exigencia, en el agente, de una cierta “capacidad de dominio” sobre la circunstancia que fundamenta la calificación (*das mordmerkmalsspezifische Beherrschungsvermögen*),<sup>100</sup> en el sentido de que haya estado en condiciones de reconocer y comprender la cualidad de esa circunstancia que vuelve al homicidio más grave, y de controlar o dirigir su comportamiento a partir de esa comprensión, algo que típicamente se niega cuando el autor está dominado por emociones difíciles de controlar, se encuentra bajo los efectos del alcohol, o cuando al hecho le antecedió inmediatamente una interacción tensa y conflictiva con la víctima o un enfrentamiento o riña,<sup>101</sup> es decir, justamente en escenarios más típicos de la “agresividad reactiva”.

Aunque nuestro desarrollo dogmático no ha llegado a este nivel de diferenciación, las exigencias doctrinarias acerca de la producción o aprovechamiento deliberado de la indefensión, o acerca del desdoblamiento de la voluntad (con una motivación autónoma de provocar sufrimiento), dan cuenta de una intuición parecida. Esta intuición también se

<sup>98</sup> En Chile, tras la reforma introducida a las penas del homicidio por la Ley N° 20.779 (D.O. 17/09/2014) la pena del homicidio calificado va de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo. Así, si al autor no le benefician atenuantes, el tribunal puede imponer esta última pena; y si además concurre una agravante, está obligado a hacerlo.

<sup>99</sup> Rengier, R., cit. n. 8, § 4 nm 14, 21.

<sup>100</sup> Eisenberg, U., cit. n. 11, p. 23, donde sin embargo critica una decisión del Tribunal Supremo Federal alemán que invalidó una sentencia de instancia por no considerar alevoso el hecho, pero sin haber examinado la capacidad del (adulto-joven enjuiciado como) adolescente de dominar el móvil fundante de la calificación, que en este caso, en estado de ebriedad, era muy dudosa.

<sup>101</sup> Votteler, V., *Das Mordmerkmal der "sonst niedrigen Beweggründe" gem. § 211 Abs. 2, 1. Gruppe 4. Variante StGB - im Spiegel gesellschaftlicher Moralvorstellungen*, C. F. Müller, Heidelberg - München - Landsberg - Frechen - Hamburg, 2014, pp. 63-64, refiriéndose especialmente al tratamiento por los tribunales alemanes de la calificante de “móviles viles”.

aprecia en algunos fallos de los tribunales superiores, que rechazan la calificación del asesinato ante escenarios más propios de una violencia reactiva.<sup>102</sup>

## **Homicidio calificado y derecho penal de adolescentes**

### *Excepcionalidad de la violencia instrumental homicida en los adolescentes*

Conforme a la tesis esbozada, las calificantes del homicidio sólo serían aplicables cuando la actitud subjetiva del agente respecto del hecho es especialmente reprobable, por expresar las notas típicas de una violencia instrumental o depredadora.

La intuición normativa con la que partió este trabajo consiste en que los adolescentes con mucho mayor dificultad – y con mucho menor frecuencia – que los adultos imprimen a sus acciones homicidas aquellas notas que la vuelven extraordinariamente reprobable, para alcanzar la calificación de asesinato u homicidio calificado.

Las explicaciones evolutivas y psicosociales que respaldan esa intuición ya se expusieron. Los adolescentes que ejercen violencia homicida, por condicionamientos evolutivos, casi siempre lo hacen de forma reactiva o impulsiva, fuertemente condicionados por la hiperactivación de su sistema cerebral de alerta frente a amenazas, ante la cual su inmaduro sistema cerebral de control cognitivo tiene una capacidad muy disminuida de regular la reacción. E incluso cuando no se aprecia directamente la amenaza, un examen atento del contexto psicosocial – si corresponde a uno marcado por interacciones violentas, donde rigen los códigos de la calle, o de la bandas – permite advertir la presencia de amenazas o atentados contra la identidad que en alguna medida hacen explicable el episodio violento como una forma de preservar un estatus “seguro”, que aleje el riesgo de ser objeto de ataques violentos.

La consecuencia de ello será que en el derecho penal de adolescentes las calificantes del homicidio serán un cuerpo en buena medida extraño, que sólo cabe esperar en casos muy excepcionales. Paradigmáticamente, el “caso del homicidio por experimentación” se muestra como uno realmente excepcional, donde no se aprecia – con los datos de que disponemos – la influencia de factores de agresividad reactiva o impulsiva o de un contexto psicosocial

---

<sup>102</sup> V. la SCA de Valparaíso, Rol N° 132 – 2011, de 22/02/2011, que rechaza la alevosía en un caso en que, en vindicación frente a una supuesta tentativa de robo perpetrada por la futura víctima del homicidio, el asaltado, acompañado de su hijo y un tercero, sale en búsqueda del asaltante, lo golpea con una botella, haciéndolo caer al suelo, y en esas circunstancias, mientras el asaltante se encontraba en el suelo indefenso, el hijo del asaltado lo ataca mortalmente con un arma blanca. La Corte, descarta la presencia de “ánimo alevoso” teniendo en consideración que “la actuación de este acusado es posterior al inicio de la pelea [...] no puede sostenerse que haya habido alevosía por el solo hecho de utilizar un arma blanca [...] Tampoco es posible entender que existió alevosía por el hecho de que el autor no haya manifestado el arma que portaba, por cuanto de acuerdo a la dinámica cómo fueron establecidos los hechos, primero ocurrió la agresión del padre, pudiendo calificarse la actuación de su hijo como un reacción ante la eventualidad de que la víctima pudiera extraer a su vez un arma. Siendo entonces tal actuación una reacción, no podemos estar en presencia de un ánimo alevoso, debiendo tener presente que se trataba de un primero de enero en la madrugada, en que todos los partícipes de estos hechos habían bebido [y] que el homicidio tuvo lugar en el contexto de una riña, en la que participaban varias personas” (el subrayado es mío).

especialmente peligroso que explique el despliegue de violencia como una estrategia de protección de la identidad o de un estatus relativamente “seguro” frente a potenciales ataques. Y si bien sigue siendo justificada la reticencia de la psiquiatría forense a atribuirle a su autor rasgos psicópatas o sociópatas, que conduzcan a abandonar toda esperanza de que el adolescente evolucione de forma positiva, lo que podría conducir a la imposición de una pena “incapacitadora” – injustificada dentro de un subsistema penal de adolescentes, que justamente renuncia a ese tipo de sanciones – es comprensible afirmar en tal caso la presencia de un homicidio calificado.

En cambio, en el “caso del bate de béisbol”, como se vio, se aprecian claras notas de agresividad reactiva o impulsiva, que lo alejan sensiblemente de la agresividad fría que impacta en el “caso del robo por experimentación”. Las diferencias entre ambos aparecen así casi como un paradigma de la contraposición entre violencia instrumental o depredadora y violencia reactiva o impulsiva. En ese contexto, en el “caso del asaltante en peligro”, pese a las singularidades de la regulación nacional,<sup>103</sup> también es posible apreciar claras notas de agresividad reactiva o impulsiva, que obligarían a reconocer una diferencia significativa entre la reprobabilidad de la actitud subjetiva de Jonas al matar, y la que puede apreciarse en la actitud de Christian (en el “caso del robo por experimentación”). A su vez, en el “caso de la denuncia”, por su parte, la intervención de Simeon se deja explicar en gran medida por el contexto de interacciones violentas en las que se juega la defensa de un estatus relativamente “seguro” frente a agresiones potenciales, si ante una agresión de que se fue víctima se sienta el precedente de que se es vulnerable. Más aun, incluso respecto de Richard, si bien ello puede ser más discutible, la impresión que el tribunal de instancia se llevó – a partir del análisis hecho por el peritaje psiquiátrico, y tras estudiarla en detalle durante seis días de juicio oral – es que la estructura motivacional que gatilló su comportamiento homicida, definida por la circunstancia de que se puso a sí mismo en la encrucijada de, o bien cumplir con las expectativas que él mismo generó entre sus pares, o bien tener que verse expuesto a pagar las consecuencias de una autodegradación identitaria en un contexto de interacciones potencialmente violentas, hacían dudar de que el “motivo dominante en su consciencia” al ejecutar el homicidio hayan sido los móviles especialmente abyectos que lo califican como un asesinato.

### *Especialidad del Derecho penal de adolescentes*

El hecho de que este tipo de los adolescentes muy rara vez protagonicen auténticos episodios de violencia instrumental homicida puede explicar que una de las propuestas que se dirigieron a la *Law Commission* inglesa haya sido la de eliminar la distinción entre homicidio y asesinato respecto de los menores de edad, reconociendo tan sólo la figura de un “culpable homicide”, ante la cual se deje espacio al tribunal para graduar la pena atendiendo al grado de culpabilidad.<sup>104</sup>

---

<sup>103</sup> Que, de conformidad con la práctica judicial imperante, en este caso seguramente conduciría a castigar el hecho por “robo con homicidio” con una pena equivalente a la del homicidio calificado, por el solo hecho de que la muerte se haya producido “con ocasión” del robo, prescindiendo de que el motivo principal del homicidio no haya sido el ánimo de lucro.

<sup>104</sup> Ashworth, A., cit. n. 2, p. 182.

Ahora bien, dado que esa distinción no se ha eliminado, una interpretación restrictiva de las calificantes, que sólo las reconozca en hipótesis que realmente ostenten una reprobabilidad incrementada por la actitud subjetiva del agente debería conducir a afirmarlas en situaciones muy excepcionales.

Adicionalmente, dos consideraciones específicas del derecho penal de adolescentes abonan esta consecuencia.

La primera, que es una de las principales exigencias de la “especialidad” del derecho penal de adolescentes, se refiere al principio de que la privación de libertad de adolescentes debe ser un último recurso, que se aplique por el menor tiempo posible. Ese principio dispone que sólo ante crímenes que revelen una culpabilidad muy elevada debe imponerse una sanción de encierro; y que su duración no puede ser muy extensa si la culpabilidad no es excepcionalmente grave. Pues bien, aplicar este principio en el contexto de un sistema de determinación de sanciones penales de adolescentes que, en hipótesis de homicidios calificados, necesariamente lleva a imponer sanciones de encierro y de la duración más alta posible para un sujeto de esa edad,<sup>105</sup> justamente debe abonar la tesis de una interpretación muy restrictiva de las calificantes del homicidio, cuya consecuencia sea la de reservar su calificación como asesinato para casos excepcionales, que claramente constituyan hipótesis de violencia instrumental o depredadora. Esta exigencia de que la aplicación de las instituciones y normas del derecho penal general en el marco del derecho penal de adolescentes tenga lugar con las adaptaciones necesarias para insertarse armónicamente dentro de los principios y fines especiales de este sub-sistema (como la evitación del encierro, y, más aun, del encierro muy prolongado), ha sido respaldada por la jurisprudencia de la Corte Suprema,<sup>106</sup> incluso con referencia a las circunstancias modificatorias de responsabilidad<sup>107</sup> (varias de las cuales materialmente coinciden con las calificantes del homicidio).

La segunda consideración, que es consecuencia de lo que se ha denominado la especialidad del “juzgamiento” o enjuiciamiento penal de adolescentes, se refiere a la exigencia de que, en la interpretación de los preceptos que determinan el injusto penal cometido, sobre todo los que contienen elementos subjetivos del delito, la consideración de las estructuras motivacionales típicas de los adolescentes – o de ciertos contextos de vida de ciertos grupos

---

<sup>105</sup> V. *supra.* n. 1.

<sup>106</sup> V. sobre todo, SCS Rol N° Rol N° 4419-13, de 17/09/2013 (considerando 7°): “la Ley N° 20.084 viene a consagrar una categoría más sofisticada que un mero cúmulo de preceptos reunidos en un mismo texto y que aborda una materia común, sino que se eleva como un nuevo conjunto de reglas y principios estructurados y enlazados entre sí por valores, fines y una lógica inspiradora sustancialmente diversa a la que informa el sistema penal de adultos. [...] De esa manera, será un desacierto recurrir mecánica e irreflexivamente a todas las instituciones regladas en el Código Penal y demás leyes especiales, que la Ley N° 20.084 no trata expresamente o cuya aplicación no descarte de manera explícita, pues el intérprete, más aún el judicial, debe también verificar si la materia regulada por el precepto dubitado va a colmar o complementar un área que requiere integración a la luz de los principios y postulados que rigen el sistema de responsabilidad penal adolescente [...]”

<sup>107</sup> *Ibid.* (considerando 8°): “Que lo hasta ahora razonado debe proyectarse también a la interpretación, en el seno del derecho penal de adolescentes, de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal”, si bien refiriéndose aquí, más bien, a la necesidad de derechamente excluir las agravantes que no resulten compatibles con los principios y fines del derecho penal de adolescentes.

de adolescentes – deben ser tenidas en cuenta al momento de realizar la subsunción,<sup>108</sup> algo que ya fue advertido hace tiempo, por ejemplo, por la dogmática alemana especializada en el derecho penal de adolescentes.<sup>109</sup> De nuevo, ello abona la tesis conforme a la cual, la perspectiva evolutiva y el contexto psicosocial de la agresividad de los adolescentes necesariamente lleva a descartar las calificantes del asesinato en la generalidad de los casos, reservando esa calificación para hipótesis muy excepcionales.

La práctica judicial nacional, que en otras materias ha asumido la especialidad del derecho penal de adolescentes, lamentablemente no parece haber reconocido la necesidad de un juicio especializado, atento a las particularidades de las estructuras motivacionales de los adolescentes, cuando su comportamiento revela notas de agresividad reactiva<sup>110</sup> o se produce en el contexto de interacciones y códigos culturales especialmente violentos.<sup>111</sup>

---

<sup>108</sup> Couso, J., en Couso/Duce, *Juzgamiento Penal de Adolescentes*, LOM, Santiago, 2013, pp. 301 y ss., 419 y ss. V., también, Hernández, H., “El nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su teoría del delito”, *Revista de Derecho (valdivia)*, Vol. XX - N° 2 - Diciembre 2007 Páginas 195-217, 214-215, específicamente sobre las circunstancias agravantes: “[e]n cuanto a las circunstancias agravantes, la singularidad de la situación del agente impone también una revisión cuidadosa de los presupuestos bajo los cuales éstas pueden tener aplicación en el derecho penal de adolescentes [...]”, advirtiendo que “[s]i bien algunas de estas circunstancias están establecidas en términos objetivos, no puede negarse racionalmente que lo que se reprocha con mayor severidad es precisamente una actitud subjetiva de desprecio por ciertos valores que trascienden al disvalor propio de la comisión delictiva y que tienen nítidamente un referente cultural de cierto nivel de sofisticación [...] ineludiblemente asociadas a un proceso de socialización e internalización de valores que en el caso de adolescentes no está terminado, de modo que faltarían las bases cognitivas y, con ello, de legitimación de un tratamiento penal más severo”.

<sup>109</sup> Eisenberg, U., cit. n. 11, p. 23; v. él mismo, cit. n. 9, § 1 nm 24 g, con referencias a la jurisprudencia del Tribunal Supremo federal alemán, relativamente más restrictiva que para mayores de edad; Albrecht, P.-A., cit. n. 12, p. 94.

<sup>110</sup> V. por ejemplo, la SCA de Puerto Montt, Rol N° 390-2016, de 17/10/2016, que afirma la alevosía en el imputado adolescente, aun reconociendo que el homicidio se produjo en el contexto de una riña, porque el autor adolescente “aprovechando que la víctima se defendía o peleaba con otras dos personas, lo atacó por la espalda dándole muerte con un arma blanca después de asestarle tres heridas [...] sin que su víctima estuviese en condiciones de oponer resistencia alguna”, imputación de la que, lógicamente, el autor sólo podría haberse librado si, al momento de resolver realizar el ataque mortal, hubiese llamado la atención de la víctima para permitirle oponer resistencia. V., también la Sentencia del TOP de Valdivia, RIT 145-2015, de 7/10/15, que afirma la alevosía, en el homicidio de una tía abuela en el contexto de una agría disputa entre ésta y su hijo (tío del autor), por una parte, y su propia abuela, su madre y él, por la otra, debida a diferencias sobre unas obras que los segundo iniciaron en la casa que las dos familias compartían, y que se tradujo en amenazas recíprocas e, inmediatamente antes del ataque, una humillante agresión verbal de la víctima contra el adolescente (quien le espetó que le decía que “era un huacho”, que “su madre era puta”, “no tenía padre”, “era vago”, “que lo despreciaba su familia”), quien fuera de sí salió persiguiendo con un hacha a su tía abuela, a quien golpeó, haciéndola caer, para luego – cuando se encontraba en el suelo – asestarle un golpe mortal con el hacha en la cabeza. En ambos casos, la dinámica fuertemente cargada, en la que se adivina la extrema sensación de alerta (en el primer caso) y excitación emocional (segundo caso) de los autores, no fue considerada por el tribunal, pese a que hace muy dudosa la presencia de un “ánimo alevoso” (escoger deliberadamente el momento y modo del ataque porque precisamente favorecen la indefensión), como “motivo dominante en la consciencia” al decidir realizar la acción homicida. Contrasta ello con el rechazo de la alevosía, respecto de un acusado mayor de edad, por ejecutarse la agresión en el contexto de una riña, sin “ánimo alevoso” (pese a la objetiva indefensión de la víctima, ya derribada, en el suelo), decidido por la SCA de Valparaíso, Rol N° 132 – 2011, de 22/02/2011, cit. n. 102.

<sup>111</sup> V. la Sentencia del TJOP de Osorno, RUC:1400656649-K (RIT:60-2015), de 27/05/2015, que condena por homicidio con ensañamiento, a un adolescente de 15 años, sin ningún contacto previo con la justicia, y a quien su padre (con historial delictivo relevante, y de quien su madre recientemente se había separado por

*Peritaje sobre las estructuras motivacionales*

Es altamente plausible que la dificultad de los tribunales para atender a las particulares estructuras motivacionales presentes en un adolescente que mata en buena medida se explican por desconocimiento o falta de comprensión de tales fenómenos. Ello puede dar cuenta de la necesidad de contar con conocimiento experto al respecto, cuando los litigantes no puedan, directamente, llamar la atención al respecto, en los casos más “simples”.

La sospecha o la existencia de indicios acerca de la presencia de estructuras motivacionales propias de los adolescentes (como las que caracterizan la agresividad reactiva o los contextos de grave amenaza al estatus en barrios o interacciones especialmente peligrosas), que pueden negar o hacer dudar razonablemente de que en una conducta homicida perpetrada por un adolescente se haya verificado aquel *plus* subjetivo que califica un homicidio como un asesinato, puede hacer necesario el recurso a peritajes psiquiátricos o psicológicos, pues la exploración de tales estructuras motivacionales puede representar para el juez sin formación psicológica una sobre-exigencia difícil de enfrentar.<sup>112</sup> Por lo demás, el recurso a peritajes está sobre todo justificado en casos en que el adolescente arriesga una condena muy severa, a (varios años de) privación de libertad.<sup>113</sup>

Ello no supone en caso alguno relevar a la acusación de la carga de argumentar la presencia de la circunstancia calificante, incluida su dimensión subjetiva. De modo que el tribunal perfectamente podrá descartar, sin la necesidad de peritaje alguno, la circunstancia calificante cuando, pese a presentarse los aspectos objetivos relevantes (indefensión o mayor sufrimiento de la víctima, una ganancia pecuniaria para el autor, transcurso de tiempo entre la decisión y la ejecución), no haya evidencias sobre la presencia de la dimensión subjetiva que todas ellas requieren.

El peritaje sólo será necesario en los “casos difíciles”, que se presentan más bien, como lo ejemplifica el análisis de la motivación de Richard que tuvo lugar en el juicio seguido por el “caso de la denuncia” – o el de la de Jonas, en el “caso del asaltante en peligro” – cuando pese a la presencia del móvil o disposición subjetiva requerida por la calificante, existan indicios que puedan hacer dudar del peso específico que esos móviles tuvieron en el homicidio concretamente perpetrado, frente a otros móviles que también estuvieron presentes y que parecen explicar de modo preponderante el hecho, o dudas sobre la “capacidad de dominio” del autor adolescente – alcoholizado o afectado por una fuerte emoción sobre la

---

violencia conyugal y contra sus hijos – incluido el autor adolescente), indujo una noche en la que bebían junto a unos conocidos en casa, a participar con él en los tormentos infligidos a uno de éstos para obtener que revelara la clave de su tarjeta bancaria, de modo de obtener así dinero para más trago. El tribunal no consideró seriamente la posibilidad de que el temor reverencial frente a un padre así de sádico (o aun la ansiedad por no devaluar su imagen frente a él, quedando como un cobarde y débil) haya sido un motivo dominante para el comportamiento del hijo (además, alcoholizado), por lo menos al punto de hacer dudar de que también en el adolescente haya estado presente un “desdoblamiento de la voluntad” que lo haya determinado a participar en la decisión de escoger para la víctima una muerte más dolorosa.

<sup>112</sup> Lempp, Reinhart, “Zur Psychopathologie scheinbar unverständlicher Tötungsdelikte von Jugendlichen und Heranwachsenden“, en Kerner/Kaiser (Eds), *Kriminalität*, Springer, Berlin – Heidelberg, 1990, pp. 265-273, 265; Albrecht, cit. n. 12, p. 94.

<sup>113</sup> Albrecht, *ibíd.*, p. 324.

circunstancia calificante. Si una lección puede sacarse de la exigencia que el derecho alemán hace, en el sentido de que el móvil calificante haya sido el “motivo dominante en la consciencia” del autor al momento del hecho, es que es perfectamente posible que en el hecho concurra una “mezcla de motivos” (*Motivbündel*) cuya comprensión requiere un análisis experto a la hora de discernir si el hecho estuvo co-determinado (*mitbestimmt*) – en la consciencia del autor – por motivaciones condicionadas por conflictos propios de la fase de desarrollo adolescente. Lo mismo puede decirse de los casos en que en el adolescente parecen faltar la comprensión sobre la significación especialmente grave que al hecho le imprime la circunstancia calificante – que en principio sí concurre – o la capacidad de dirigir su comportamiento a partir de ella.