



Universidad de Chile  
Facultad de Derecho  
Departamento de Ciencias Penales

**El concepto de rehabilitación en materia penitenciaria: análisis de su consagración en las constituciones sudamericanas y su congruencia con la normativa internacional.**

Memoria para optar al grado de licenciada en ciencias jurídicas y sociales

**María Fernanda Muñoz Rojas**

Santiago, Chile

Abril, 2019

**Profesora guía: Álvaro Castro Morales**



## TABLA DE CONTENIDOS

<b>Resumen.....</b>	<b>7</b>
<b>Introducción.....</b>	<b>9</b>
<b>Primer capítulo. Marco teórico: concepto de rehabilitación a lo largo del tiempo.....</b>	<b>13</b>
1. Análisis histórico y teórico del concepto de rehabilitación.....	14
1.1. Conceptos de rehabilitación utilizados en la historia penitenciaria.....	15
1.1. Conceptos de rehabilitación utilizados en la historia penitenciaria.....	17
1.1.1. Concepto penitenciario de rehabilitación.....	17
1.1.2. Rehabilitación como tratamiento o modelo médico.....	18
1.1.3. Rehabilitación como aprendizaje social.....	19
1.1.4. Modelo de rehabilitación orientado a derechos.....	20
1.2. Dos conceptos teóricos de rehabilitación.....	22
1.2.1. Concepto autoritario.....	22
1.2.2. Concepto humanista o antropocéntrico.....	23
1.2.3. Opinión personal.....	24
1.3. Diferencias entre rehabilitación, reforma, resocialización, reintegración y reeducación...	25
2. Análisis dogmático del principio de rehabilitación: relación entre rehabilitación y castigo.....	27
2.1. Rehabilitación como fin de la pena.....	27
2.2. Rehabilitación como castigo.....	28
2.3. Rehabilitación como fin del sistema penitenciario y/o de la ejecución de la pena.....	29
2.4. Rehabilitación como alternativa al castigo.....	30
3. Conclusiones del marco teórico.....	30
<b>Segundo capítulo. El principio de rehabilitación en la normativa internacional.....</b>	<b>33</b>
1. Análisis de las principales orientaciones de los instrumentos internacionales en torno al principio de rehabilitación.....	34
1.1. Expresiones utilizadas por la normativa internacional para hacer referencia al principio de rehabilitación.....	34

1.2. Relación entre castigo y rehabilitación: contexto de la consagración del principio de rehabilitación en el derecho internacional.....	35
1.3. Tipos de pena respecto de los cuales se establece el principio de rehabilitación en la normativa internacional.....	37
1.4. Orientaciones relativas a un estándar humanista de rehabilitación en la normativa internacional.....	39
1.4.1. Consagración de condiciones o derechos básicos tendientes a la evitación de los efectos nocivos del castigo.....	39
1.4.2. Pena privativa de libertad como último recurso.....	41
1.4.3. Noción de oportunidad o consentimiento de los ofensores en relación con las medidas resocializadoras que les son aplicables.....	41
2. Resultado del análisis: lineamientos generales del derecho internacional relativos al principio de rehabilitación.....	42
<b>Tercer capítulo. Análisis del concepto de rehabilitación utilizado por las constituciones sudamericanas y de su congruencia con los principales lineamientos establecidos por el derecho internacional al respecto.....</b>	<b>45</b>
1. Análisis del concepto de rehabilitación utilizado por las constituciones sudamericanas: tendencias en la consagración del principio de rehabilitación.....	45
1.1. Consagración explícita del principio de rehabilitación por parte de las constituciones sudamericanas.....	45
1.2. Expresiones utilizadas por las constituciones sudamericanas para referirse al principio de rehabilitación.....	48
1.3. Relación entre rehabilitación y castigo en las constituciones sudamericanas.....	49
1.4. Tipo de penas respecto de las cuales las constituciones sudamericanas consagran el principio de rehabilitación.....	51
1.5. ¿A qué concepto o modelo de rehabilitación adscriben las constituciones sudamericanas?	52
2. Análisis del cumplimiento de la normativa internacional por parte de las constituciones sudamericanas.....	54
2.1. Forma de consagración del principio de rehabilitación.....	55

2.2.	Consagración de la rehabilitación como un principio orientador de la ejecución de la pena.	55
2.3.	Consagración del principio de rehabilitación respecto de todo tipo de penas.....	56
2.4.	Consagración de elementos propios de un concepto humanista o antropocéntrico de rehabilitación.....	56
	<b>Conclusiones .....</b>	<b>59</b>
	<b>Bibliografía .....</b>	<b>63</b>



## RESUMEN

Uno de los principios más relevantes en materia de ejecución de la pena es el de la rehabilitación. Buena parte de los instrumentos internacionales sobre materias penitenciarias y de los textos constitucionales a nivel mundial contienen algún tipo de lineamiento o definición sobre este principio. Sin embargo, la determinación de su contenido específico y la identificación del modelo o concepto de rehabilitación predominante en textos normativos internacionales y regionales son cuestiones que permanecen abiertas. En el caso de Chile, el análisis de estos puntos tiene particular importancia. Esto, debido a la inexistencia de una norma constitucional que determine el fin al cual debe estar orientado el castigo penal y/o los estándares mínimos de ejecución de la pena en relación con el principio de rehabilitación. En este sentido, el estudio de la postura que han adoptado el resto de las constituciones sudamericanas sobre el principio de rehabilitación en materia penitenciaria y/o penal, podría resultar útil para orientar el camino constitucional y normativo en torno a la ejecución del castigo en Chile. Para lograr el objetivo propuesto, en este trabajo se examina el concepto de rehabilitación en términos históricos –en base a los modelos de rehabilitación descritos por Edgardo Rotman en su libro *Beyond Punishment* (1990)– y dogmáticos. Luego, en base al marco teórico descrito, se analiza el concepto de rehabilitación utilizado por la normativa internacional, así como el modelo de rehabilitación al que han adscrito las cartas fundamentales sudamericanas. Finalmente, se ahonda en el cumplimiento de los estándares internacionales por parte de las constituciones sudamericanas.





## INTRODUCCIÓN

Uno de los principios más relevantes en materia de ejecución de la pena es el de la rehabilitación<sup>1</sup>. Buena parte de los instrumentos internacionales sobre materias penitenciarias y de los textos constitucionales a nivel mundial contienen algún tipo de lineamiento o definición en relación con esta materia. Sin embargo, ¿cuál es su importancia a nivel constitucional?, ¿qué relación existe entre su recepción en el derecho internacional y su incorporación en las constituciones?, y, sobre todo, ¿qué implica realmente este principio?

A nivel comparado, el estudio de la consagración constitucional del principio de rehabilitación se ha centrado mayoritariamente en el análisis de la extensión o contenido del derecho a la rehabilitación y/o el principio de rehabilitación como finalidad de la pena. Esta ha ocurrido, por ejemplo, en el caso de las constituciones de España e Italia<sup>2</sup>. Otros estudios se han centrado en examinar la posibilidad de desprender la rehabilitación como fin de la pena a partir de normas constitucionales más amplias, como ha ocurrido en Alemania con el análisis de la jurisprudencia del tribunal constitucional relativa al artículo 20.1 de la Ley Fundamental de dicho país<sup>3</sup>. Pese a estas experiencias, y a la tendencia que existe en Sudamérica de replicar los esquemas de estudios legales que se desarrollan en países como los mencionados, en la región no existen trabajos que se centren en el análisis del concepto o contenido del principio de rehabilitación recogido por las cartas fundamentales.

Por lo anterior, el presente trabajo tiene como objetivo realizar un análisis exploratorio en torno al contenido y recepción del concepto de rehabilitación utilizado en las cartas fundamentales de Sudamérica. A su vez, se indaga en la manera en que los textos constitucionales de los países de la región cumplen o no con los estándares y lineamientos relativos al principio de rehabilitación consagrados en diversos instrumentos internacionales.

---

<sup>1</sup> ARÉVALO, Javier; ORTIZ QUIROGA, Luis, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2013, pp. 565 y ss.

<sup>2</sup> “Así por ejemplo, la Constitución italiana de 1948, en su artículo 27, y en su correlativo artículo 25, la Constitución española de 1978, proclaman de modo expreso la resocialización como fin de la pena”. TIEDEMANN, Klaus, “Constitución y Derecho penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 33 (1991), pp. 145 y ss., p. 146.

<sup>3</sup> “(...) es el Código Penal alemán el que establece, en su artículo 46, la importancia de la resocialización como finalidad de las penas privativas de libertad. El asunto pierde por ello gran parte de su interés constitucional, pero no todo, puesto que incidentalmente el Tribunal Constitucional Federal se ha pronunciado acerca de este principio, dotándolo cierto rango constitucional. Aparte de ello, no faltan los autores que justifican la resocialización en el principio de Estado Social contenido en el art. 20.1 LF”. URÍAS, Joaquín, “El valor constitucional del mandato de resocialización”, *Revista española de derecho constitucional*, n° 63 (2001), pp. 43-78, p. 54.

El interés en el estudio de cuerpos normativos constitucionales se basa en que, idealmente, la constitución de una nación refleja una determinada y concreta configuración del Estado. La constitución representa las decisiones políticas adoptadas por la comunidad en aspectos como la forma del sistema político o el reconocimiento de derechos fundamentales<sup>4</sup>. Sin embargo, aunque las cartas fundamentales tengan cierta capacidad para informar la realidad de una nación, la brecha existente entre las directrices constitucionales y las políticas públicas que rigen en la práctica responde a una pregunta de naturaleza empírica respecto de la cual existe permanente debate en ciencias políticas y sociales. Este trabajo no pretende analizar las diferencias existentes entre la realidad penitenciaria y las directrices constitucionales. Lo que busca es generar una base que permita, a partir del estudio de las constituciones, determinar los diferentes parámetros existentes en relación con el principio de rehabilitación en el ámbito penitenciario.

En el caso de Chile, el análisis tiene particular importancia. Esto, debido a la inexistencia de una norma constitucional o de jerarquía legal que determinen el fin al cual debe estar orientado el castigo penal y/o los estándares mínimos de ejecución de la pena en relación con el principio de rehabilitación. En este sentido, el análisis de la postura que han adoptado el resto de las constituciones sudamericanas sobre el principio de rehabilitación en materia penitenciaria y/o penal<sup>5</sup>, podría resultar útil para orientar el camino constitucional y normativo en torno a la ejecución del castigo en Chile, sobre todo en el contexto del debate para una nueva constitución que se ha ido desarrollando, con mayor o menor intensidad, en los últimos años en nuestro país.

Para lograr el objetivo propuesto, en el primer capítulo de este trabajo se analizará el concepto de rehabilitación en términos históricos y dogmáticos.

En términos históricos, se utilizarán las nociones de rehabilitación descritas por Edgardo Rotman en su libro *Beyond Punishment* (1990). Rotman identificó, a lo largo de la historia penitenciaria, cuatro usos o conceptualizaciones del principio de rehabilitación: un concepto penitenciario, un concepto médico o centrado en el tratamiento, un concepto ligado al aprendizaje social, y finalmente, un concepto centrado en los derechos de los ofensores. Sobre la base de esta descripción y al contenido que la rehabilitación fue adoptando a lo largo del tiempo, Rotman además realizó una distinción teórica entre un concepto

---

<sup>4</sup> Según Carl Schmitt, en un sentido positivo, la constitución determina la forma por la cual se configura la unidad política. Al respecto, véase SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid: Alianza Editorial, 1996, pp. 45 y ss.

<sup>5</sup> Aunque el objeto del análisis se centra en la determinación del concepto de rehabilitación en materia penitenciaria, de aquí en adelante se hará referencia a dicho principio tanto en materia penal como penitenciaria dado que, como se verá, éste puede ser entendido como un fin de la imposición de la pena (en materia penal), y también como una orientación de las políticas aplicadas por el Estado en la ejecución de la pena (en materia penitenciaria).

autoritario de rehabilitación, en base al cual la rehabilitación constituiría una técnica para modelar al ofensor y asegurar su adaptación a un modelo prediseñado de comportamiento, y un concepto humanista o antropocéntrico de rehabilitación, esto es, uno en que la rehabilitación es entendida como un derecho a evitar las consecuencias perniciosas que implicaría el castigo, especialmente la cárcel.

Adicionalmente, la rehabilitación en materia penitenciaria y/o penal ha sido asimilada a diversos otros conceptos, como reforma, resocialización, reintegración y reeducación. Como se explicará en el primer capítulo de este trabajo, si bien buena parte de la literatura y las legislaciones tienden a utilizar estas palabras como sinónimos, algunos autores han establecido diferencias entre estas nociones a partir del uso que se les ha otorgado en la práctica, tanto a nivel dogmático como legislativo.

Por otra parte, en términos de dogmática penal, la determinación del contenido que se le ha otorgado al principio de rehabilitación se encuentra intrínsecamente ligada a la relación entre rehabilitación y castigo. En el estudio del derecho penal es usual encontrar una asociación intuitiva entre el concepto de rehabilitación y la teoría de la prevención especial positiva<sup>6</sup>. Con todo, más allá del análisis de la rehabilitación como fin de la pena, este trabajo pretende identificar las diferentes relaciones que es posible establecer entre rehabilitación y castigo. En este sentido, cabe adelantar que la rehabilitación podría ser entendida como una función o finalidad del castigo, como un castigo propiamente tal, como una finalidad de las políticas públicas aplicadas por el Estado en la etapa de ejecución de la pena o como una alternativa al castigo.

Una vez determinadas las principales diferencias históricas y teóricas de los diferentes conceptos de rehabilitación, en el segundo capítulo de este trabajo se examinarán los instrumentos internacionales relevantes que han consagrado de alguna u otra forma el principio de rehabilitación en el ámbito penitenciario y/o penal. Este capítulo tendrá como objetivo definir las orientaciones generales que han establecido los principales cuerpos normativos internacionales sobre la materia. Dicho ejercicio resulta relevante, pues constituye una de las bases en virtud de la cual se desarrollará el siguiente capítulo.

Como último capítulo se analizará la forma en que las constituciones sudamericanas han consagrado el principio de rehabilitación, considerando los conceptos e ideas desarrollados en el marco teórico. Para esto, y atendiendo al objetivo de este trabajo, se examinarán las cartas fundamentales de Argentina,

---

<sup>6</sup> Bajo esta teoría, se entiende que el castigo se fundamenta en la posibilidad de que sirva para la rehabilitación o reinserción del condenado en la sociedad.

Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela<sup>7</sup>. Se abordarán las diversas variables y elementos que permiten determinar su cercanía a un determinado concepto o modelo de rehabilitación. Adicionalmente, y a partir del análisis realizado en el segundo capítulo, se examinará si las cartas constitucionales sudamericanas cumplen los estándares establecidos internacionalmente en torno al principio de rehabilitación.

---

<sup>7</sup> Se excluyen del análisis las constituciones de Guyana y Surinam, por ser los únicos países de Sudamérica cuyo idioma oficial no es el español o el portugués.

## PRIMER CAPÍTULO. MARCO TEÓRICO: CONCEPTO DE REHABILITACIÓN A LO LARGO DEL TIEMPO.

En la literatura comparada, el estudio del principio de rehabilitación<sup>8</sup> usualmente se ha desarrollado en el marco de las teorías que intentan explicar los fines de la pena<sup>9</sup>. Al respecto, tradicionalmente se ha distinguido entre teorías absolutas o retributivas y relativas o preventivas sobre los fines de la pena<sup>10</sup>. Dentro de estas últimas, la teoría de la prevención especial positiva es aquella que sostiene que el castigo se fundamenta en la posibilidad de que sirva para la rehabilitación o reinserción del condenado en la sociedad. Sin embargo, el estudio de la rehabilitación en el marco de dicha teoría se ha limitado a explicar por qué ésta debe ser considerada el fin último de la pena, sin indagar específicamente en qué significa rehabilitar. Por ello, no es sorprendente que esta teoría haya sido objeto de controversia permanente, dado que el concepto de rehabilitación siempre ha sido notablemente elástico y disputado<sup>11</sup>.

Frente a esta ausencia de desarrollo doctrinario, el estudio de las variaciones que ha sufrido el término rehabilitación a lo largo del tiempo en el ámbito penitenciario resulta extremadamente útil de cara al análisis del concepto de rehabilitación incorporado en las constituciones vigentes en Sudamérica. A continuación, se desarrolla un marco teórico en el que se da cuenta, en primer lugar, de un análisis histórico y teórico del uso de este concepto en materia penitenciaria y/o penal y, en segundo lugar, un análisis de las diferentes relaciones que es posible establecer entre rehabilitación y castigo.

---

<sup>8</sup> De aquí en adelante se utilizará la expresión “rehabilitación”, dado que el marco teórico planteado en este trabajo gira en torno a dicha expresión. Lo anterior no obsta a la existencia de expresiones más modernas para referirse al mismo principio y que serán examinadas posteriormente.

<sup>9</sup> Por otra parte, a nivel constitucional, el estudio de este principio se ha centrado en el contenido del derecho a la rehabilitación en el caso en que así esté consagrado en textos legales específicos. Un ejemplo de esto es el amplio desarrollo doctrinario en torno al derecho a la reinserción consagrado en el 25.2 de la Constitución española y al significado de los conceptos de “reinserción social y reeducación” utilizados por dicho precepto legal. Así, por ejemplo, véase: URÍAS, Joaquín, “El valor constitucional”, cit. nota n° 3. Al respecto, también se ha señalado que el principio de resocialización recogido por el artículo 25.2 de la constitución española no excluye las demás funciones de prevención general y especial a las que puede apuntar el castigo. Al respecto, véase: MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, 8ª Ed., Barcelona: Reppertor, 2006, p. 108.

<sup>10</sup> Las teorías absolutas son aquellas que establecen una independencia entre la pena y su efecto social. En contraposición, las teorías relativas se encuentran ligadas al efecto de la pena en la comunidad, especialmente el de prevención de delitos. Usualmente se sostiene que la teoría de la retribución es absoluta, mientras que las teorías preventivas, tanto en sus variantes generales y especiales serían parte de las teorías relativas de la pena. En: ROXIN, Claus, *Derecho penal: Parte general, Tomo I, Fundamentos: la estructura de la Teoría del Delito*, Trad. y notas, M. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, DÍAZ Y GARCÍA, Diego, y DE VICENTE, Javier, Madrid: Editorial Civitas, 1997, pp. 82 y 85.

<sup>11</sup> MCNEILL, Fergus, “Four forms of 'offender' rehabilitation: towards an interdisciplinary perspective”, *Legal and Criminological Psychology*, vol. 17, n° 1 (2012), pp. 18-36, p. 7. Asimismo, Mir Puig ha señalado que el concepto de resocialización ha sido criticado por considerarse excesivamente ambiguo y falto de concreción. MIR PUIG, Santiago, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, 8ª Ed., Barcelona: Ariel, 1994, p. 143.

## 1. Análisis histórico y teórico del concepto de rehabilitación.

Los dispositivos institucionales propios del Estado de bienestar o “*welfarismo penal*”<sup>12</sup> que identificaron el campo penal desde la década de 1890 hasta 1970 se caracterizaron por entender que el objetivo primordial de la pena debía estar encaminado hacia la corrección individual o resocialización de los infractores<sup>13</sup>.

Sin embargo, para fines de la década de 1970, se produjo un debilitamiento repentino de la rehabilitación como objetivo de las instituciones penales. El “declive del ideal de la rehabilitación” anunciado por Francis Allen en 1981, que fuera descrito por Garland de manera más cautelosa como el “debilitamiento en las intervenciones de la justicia penal de argumentos correccionistas y welfaristas”<sup>14-15</sup> o “de una reducción del énfasis puesto en la rehabilitación como objetivo de las instituciones penales”<sup>16</sup> no eliminó por completo la presencia ni influencia de este ideal en el ámbito penitenciario<sup>17</sup>. De hecho, poco más de una década después del apocalíptico anuncio de su declive, el ideal rehabilitador comenzó a sufrir un importante resurgimiento y, para fines de la década de los 90, ya éramos testigos de un renovado compromiso rehabilitador en el escenario penal<sup>18</sup>.

Con todo, el renacimiento del principio de rehabilitación no estuvo acompañado por el intento de clarificar dicho concepto. De hecho, lo que se vio fue una proliferación de nuevos términos relacionados con la rehabilitación sin lograr un entendimiento común acerca de lo que realmente significa rehabilitar<sup>19</sup>.

El punto anterior plantea una cuestión esencial, y es que, “*sino podemos señalar lo que la rehabilitación es, entonces ¿cómo podemos comenzar a analizar su resurgimiento?, o más aún, ¿cómo podemos juzgar si ésta es efectiva, o justa, o humana?*”<sup>20</sup>. De la misma manera, ¿cómo determinamos qué noción de “rehabilitación” fue la que tuvo su declive en 1970? ¿Se trata de la misma rehabilitación que resurgió a

---

<sup>12</sup> Esta es la expresión utilizada por Garland para hacer referencia a una serie de características institucionales que permearon el sentido común de autoridades políticas, académicos y políticos del campo penal de dicha época, al menos en Estados Unidos y Gran Bretaña. En: GARLAND, David, *La Cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona: Gedisa, 2005, p. 35.

<sup>13</sup> CUNEO NASH, Silvio, *El Encarcelamiento Masivo*, Buenos Aires: Ediciones Didot, 2017, p. 144.

<sup>14</sup> GARLAND, David, David, *La Cultura*, cit. nota n° 12, p. 41.

<sup>15</sup> Según Garland, el welfarismo penal se habría basado desde sus comienzos, a fines del siglo XIX, en dos axiomas relevantes: (i) la evidencia de que la reforma social, junto con la afluencia económica, eventualmente reduciría la frecuencia del delito; y, que, (ii) el Estado es responsable de la asistencia a los delinquentes tanto como de su castigo y control. GARLAND, David, *La Cultura*, cit. nota n° 12, p. 88.

<sup>16</sup> GARLAND, David, *La Cultura*, cit. nota n° 12, p. 41.

<sup>17</sup> GARLAND, David, *La Cultura*, cit. nota n° 12, p. 279.

<sup>18</sup> RAYNOR, Peter; ROBINSON, Gwen, *Rehabilitation, crime and justice*, Basingstoke, UK: Palgrave Macmillan, 2005, p. 1.

<sup>19</sup> RAYNOR, Peter; ROBINSON, Gwen, *Rehabilitation*, cit. nota n° 18, p. 3 y MIR PUIG, Santiago, *El Derecho penal*, cit. nota n° 11, p. 143.

<sup>20</sup> Traducción libre de RAYNOR, Peter; ROBINSON, Gwen, *Rehabilitation*, cit. nota n° 18, p. 3

finés de la década de los 90?, y finalmente, sin claridad acerca de su contenido a lo largo de estas diferentes épocas, ¿bajo qué parámetros podemos analizar la gran cantidad de cartas constitucionales y normas penales que hoy en día consagran este ideal como principio orientador en materia penitenciaria y/o penal?

Para resolver algunas de estas preguntas, vale la pena revisar los cuatro conceptos de rehabilitación descritos por Edgardo Rotman en su libro *Beyond Punishment*. Considerando esta obra y la de otros autores que después de Rotman han hecho un esfuerzo por sistematizar la definición de rehabilitación, a continuación se describen, en primer lugar, cuatro usos históricos de este concepto, y en segundo lugar, la distinción teórica realizada por Rotman entre un concepto autoritario y un concepto humanista o antropocéntrico de rehabilitación.

### **1.1. Conceptos de rehabilitación utilizados en la historia penitenciaria.**

Al menos en el ámbito de la justicia criminal, el primer uso de la palabra rehabilitación se encontraría en el derecho francés de la segunda mitad del siglo XVIII<sup>21</sup>. En éste, la rehabilitación daba cuenta de la anulación de una condena criminal o la eliminación de los antecedentes penales<sup>22</sup>. Un siglo después, Cesare Beccaria habría utilizado un concepto similar de rehabilitación (en este caso “reforma”), con base en el cual, ésta implicaría una forma de recalificar al individuo como sujeto de derecho<sup>23</sup>. Según McNeill, el concepto de rehabilitación al que se refería Beccaria correspondería a una concepción deontológica de rehabilitación, basada no en la maximización de la utilidad social, sino en la restauración de los deberes y derechos del condenado luego del cumplimiento de su condena<sup>24</sup>. De esta forma, McNeill diferencia entre esta variante deontológica de rehabilitación, de variantes utilitaristas de mismo concepto, como son las concepciones más conocidas en el estudio del derecho penal y las que fueron sistematizadas por Rotman en sus cuatro modelos<sup>25</sup>.

Al igual que la mayoría de los procesos históricos o sociológicos, los modelos de rehabilitación no se manifestaron de forma pura ni se desarrollaron a través de una uniformidad progresiva. Usualmente, la aparición de un nuevo modelo implicó una menor prevalencia de los modelos anteriores, sin dejar de

---

<sup>21</sup> ROBINSON, Gwen; CROW, Iain D, *Offender rehabilitation: Theory, research and practice*, Londres: Sage, 2009, p. 2.

<sup>22</sup> MCNEILL, Fergus, “Punishment as rehabilitation”, en: BRUINSMA, Gerben y WEISBURD, David (eds.), *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, Nueva York: Springer, 2014, pp. 4195-4206, p. 4

<sup>23</sup> FOUCAULT, Michel, *Vigilar y Castigar: el Nacimiento de la prisión*, 2ª Ed, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2008, p. 127.

<sup>24</sup> MCNEILL, Fergus, “Four forms”, cit. nota n° 7, p. 11.

<sup>25</sup> MCNEILL, Fergus, “Four forms”, cit. nota n° 7, p. 11

lado ciertos elementos o características de éstos últimos<sup>26-27</sup>. Lo anterior se debe, según Rotman, a que todos estos modelos pertenecen a la misma familia, están compuestos por elementos o responden a necesidades similares, por lo que solo difieren en los medios utilizados para lograr dichos objetivos y/o en los roles o facultades de los participantes de la relación penitenciaria<sup>28</sup>. Así, por ejemplo, los modelos de rehabilitación más antiguos se caracterizaron por otorgar poderes irrestrictos a las autoridades penitenciarias, mientras que, en modelos más contemporáneos, la participación del recluso se vuelve un elemento central del proceso de rehabilitación<sup>29</sup>.

En este punto resulta importante prevenir que, si bien las conceptualizaciones delineadas por Rotman se basan en las características de los modelos de rehabilitación imperantes con mayor o menor intensidad en determinadas épocas (principalmente en las cárceles de Estados Unidos y Reino Unido), éstas distan de dar una respuesta magistral sobre lo que realmente significó, en la práctica, “rehabilitar” en las cárceles de diversos lugares del mundo, y en distintas épocas<sup>30</sup>. Lo anterior, dado que ésta es una materia que ha suscitado un amplio debate en la literatura –mayormente a partir del estudio del apogeo y declive del ideal resocializador en Estados Unidos entre la década de 1950 a 1970– y sobre la que no existe un total acuerdo<sup>31</sup>. Por otra parte, las realidades carcelarias de cada país son sumamente distintas, por lo que no es posible asegurar la adscripción irrestricta de un modelo en específico, a nivel global, en una época determinada. No obstante, los cuatro modelos descritos por Rotman otorgan ciertas nociones sobre los conceptos de rehabilitación que fueron más o menos aceptados en periodos determinados, lo que constituye un marco conceptual relevante desde el cual pueden analizarse múltiples concreciones de las ideas asociadas a la rehabilitación, y en particular, para el objeto de este trabajo, el contenido de textos normativos<sup>32</sup>.

---

<sup>26</sup> ROTMAN, Edgardo, *Beyond punishment: A new view on the rehabilitation of criminal offenders*, Westport, CT: Greenwood Press, 1990, p. 4.

<sup>27</sup> Como señala Garland: “[l]a historia no es la sustitución de lo viejo por lo nuevo, sino la modificación más o menos amplia de lo primero por lo segundo.” GARLAND, David, *La Cultura*, cit. nota n° 12, p. 276.

<sup>28</sup> ROTMAN, Edgardo, *Beyond punishment*, cit. nota n° 26, p. 4.

<sup>29</sup> ROTMAN, Edgardo, *Beyond punishment*, cit. nota n° 26, p. 5.

<sup>30</sup> De hecho, “[e]l rasgo más llamativo de la historia de la rehabilitación, sin embargo, es el abismo entre la aspiración teórica y su realización objetiva”. Traducción libre de ROTMAN, Edgardo, *Beyond punishment*, cit. nota n° 26, p. 22.

<sup>31</sup> Por ejemplo, en relación al auge del ideal rehabilitador en California entre 1950, y 1960, se ha sostenido que, en la práctica, el ideal rehabilitador nunca fue totalmente implementado, dado que “(...) desde el inicio los programas expresaron más que objetivos orientados al tratamiento. En particular, muchos administradores (usualmente entre los más fuertes promotores de la rehabilitación) no vieron el cambio, control o incluso castigo de los internos como objetivos mutuamente excluyentes”. Traducción libre de GOODMAN, Philip; PAGE, Joshua; PHELPS, Michelle, “The long struggle: An agonistic perspective on penal development”, *Theoretical Criminology*, vol. 19, n° 3 (2015), pp. 315-335, p. 322. En el mismo sentido: “[l]a rehabilitación no era, sin embargo, el único objetivo del complejo penal-welfare. Ni tampoco era, en la práctica, el resultado típico. El carácter individualizante, indeterminado y, en gran medida, discrecional de las instancias correccionistas otorgaba a las autoridades del sistema penal grandes márgenes de maniobra en su tratamiento de los delincuentes condenados o de los jóvenes que necesitaban ayuda”. GARLAND, David, *La Cultura*, cit. Nota n° 12, p. 83.

<sup>32</sup> El análisis de las realidades carcelarias de Estados Unidos y Reino Unido, han sido utilizados variadas veces para lograr conceptualizaciones generales que sirven para el análisis de las realidades en otros países. Por ejemplo, al analizar los factores que propiciaron el declive del ideal rehabilitador en estos países, Garland señala que: “(...) muchos de los problemas e



## 1.1. Conceptos de rehabilitación utilizados en la historia penitenciaria.

### 1.1.1. Concepto penitenciario de rehabilitación.

Según Rotman, es posible encontrar raíces de un ideal de transformación moral de los ofensores en la época antigua, en la noción cristiana de *poena medicinalis* que inspiró la pena monástica<sup>33</sup> y en las casas correccionales establecidas en Europa occidental desde la mitad del siglo XVI en adelante<sup>34</sup>. Sin embargo, fue con la construcción de las primeras penitenciarias en Pennsylvania y Nueva York, alrededor de los años 1820s, que el ideal rehabilitador comenzó a tomar un rol central en el sistema penal<sup>35-36</sup>.

El modelo rehabilitador que imperó junto a la aparición de los primeros centros penitenciarios estuvo caracterizado por constituir una continuación de la tradición monástica de aislamiento, trabajo y adoctrinamiento religioso<sup>37</sup>. La rehabilitación penitenciaria tuvo sus orígenes en una concepción del crimen entendido como el resultado de la corrupción de los códigos morales, la familia y la iglesia. En este contexto, el ideal rehabilitador surgió como un ejemplo válido de comportamiento para todos los miembros de la sociedad<sup>38</sup>. Un punto distintivo de este modelo radica en que considera que son los internos quienes están a cargo de su propia rehabilitación<sup>39</sup>.

El modelo penitenciario de rehabilitación se conforma por dos variaciones que se desarrollaron a lo largo del siglo XIX. La primera tuvo lugar durante la era Jacksoniana<sup>40</sup> y corresponde a la estructuración del sistema Pensilvánico<sup>41</sup> y el de Auburn<sup>42</sup>. Estos últimos se diferencian, básicamente, por el grado de

---

*inseguridades subyacentes, son, o pronto serán, familiares en otras sociedades tardomodernas, aun cuando sus respuestas culturales y políticas y trayectorias sociales resulten ser diferentes*". GARLAND, David, *La Cultura*, cit. Nota n° 12, p. 41.

<sup>33</sup> ROTMAN, Edgardo, *Beyond punishment*, cit. nota n° 26, p. 28.

<sup>34</sup> ROTMAN, Edgardo, *Beyond punishment*, cit. nota n° 26, p. 28.

<sup>35</sup> ROTMAN, Edgardo, *Beyond punishment*, cit. nota n° 26, p. 34.

<sup>36</sup> En el mismo sentido, se ha señalado que los ideales de rehabilitación a través del castigo se aplicaron con el nacimiento de las primeras penitenciarias en la era Jacksoniana. En: CAMPBELL, Kathryn, "Rehabilitation theory", en: BOSWORTH, Mary (Ed.), *Encyclopedia of prisons & correctional facilities*, Thousand Oaks, CA: SAGE Publications, Vol. 1, pp. 831-834, p. 831.

<sup>37</sup> ROTMAN, Edgardo, *Beyond punishment*, cit. nota n° 26, p. 35.

<sup>38</sup> ROTMAN, Edgardo, *Beyond punishment*, cit. nota n° 26, p. 35.

<sup>39</sup> En CAMPBELL, Kathryn, "Rehabilitation theory", cit. nota n° 36, p. 831.

<sup>40</sup> El periodo Jacksoniano en Estados Unidos va desde 1820s a los 1830s y se caracteriza por la aparición de las primeras penitenciarias. En CAMPBELL, Kathryn, "Rehabilitation theory", cit. nota n° 36, p. 860.

<sup>41</sup> El sistema Pensilvánico se caracterizó por la implementación de una política de completo aislamiento de los internos en sus propias celdas, en las que además eran forzados a trabajar. ROTMAN, Edgardo, *Beyond punishment*, cit. nota n° 26, p. 35.

<sup>42</sup> El sistema de Auburn se caracterizó por el encierro que los internos sufrían durante la noche en sus propias celdas, pero en el que trabajaban y comían juntos durante el día sometidos a un régimen de estricto silencio. En: ROTMAN, Edgardo, *Beyond punishment*, cit. nota n° 26, p. 35.

aislamiento al que eran sometidos los internos<sup>43</sup>. En ambas variantes el encarcelamiento constituía un elemento central, en tanto los muros de las cárceles proveían el aislamiento necesario para el despliegue de un modelo rehabilitación basado en elementos como el trabajo disciplinado, la contemplación y la lectura religiosa<sup>44</sup>, y en el que además las faltas disciplinarias eran sancionadas con castigos físicos<sup>45</sup>. Como veremos más adelante, ambos sistemas reflejaban una confusión entre rehabilitación y castigo a través de su identificación común con el encarcelamiento, dado que ambos instaban a una especie de transformación moral a través de la privación de libertad<sup>46</sup>.

El modelo penitenciario fue evolucionando a lo largo del siglo XIX. A fines de dicho siglo surgió una nueva variante del mismo. Si bien esta nueva versión tuvo como principal campo de acción la prisión, también se caracterizó por otorgarle importancia a los periodos anteriores al ingreso a la misma y posteriores al otorgamiento de la libertad. Bajo este régimen, el interno debía ganar su propia libertad cumpliendo etapas progresivas de liberación a partir de su propio esfuerzo; el modelo incluso podía dar pie a una liberación anticipada<sup>47</sup>. Este sistema, denominado “progresivo”, se caracterizó por el uso de la clasificación de los internos según su carácter y predisposición a la rehabilitación y por la continuación del uso del castigo físico como método disciplinario<sup>48</sup>. De esta forma, la rehabilitación permaneció indisolublemente unida al castigo a través del encarcelamiento<sup>49</sup>.

Según Rotman, esta última variación del modelo penitenciario se convirtió en un pilar del ideal rehabilitador e influenció el concepto de sentencias indeterminadas y la institución de la libertad condicional<sup>50</sup>.

### **1.1.2.Rehabilitación como tratamiento o modelo médico.**

El modelo médico de intervención como forma de rehabilitación surgió a principios del siglo XX. Su origen constituyó una respuesta a la ineficacia adscrita a la utilización del trabajo y el castigo físico como métodos de rehabilitación<sup>51</sup>. En esta época, las interpretaciones biológicas y psiquiátricas de la

---

<sup>43</sup> ROTMAN, Edgardo, *Beyond punishment*, cit. nota n° 26, p. 35.

<sup>44</sup> ROTMAN, Edgardo, *Beyond punishment*, cit. nota n° 26, p. 59.

<sup>45</sup> En: CAMPBELL, Kathryn, “Rehabilitation theory”, cit. nota n° 36, p. 831.

<sup>46</sup> ROTMAN, Edgardo, *Beyond punishment*, cit. nota n° 26, p. 37.

<sup>47</sup> ROTMAN, Edgardo, *Beyond punishment*, cit. nota n° 26, p. 38.

<sup>48</sup> CAMPBELL, Kathryn, “Rehabilitation theory”, cit. nota n° 36, p. 831.

<sup>49</sup> ROTMAN, Edgardo, *Beyond punishment*, cit. nota n° 26, p. 38.

<sup>50</sup> ROTMAN, Edgardo, *Beyond punishment*, cit. nota n° 26, p. 38.

<sup>51</sup> CAMPBELL, Kathryn, “Rehabilitation theory”, cit. nota n° 36, p. 831.

desviación social asumieron un rol central en la criminología<sup>52</sup>. Los criminales sufrían una patología física, mental o social que debía ser curada a través del encarcelamiento<sup>53</sup>.

Si bien el modelo médico intentó aplacar la severidad del sistema disciplinario del modelo anterior a través de la incorporación de “cuidados” y técnicas propias de la medicina, su potencial intrusivo lo llevó a ser uno de los modelos de rehabilitación más criticados<sup>54</sup>. Muchas instituciones penitenciarias llevaron a cabo procedimientos invasivos e incluso ilegales basados en este modelo rehabilitador<sup>55</sup>. De hecho, se sostiene que las críticas a sus mecanismos propiciaron en buena parte la crisis que sufrió el ideal de rehabilitación en años posteriores<sup>56</sup>.

La aparición de este modelo tiene dos consecuencias importantes para el entorno penitenciario. En primer lugar, la concepción médica de rehabilitación generó la introducción de personal médico a los recintos penitenciarios, como psiquiatras, psicólogos y trabajadores sociales<sup>57</sup>. En segundo lugar, la rehabilitación terapéutica generó una creencia en la legitimidad de la aplicación de sentencias indeterminadas con el objeto de adecuarse al tratamiento necesario para cada ofensor<sup>58</sup>.

### 1.1.3. Rehabilitación como aprendizaje social.

La gran cantidad de críticas realizadas en contra del modelo médico de rehabilitación<sup>59</sup> condujeron a la aparición del concepto de rehabilitación como aprendizaje social. El modelo médico evolucionó hacia una nueva variante influenciada por la psiquiatría social. Hacia el comienzo de la segunda mitad del siglo XX –al menos en Norteamérica– la idea de socialización<sup>60</sup> compensatoria se encontraba ampliamente

---

<sup>52</sup> La corriente de criminología positivista presente en dicha época veía al ofensor como una víctima pasiva de fuerzas externas o internas, por tanto, carente de responsabilidad por sus propias acciones. Esta visión de los ofensores propició la idea de que el crimen era una "enfermedad" y el objeto de las cárceles era "curar" al criminal. En: ROBINSON, Gwen; CROW, Iain D, *Offender rehabilitation*, cit. nota n° 21, p. 4

<sup>53</sup> ROTMAN, Edgardo, *Beyond punishment*, cit. nota n° 26, p. 60.

<sup>54</sup> Por ejemplo, “[e]n América, a través de una mala aplicación del modelo médico, la rehabilitación ha fortalecido el poder del estado para actuar con un paternalismo opresivo, y ha aumentado la discrecionalidad de las autoridades penales judiciales y administrativas, y el poder de las agencias correccionales”. Traducción libre de ROTMAN, Edgardo, “Do criminal offenders have a constitutional right to rehabilitation”. *J. Crim. L. & Criminology*, vol. 77, n° 4 (1986), pp. 1023-1068, p. 1037.

<sup>55</sup> Ejemplos de intervenciones invasivas son la psicocirugía, la terapia electroconvulsiva y la castración química. En: CAMPBELL, Kathryn, “Rehabilitation theory”, cit. nota n° 36, p. 832.

<sup>56</sup> ROTMAN, Edgardo, *Beyond punishment*, cit. nota n° 26, p. 5.

<sup>57</sup> CAMPBELL, Kathryn, “Rehabilitation theory”, cit. nota n° 36, p. 832. En este mismo sentido, véase: FOUCAULT, Michel, *Vigilar y Castigar*, cit. nota n° 23, p. 23, y GARLAND, David, *La Cultura*, cit. Nota n° 12, p. 84.

<sup>58</sup> ROTMAN, Edgardo, *Beyond punishment*, cit. nota n° 26, p. 48.

<sup>59</sup> Entre ellas se pueden mencionar la naturaleza invasiva de los tratamientos, la creciente preocupación por los derechos de los reclusos y la escasez de evidencia sobre la efectividad de las intervenciones. En: CAMPBELL, Kathryn, “Rehabilitation theory”, cit. nota n° 36, p. 832.

<sup>60</sup> La socialización se puede definir como el proceso a través del cual un individuo se convierte en un participante de la sociedad. Este proceso tiene su inicio en instituciones y/o instancias como la familia o la escuela. En: ROTMAN, Edgardo, *Beyond punishment*, cit. nota n° 26, p. 64.

desarrollada gracias a la convergencia de una serie de disciplinas como la psicología, la antropología y la sociología<sup>61</sup>.

Si bien existe cierta superposición entre el modelo médico y el modelo de aprendizaje social, este último se diferencia por la primacía del elemento social<sup>62</sup> y ambiental como núcleo de las técnicas de rehabilitación y el abandono de la noción de “enfermedad” como elemento definitorio de las mismas<sup>63</sup>.<sup>64</sup> Bajo este modelo, el crimen se entiende como el producto de una conducta aprendida, y la rehabilitación como una compensación por defectos en la socialización primaria de los ofensores. A dicha forma de compensación subyace la idea de que los ofensores son individuos morales capaces de decidir sobre la base de su propio interés<sup>65</sup> y que el seguimiento de la ley por parte del individuo puede ser aprendido a través de un proceso de interacción o participación en comunidad<sup>66</sup>.

Aunque bajo esta concepción la mayoría de las actividades aún sean implementadas intramuros, una de sus consecuencias más importantes es la aspiración a una cierta apertura del proceso de rehabilitación hacia la comunidad como resultado de la aplicación de técnicas de terapia social fuera del espacio carcelario. Adicionalmente, este modelo incentiva el ofrecimiento de apoyo post-penitenciario y durante el periodo gradual de liberación del ofensor<sup>67</sup>. Con todo, aunque podría tener la apariencia de una alternativa más constructiva que modelos anteriores, la terapia social como método de rehabilitación siguió siendo una forma de castigo que la mayoría de las veces debía cumplirse en paralelo con las demandas disuasorias e incapacitantes del sistema penal<sup>68</sup>.

#### **1.1.4. Modelo de rehabilitación orientado a derechos.**

Durante mucho tiempo, los modelos de rehabilitación descritos fueron objeto de críticas basadas en la limitación que deben ejercer los derechos individuales de los ofensores sobre las políticas públicas que implementa el Estado. Muchas de estas críticas giraban en torno a la intervención paternalista del Estado

---

<sup>61</sup> ROTMAN, Edgardo, *Beyond punishment*, cit. nota n° 26, p. 64.

<sup>62</sup> La rehabilitación ya no se centra en un tratamiento para individuos particulares, sino en un proceso generalizado de aprendizaje social. En: ROTMAN, Edgardo, *Beyond punishment*, cit. nota n° 26, p. 63.

<sup>63</sup> ROTMAN, Edgardo, *Beyond punishment*, cit. nota n° 26, p. 63.

<sup>64</sup> De hecho, Mcneill señala que la importancia de la diferencia entre el modelo médico y el de aprendizaje social reside en que sus divergencias habrían sido usualmente ignoradas por los críticos de la rehabilitación. En: MCNEILL, Fergus, “Punishment as rehabilitation”, cit. nota n° 22, p. 4.

<sup>65</sup> RAYNOR, Peter; ROBINSON, Gwen, *Rehabilitation*, cit. nota n° 18, p. 30.

<sup>66</sup> ROTMAN, Edgardo, *Beyond punishment*, cit. nota n° 26, p. 5.

<sup>67</sup> ROTMAN, Edgardo, *Beyond punishment*, cit. nota n° 26, p.66.

<sup>68</sup> ROTMAN, Edgardo, *Beyond punishment*, cit. nota n° 26, p. 66. En el mismo sentido, RAYNOR, Peter; ROBINSON, Gwen, *Rehabilitation*, cit. nota n° 18, p. 30.

que propiciaba el ideal rehabilitador, sobre todo a partir de la aparición de tratamientos más invasivos. Con todo, la crítica más severa giraba en torno a la amenaza que sufría la libertad de los ofensores frente a la aplicación de sentencias indeterminadas bajo la excusa de los efectos rehabilitadores asociados al encarcelamiento<sup>69</sup>.

Sin embargo, según Rotman, a partir de la década de 1950 surgió un concepto renovado y liberal de rehabilitación basado en la extensa aparición de cuerpos normativos nacionales<sup>70</sup> e internacionales<sup>71</sup> que establecieron un derecho de los ofensores a la rehabilitación<sup>72</sup>. La rehabilitación empezó a ser entendida como un derecho de los ofensores para que el Estado les otorgue una oportunidad de reintegrarse a la sociedad como ciudadanos útiles<sup>73</sup>. Este derecho tendría un *aspecto positivo*, en tanto las autoridades penitenciarias deben asegurar un mínimo de servicios básicos a los condenados<sup>74</sup>, y un *aspecto negativo*, consistente en la evitación de los efectos nocivos del encarcelamiento, esto es, los efectos psicológicos y físicos que resultan incompatibles con la readaptación social luego de la liberación<sup>75</sup>.

Según Rotman, el nacimiento de la rehabilitación entendida como derecho tendría su justificación en el principio de legalidad o *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, el cual implica “(...) *no sólo la circunstancia de que una determinada conducta ya sea punible, sino también la clase de pena y su posible cuantía han de estar legalmente fijadas antes del hecho*”<sup>76</sup>. Si el castigo se encuentra limitado por ley al encarcelamiento, entonces los efectos nocivos en la salud física y psíquica del interno asociados

---

<sup>69</sup> ROTMAN, Edgardo, *Beyond punishment*, cit. nota n° 26, p. 69.

<sup>70</sup> Como ejemplo de normativa internacional, se encuentran el artículo 27 de la Constitución italiana, el artículo 25.2 de la constitución española, el artículo 37 del código penal suizo, entre otros. ROTMAN, Edgardo, *Beyond punishment*, cit. nota n° 26, p. 71.

<sup>71</sup> Por ejemplo, en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955.

<sup>72</sup> ROTMAN, Edgardo, *Beyond punishment*, cit. nota n° 26, p. 69.

<sup>73</sup> Cabe destacar que el modelo de rehabilitación basado en derechos no fue precisamente el concepto de rehabilitación criticado en el contexto del “declive del ideal rehabilitador” a partir de 1970. De hecho, se ha entendido que dichas críticas decían relación con un modelo médico de rehabilitación. Según Mcneill, aunque los conceptos más modernos de rehabilitación no serían en principio totalmente inmunes a dichas críticas, los principios sobre los que se basa el modelo de rehabilitación en torno a derechos –como el planteado por Rotman– permitirían salvar al ideal rehabilitador de aquellas críticas basadas en los límites que debe imponer la libertad y consentimiento de los internos sobre dicho ideal. Con todo, Mcneill también considera que, al menos en Reino Unido, las nuevas nociones de rehabilitación basadas en derechos fueron aplicadas en la práctica bajo la perspectiva de la seguridad pública y la reducción del riesgo, en la que el interno pasó a ser más bien un objeto de la política penitenciaria. Véase MCNEILL, Fergus, “Four forms”, cit. nota n° 11, p. 8 - 10. En el mismo sentido, Garland ha señalado que “(...) *las posibilidades rehabilitadoras de las medidas de la justicia penal rutinariamente se subordinan a otros objetivos penales, en particular, la retribución, la incapacitación y la gestión del riesgo*”. GARLAND, David, *La Cultura*, cit. Nota n° 12, p. 42.

<sup>74</sup> El derecho a la rehabilitación bajo este aspecto positivo presupone una serie de otros derechos de los internos como base indispensable. Como concepto amplio, este derecho incluiría la protección del interno en áreas como la salud, educación y/o trabajo, todos componentes de un sistema integral con miras al ideal rehabilitador. ROTMAN, Edgardo, *Beyond punishment*, cit. nota n° 26, p. 70.

<sup>75</sup> ROTMAN, Edgardo, *Beyond punishment*, cit. nota n° 26, p. 6.

<sup>76</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal*, cit. nota n° 10, p. 138.

a la privación de libertad constituyen un castigo adicional que no se encuentra contemplado previamente en la ley. El problema está en que el encarcelamiento en sí mismo se desarrolla en un ambiente alienante e intrínsecamente dañino para la salud física y psíquica de los internos<sup>77</sup>. Así, la pena de prisión pasa a llevar otros derechos más allá del derecho a la libertad ambulatoria, cuya supresión se encuentra contemplada originalmente como parte de dicho castigo. Ante ello, la única forma de compensar este daño es mediante el ofrecimiento de un programa con acciones positivas de rehabilitación por parte del Estado para evitar estos efectos nocivos<sup>78</sup>. Adicionalmente, como consecuencia de esta noción de rehabilitación, la cárcel necesariamente debe ser entendida como una medida de último recurso<sup>79</sup>.

A diferencia de los conceptos anteriores de rehabilitación, bajo esta noción resulta indispensable que las políticas penitenciarias sean compatibles con el entendimiento de los internos como sujetos moralmente responsables de sus acciones, y no como meros instrumentos de un tratamiento o de una perspectiva utilitarista de la rehabilitación.<sup>80</sup> De esta forma, el consentimiento del condenado se torna un elemento central de la rehabilitación y las medidas rehabilitadoras aplicadas por el Estado deben ser entendidas como una oportunidad sobre las que el ofensor puede decidir libremente.

## **1.2. Dos conceptos teóricos de rehabilitación.**

A partir de la exposición de los modelos históricos planteados previamente, y con el fin de hacerse cargo de las críticas realizadas a la rehabilitación como principio restrictivo de la libertad de los internos, Rotman además realizó una distinción teórica entre un concepto autoritario y un concepto humanista o antropocéntrico de rehabilitación<sup>81</sup>. Estos se describen a continuación.

### **1.2.1. Concepto autoritario.**

La rehabilitación entendida desde una perspectiva autoritaria constituiría una técnica para modelar al ofensor y asegurar su adaptación a un modelo prediseñado de comportamiento. Este concepto limita la

---

<sup>77</sup> Al respecto, véase HANEY, Craig, “The Wages of Prison Overcrowding: Harmful Psychological Consequences and Dysfunctional Correctional Reactions”, *Washington University Journal of Law & Policy*, vol. 22 (2006), pp. 265-294, 2006.

<sup>78</sup> ROTMAN, Edgardo, *Beyond punishment*, cit. nota n° 21, p. 12.

<sup>79</sup> MCNEILL, Fergus, “Four forms”, cit. nota n° 11, p. 10

<sup>80</sup> RAYNOR, Peter; ROBINSON, Gwen, *Rehabilitation*, cit. nota n° 18, p. 26.

<sup>81</sup> Se ha realizado una distinción teórica similar entre “programas máximos de rehabilitación”, los que pretenden la imposición de un sistema de valores al ofendido, y “programas mínimos de rehabilitación” que se limitan a perseguir que el condenado sea capaz de respetar externamente las leyes. En: MIR PUIG, Santiago, *El Derecho penal*, cit. nota n° 11, p. 143. Para efectos de este trabajo se utilizará la distinción realizada entre una concepción autoritaria y una concepción humanista o antropocéntrica de rehabilitación, dado que ésta resulta ser más omnicompreensiva de los estándares internacionales en torno a la materia. Además, esta distinción da cuenta de una serie de elementos adicionales relativos al respeto de los derechos de la población penal.

rehabilitación a un mero instrumento de disciplina institucional y tiende a utilizar métodos intrusivos contrarios al derecho individual a la privacidad de cada interno<sup>82</sup>.

Como es posible apreciar, con esta conceptualización teórica, Rotman hace referencia a características atribuidas a modelos de rehabilitación aplicados en épocas anteriores, como el modelo penitenciario, el modelo médico, y, en menor medida, el de aprendizaje social, todos los cuales ya se encontrarían ampliamente superados por el modelo de rehabilitación centrado en derechos.

### **1.2.2. Concepto humanista o antropocéntrico.**

En contraposición, un concepto humanista o antropocéntrico de rehabilitación niega la transformación del ofensor a través de métodos impuestos por el Estado. Esta visión del ideal rehabilitador requiere el explícito e informado consentimiento del interno respecto de su participación en el proceso de rehabilitación<sup>83</sup>. Adicionalmente, el concepto humanista pretende despertar en el ofensor un entendimiento profundo de la relación que éste sostiene con el resto de la sociedad y de su sentido de responsabilidad social, dado que la transformación del individuo sólo podría provenir de un proceso individual de autodescubrimiento<sup>84</sup>.

Este modelo tiene como consecuencia la afirmación del estatus legal del ofensor como poseedor de derechos frente a la omnipotencia de la intervención del Estado penal, lo cual deriva en la necesidad de establecer un derecho a la rehabilitación cuya aplicación puede ser exigida judicialmente. En este contexto, la rehabilitación debe ser entendida como el derecho a una oportunidad para regresar a la sociedad como un ciudadano útil y mantenerse fuera de la cárcel, lo cual implica evitar las consecuencias perniciosas que generar el castigo y, cuando fuese posible, aplicar alternativas menos restrictivas que el encarcelamiento<sup>85</sup>. Así, un estándar humanista de rehabilitación requiere la aplicación de una política penitenciaria basada en el respeto estricto de la dignidad y libertad del interno, y la provisión de los

---

<sup>82</sup> ROTMAN, Edgardo, “Do criminal offenders”, cit. nota n° 54, p. 1026.

<sup>83</sup> En la misma línea, Mir Puig ha señalado que una concepción democrática de la ejecución de la pena debe perseguir la participación y otorgar amplias posibilidades de elección del ofensor sobre el cumplimiento de su condena, evitando la imposición de un determinado sistema de valores. En: MIR PUIG, Santiago, *El Derecho penal*, cit. nota n° 11, p. 40.

<sup>84</sup> Si bien el análisis sobre las críticas contra estos modelos de rehabilitación exceden los objetos de este trabajo, cabe señalar que la referencia de Rotman a un objeto de transformación interna y sentido de responsabilidad social de los internos resulta criticable en el mismo sentido que modelos anteriores de rehabilitación, ya que comprende una noción de corregibilidad (esto es, la creencia de que los ofensores pueden “cambiar para mejor”) que usualmente ha sido asociada, por ejemplo, al modelo médico de rehabilitación. Véase RAYNOR, Peter; ROBINSON, Gwen, *Rehabilitation*, cit. nota n° 18, p. 5.

<sup>85</sup> Este objetivo cobra sentido frente al carácter excluyente de las respuestas penales contemporáneas. En palabras de Gargarella, “[c]uriosamente, en la actualidad, tendemos a separar y aislar a los delincuentes... con el objetivo de reintegrarlos”. GARGARELLA, Roberto, *Castigar al prójimo: por una refundación democrática del derecho penal*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016, p. 21.

elementos necesarios para satisfacer sus necesidades básicas, las que no solo se limitan a la supervivencia física<sup>86</sup>. De esta forma, aunque Rotman no lo señale explícitamente, un concepto humanista o antropocéntrico de rehabilitación posee características similares al modelo histórico de rehabilitación centrado en derechos, en contraste con modelos históricos anteriores como el penitenciario, médico y el de aprendizaje social.

### 1.2.3. Opinión personal.

La determinación sobre si la rehabilitación es o no un fin legítimo de la pena o un principio que necesariamente debe ser aplicado en el momento de la ejecución del castigo excede los objetivos planteados en este trabajo. Con todo, a partir de lo expuesto, es posible señalar que existen buenas razones para preferir una visión humanista de rehabilitación por sobre una concepción autoritaria de la misma. Esto, dado que la primera resulta ser más respetuosa de la capacidad de agencia del individuo sometido al castigo y de su calidad de sujeto titular de derechos. Por el contrario, el modelo autoritario entiende al condenado como un objeto de intervención estatal.

De hecho, visiones similares al concepto humanista de rehabilitación han sido defendidas por autores como Duff o Mir Puig. Por ejemplo, Duff ha señalado que en un sistema de justicia penal plenamente inclusivo el castigo debe acarrear una promesa de rehabilitación –al menos en el sentido del regreso a la vida cívica normal–, lo cual implica evitar toda práctica punitiva que haga más difícil la rehabilitación<sup>87</sup>. En este contexto, la oferta de medidas resocializadoras y la provisión de condiciones materiales adecuadas de encarcelamiento constituyen un modo de lograr que el encarcelamiento y el régimen penitenciario sean menos excluyentes y que el condenado siga siendo considerado como un ciudadano<sup>88</sup>. En el mismo sentido, Mir Puig ha señalado que el derecho penal en un Estado democrático exige evitar la marginación indebida del ofensor. Esto implica que la ejecución del castigo debe evitar en lo posible los efectos desocializadores que trae aparejado y facilitar la reincorporación del condenado<sup>89-90</sup>. Según este autor, “[l]a resocialización correctamente delimitada entra dentro de los cometidos de configuración social del Estado y de fomento de la participación de todos en la vida social que corresponde al Estado democrático”<sup>91</sup>.

---

<sup>86</sup> ROTMAN, Edgardo, “Do criminal offenders”, cit. nota n° 54, p. 1027.

<sup>87</sup> DUFF, Antony, *Sobre el castigo: por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015, p. 48.

<sup>88</sup> DUFF, Antony, *Sobre el castigo*, cit. nota n° 87, p. 62.

<sup>89</sup> MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, cit. nota n° 9, p. 138. En el mismo sentido, MIR PUIG, Santiago, *El Derecho penal*, cit. nota n° 11, p. 42.

<sup>90</sup> En un sentido similar, véase: CUNEO NASH, Silvio, *El Encarcelamiento Masivo*, cit. nota n° 13, p. 122.

<sup>91</sup> MIR PUIG, Santiago, *El Derecho penal*, cit. nota n° 11, p. 146.



Considerando lo anterior, para efectos de los objetivos planteados en este trabajo, el análisis de los capítulos segundo y tercero se centrará en determinar si los cuerpos normativos estudiados dan cuenta de los elementos definitorios de un estándar humanista de rehabilitación, en contraposición a un modelo autoritario de dicho principio.

### **1.3. Diferencias entre rehabilitación, reforma, resocialización, reintegración y reeducación.**

Si bien los modelos de rehabilitación expuestos anteriormente nos otorgan nociones básicas sobre qué implica o ha implicado rehabilitar en materia penitenciaria y/o penal, aún no tenemos un mapa completo de lo que implica la rehabilitación. Esto, pues la noción “rehabilitación” suele asociarse y/o confundirse con una serie de otras expresiones. Por ello, a continuación se analizan las expresiones específicas han sido utilizadas para aludir a dicho principio.

La rehabilitación en el ámbito penitenciario y/o penal ha sido asimilada a numerosos conceptos, como reforma, resocialización, reintegración y reeducación. Si bien usualmente estas expresiones se han utilizado como sinónimos, algunos autores han delineado diferencias entre éstas a partir del uso que se les ha otorgado en la práctica, tanto a nivel dogmático como legislativo.

Para Raynor y Robinson, desde una perspectiva genérica, la palabra rehabilitación se relaciona con la noción de restauración (en inglés, “*restoration*”), esto es, la acción de “volver hacia lo normal”. Esta idea, por tanto, es aplicada a aquellos individuos que actuaron o actúan fuera del marco normativo<sup>92</sup>.

Por otra parte, desde una perspectiva específicamente penitenciaria, es posible relacionar la idea de rehabilitación con una serie de otras nociones. Así, por ejemplo, Raynor y Robinson señalan que, en materia penitenciaria, la palabra *reforma* (del inglés “*reform*”) hace referencia a las políticas penitenciarias aplicadas durante el siglo XIX con el objeto de transformar a los internos a través de técnicas educativas y/o contemplativas (propias del modelo penitenciario de rehabilitación), mientras que *rehabilitación* se referiría a los programas de tratamiento individualizados que se aplicaron durante el siglo XX<sup>93</sup> (por ejemplo, bajo el modelo médico de rehabilitación). Por tanto, sería el cambio hacia una intervención más individualizada lo que caracterizaría el paso desde una noción de *reforma* a una de *rehabilitación*<sup>94</sup>. En el mismo sentido, para McNeill, el término *reforma* se asocia con la religión,

---

<sup>92</sup> RAYNOR, Peter; ROBINSON, Gwen, *Rehabilitation*, cit. nota n° 18, p. 3.

<sup>93</sup> RAYNOR, Peter; ROBINSON, Gwen, *Rehabilitation*, cit. nota n° 18, p. 7.

<sup>94</sup> RAYNOR, Peter; ROBINSON, Gwen, *Rehabilitation*, cit. nota n° 18, p. 7.

mientras que la noción de *rehabilitación* se vincula con disciplinas como la psiquiatría, psicología y trabajo social<sup>95</sup>.

A su vez, la noción de *reinserción* (del inglés “*resettlement*” en Reino Unido y “*reentry*” en Estados Unidos) usualmente se ha utilizado para referirse a una variedad de intervenciones sobre el ofensor con el objeto de obtener su reintegración a la sociedad luego de un periodo de encarcelamiento<sup>96</sup>. En términos similares, para Crow y Robinson, tanto la expresión “*resettlement*” como “*reentry*” harían referencia al proceso de ajuste que vive el interno al regresar a la sociedad luego de la prisión<sup>97</sup>. Como se puede desprender de su definición, la noción de *reinserción* usualmente es utilizada como sinónimo del término *reintegración*<sup>98</sup>. Así, tanto el concepto de *reinserción* como el de *reintegración* son analizados en el contexto del castigo, pero no como parte del mismo<sup>99</sup>. De hecho, ambas expresiones tienden a resaltar al ideal rehabilitador como una forma de compensar o revertir las consecuencias que trae aparejada una sanción en sí misma<sup>100</sup>.

Sobre la base de lo expuesto, en el marco del análisis normativo del ideal rehabilitador, “*se usa cada vez más la expresión resocialización tanto porque permite la homologación internacional de sistemas penales y constitucionales muy diversos, como por su generalidad descriptiva*”<sup>101</sup>. Sin embargo, el término *reinserción* también ha sido criticado en variadas ocasiones por asumir la posibilidad de la inserción social y funcional de personas que no necesariamente se encuentran “*insertas*” en la sociedad desde un principio<sup>102</sup>.

Por último, la expresión *reeducación* también se encuentra relacionada con la noción de *reinserción*. La diferencia entre ambas se basaría en que, mientras la *reinserción* apunta a la introducción del individuo a la sociedad en las mismas condiciones que el resto de los ciudadanos, “*la reeducación haría referencia a la adquisición de las actitudes para ser capaz de reaccionar durante la vida en libertad, a un prius necesario para aquella*”<sup>103</sup>.

---

<sup>95</sup> MCNEILL, Fergus, “Four forms”, cit. nota n° 11, p.3.

<sup>96</sup> RAYNOR, Peter; ROBINSON, Gwen, *Rehabilitation*, cit. nota n° 18, p. 7.

<sup>97</sup> ROBINSON, Gwen; CROW, Iain D, *Offender rehabilitation*, cit. nota n° 21, p. 8.

<sup>98</sup> MCNEILL, Fergus, “Four forms”, cit. nota n° 11, p.3.

<sup>99</sup> Dado que el castigo no debe ser entendido como un vehículo para lograr la rehabilitación. En: RAYNOR, Peter; ROBINSON, Gwen, *Rehabilitation*, cit. nota n° 18, p. 9.

<sup>100</sup> MCNEILL, Fergus, “Four forms”, cit. nota n° 11, p.3.

<sup>101</sup> URÍAS, Joaquín, “El valor constitucional”, cit. nota n° 3, p. 45.

<sup>102</sup> VILLAGRA, Carolina, *Hacia una política postpenitenciaria en Chile*, Santiago: RIL editores - CESC, 2008, p. 27.

<sup>103</sup> URÍAS, Joaquín, “El valor constitucional”, cit. nota n° 3, p. 45.

Del análisis de estas expresiones es posible concluir que, si bien suelen usarse como sinónimos, un estudio más profundo de sus usos y significados en materia penitenciaria dan cuenta de que locuciones más modernas como “reinserción”, “reintegración” o “reeducción” resultan más cercanas a una concepción humanista o antropocéntrica de rehabilitación. Esto, pues apuntan a uno de los objetivos propios de dicha concepción, cual es la integración del condenado a la sociedad luego de la aplicación del castigo. Estas concepciones más modernas se erigen en contraposición a expresiones como “reforma” o “rehabilitación” que aludirían a elementos propios de modelos de tipo autoritario, como el penitenciario o el médico.

## **2. Análisis dogmático del principio de rehabilitación: relación entre rehabilitación y castigo.**

En términos de dogmática penal, la determinación del contenido que se le ha otorgado al principio de rehabilitación a lo largo del tiempo se encuentra intrínsecamente ligada a la relación entre rehabilitación y castigo. Como se mencionó, en el estudio del derecho penal es usual encontrar el concepto de rehabilitación en el marco del análisis de las teorías de los fines de la pena. Sin embargo, como veremos, los textos constitucionales y normativos tanto a nivel internacional como regional no necesariamente tratan el principio de rehabilitación como una cuestión asociada a los fines de la pena.

Así, y para efectos de determinar con mayor precisión la estructura teórica en la cual los textos normativos sudamericanos han incorporado la noción de rehabilitación, a continuación se identifican las diferentes relaciones que es posible establecer entre rehabilitación y castigo.

### **2.1. Rehabilitación como fin de la pena.**

En el estudio del derecho penal, es usual encontrar el principio de rehabilitación en el marco del análisis de la teoría de la prevención especial positiva, esto es, una de las teorías que fundamenta el castigo en la posibilidad de que éste sirva para la rehabilitación o reinserción del condenado en la sociedad.

Según Mir Puig, la generalización del punto de vista que ofrece la teoría de la prevención especial se inicia a partir de la obra de Von Litz en Alemania<sup>104</sup>. Dicho autor señaló que la finalidad de la pena es la intimidación (para el delincuente ocasional que no necesita corrección), la resocialización (para el

---

<sup>104</sup> MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, cit. nota n° 9, p. 94

delincuente no ocasional que necesite corrección y sea capaz de ella), o la inocuización (para el delincuente habitual incorregible)<sup>105</sup>. El fin de resocialización respecto de delincuentes no ocasionales planteado por Von Litz marca el punto de inicio del desarrollo de la teoría de la prevención especial positiva.

Sin embargo, en el marco del estudio de los fines de la pena, la teoría de la prevención especial positiva ha sido ampliamente criticada, entre otras razones, por los obstáculos prácticos y teóricos que genera la meta de resocialización. En este sentido, existirían ofensores que no necesitan rehabilitación o son imposibles de rehabilitar y, además, muchas veces la rehabilitación se torna ilícita si se impone en contra de la voluntad del individuo<sup>106</sup>.

Como una eventual solución contra las críticas, autores como Roxin han planteado teorías unitarias de los fines de la pena<sup>107</sup>, en las cuales la rehabilitación constituye un fin de la pena aplicable, principalmente, en la etapa de la ejecución del castigo, pero no en la etapa de conminación legal<sup>108</sup>, ni en la etapa de aplicación judicial de la pena<sup>109</sup>.

## **2.2. Rehabilitación como castigo.**

Como se esbozó superficialmente en la sección anterior, los diferentes conceptos o modelos de rehabilitación explicados previamente plantean diferentes tipos de relaciones entre rehabilitación y castigo.

Por ejemplo, según Rotman, el modelo penitenciario de rehabilitación genera una confusión total entre rehabilitación y castigo. Lo anterior se puede apreciar en la configuración de los sistemas Pensilvánico y de Auburn, los cuales apuntaban a una especie de transformación moral del interno como resultado del encarcelamiento<sup>110</sup>. Del mismo modo, el sistema progresivo –también asociado históricamente al modelo penitenciario de rehabilitación– siguió entendiendo a la rehabilitación como una cuestión indisolublemente conectada al encarcelamiento<sup>111</sup>.

---

<sup>105</sup> VON LISZT, Franz. *La idea de fin en el Derecho Penal*, trad. AIMONE, Enrique, Valparaíso: Edeval, 1984, p. 115.

<sup>106</sup> MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, cit. nota n° 9, p. 96.

<sup>107</sup> Esto es, aquellas teorías de la pena que combinan dos o más fines de la pena.

<sup>108</sup> En la que primaria el fin preventivo general.

<sup>109</sup> Etapa que se regiría por la función preventiva general, pero bajo la limitación de la efectiva culpabilidad del actor como elemento propio de la teoría de la retribución. Véase: ROXIN, Claus, *Derecho penal*, cit. nota n° 10, pp. 95-103

<sup>110</sup> ROTMAN, Edgardo, *Beyond punishment*, cit. nota n° 26, p. 37

<sup>111</sup> ROTMAN, Edgardo, *Beyond punishment*, cit. nota n° 26, p. 37

La confusión entre rehabilitación y castigo también se puede apreciar en modelos de rehabilitación posteriores. Para Raynor y Robinson, el modelo de rehabilitación correccional<sup>112</sup> ha sido asociado a expresiones como “castigo rehabilitador” o rehabilitación penal”. Con todo, más que entender a la rehabilitación como sinónimo del castigo, dichos autores sostienen que cuando la rehabilitación ha sido ligada al castigo, lo ha sido, generalmente, bajo el modelo de rehabilitación correccional<sup>113</sup>.

### **2.3. Rehabilitación como fin del sistema penitenciario y/o de la ejecución de la pena.**

La literatura penal continental clásicamente ha distinguido entre los denominados “tres momentos” de la pena, que conceptualmente operarían de manera consecutiva<sup>114</sup>. Estos corresponderían a los momentos de conminación (correspondiente a la creación y publicación de la ley penal), imposición en caso de comisión del supuesto de hecho contemplado en la norma penal (correspondiente al momento de determinación judicial de la pena) y el momento de su ejecución, generalmente a cargo de la autoridad administrativa. De esta forma, a diferencia de la teoría de la prevención especial positiva que entiende a la rehabilitación como un fin de la imposición de la pena, también es posible entender que la rehabilitación debe ser exclusivamente un fin u orientación de las políticas aplicables en el momento de la ejecución de la pena.

Esta postura es a la que ha apuntado la visión humanista o antropocéntrica de rehabilitación propuesta por Rotman. Dicho concepto de rehabilitación entiende que ésta debe separarse de todo elemento punitivo, dado que las únicas funciones que podría tener el castigo son de índole retributiva o preventiva<sup>115</sup>. Luego, la rehabilitación no resulta un fin en sí misma, sino que debe ser necesariamente entendida como un objetivo del sistema penitenciario que busca minimizar, contrarrestar y/o evitar los efectos nocivos aparejados al encarcelamiento<sup>116</sup>. Esto implica no solo transformar el ambiente desocializador de la cárcel, sino también reemplazar dicho tipo de castigo por alternativas no privativas

---

<sup>112</sup> Para estos autores, la expresión rehabilitación correccional es similar al modelo de tratamiento definido por Rotman. En: RAYNOR, Peter; ROBINSON, Gwen, *Rehabilitation*, cit. nota n° 18, p. 6.

<sup>113</sup> RAYNOR, Peter; ROBINSON, Gwen, *Rehabilitation*, cit. nota n° 18, p. 6.

<sup>114</sup> Sin embargo, esta categorización no deja de ser controvertida. Por ejemplo, según Juan Pablo Mañalich, los denominados tres momentos de la pena constituyen una distinción conceptual artificial que en la práctica ha derivado en la exclusión de la ejecución penal de la lista de temas de relevancia dentro la doctrina penal y en su tratamiento asistemático y desconectado de la doctrina penal y procesal penal. Al respecto veáse MAÑALICH, Juan Pablo, “El derecho penitenciario entre la ciudadanía y los derechos humanos”, *Derecho y humanidades*, n° 18 (2011), pp. 163-178.

<sup>115</sup> Más adelante Rotman sugiere que el único objetivo del castigo es la prevención, dado que ésta siempre ha sido la esencia del Derecho Penal. En: ROTMAN, Edgardo, *Beyond punishment*, cit. nota n° 26, p. 13.

<sup>116</sup> De hecho, Rotman sugiere que actualmente la rehabilitación puede ser vista más como un pariente lejano del abolicionismo penal que como una variación del castigo. En: ROTMAN, Edgardo, *Beyond punishment*, cit. nota n° 26, p. 22.

de libertad, siempre que esto sea posible<sup>117</sup>. Bajo esta visión, lo descrito constituye la única relación que puede existir entre rehabilitación y castigo<sup>118-119</sup>.

#### **2.4. Rehabilitación como alternativa al castigo.**

Finalmente, si bien en un contexto diferente al analizado hasta aquí, la rehabilitación también puede ser vista como una alternativa al castigo. Según Robinson y Crow, esto se da en el caso en que un ofensor evita someterse a un castigo penal, pero de todas formas es derivado por la justicia penal a una instancia de rehabilitación para recibir ayuda. Un ejemplo de lo anterior son los sistemas de derivación a los que son sometidos los ofensores menores de edad y/o aquellos con desórdenes mentales para recibir intervenciones o tratamientos como una alternativa al castigo penal<sup>120</sup>.

En todo caso, la rehabilitación como alternativa al castigo también ha sido asociada con el reemplazo del castigo de prisión por alternativas no privativas de libertad al que propende el ideal rehabilitador –sobre todo bajo una concepción humanista o centrada en derechos–, como por ejemplo la aplicación de la libertad condicional<sup>121</sup>.

### **3. Conclusiones del marco teórico.**

A modo de conclusión de este capítulo, es posible señalar que:

1. Los modelos históricos de rehabilitación descritos por Rotman permiten realizar una distinción teórica entre un concepto autoritario y humanista de rehabilitación. Estos conceptos teóricos se diferencian en base a ciertos elementos, como la importancia otorgada al consentimiento del ofensor, el uso de la privación de libertad como último recurso o la búsqueda de la evitación de los efectos nocivos aparejados a la aplicación del castigo.

---

<sup>117</sup> ROTMAN, Edgardo, *Beyond punishment*, cit. nota n° 26, p. 10-11.

<sup>118</sup> Para Raynor y Robinson, bajo este modelo, la rehabilitación y el castigo se encontrarían conceptualmente divorciados. En: RAYNOR, Peter; ROBINSON, Gwen, *Rehabilitation*, cit. nota n° 18, p. 6.

<sup>119</sup> Esta visión de la relación entre rehabilitación y castigo se puede desprender también de lo que ha señalado Silva Cuneo al respecto: “(...) normalmente los efectos negativos (en el penado, en su familia y en la sociedad toda) serán gigantescos en comparación con el modesto bien que pueden generar las buenas intenciones de los rehabilitadores. Lo anterior no significa que no podamos adherir a las actividades tendientes a la reinserción, pero solo en cuanto estas hagan menos inhumana la vida del condenado, mas no como fundamento mismo de una pena”. CUNEO NASH, Silvio, *El Encarcelamiento Masivo*, cit. nota n° 13, p. 122.

<sup>120</sup> ROBINSON, Gwen; CROW, Iain D, *Offender rehabilitation*, cit. nota n° 21, p. 6.

<sup>121</sup> MCNEILL, Fergus, “Four forms”, cit. nota n° 11, p. 9.

2. Los elementos propios de la visión humanista de rehabilitación permiten sostener que dicha concepción resulta ser más respetuosa de la capacidad de agencia del sujeto sometido al castigo y de su calidad de sujeto titular de derechos, mientras que el modelo autoritario entiende al individuo como un objeto de intervención estatal. Lo anterior se ve reforzado por lo planteado por autores como Duff y Mir Puig, que se han inclinado por visiones de la rehabilitación cercanas a un estándar humanista o antropocéntrico como el planteado por Rotman.
3. Si bien suelen confundirse diversas expresiones para hacer referencia a la rehabilitación, es posible establecer diferencias entre éstas a partir del uso que se les ha otorgado en la práctica. De esta forma, existirían expresiones más modernas, como la de “resocialización” o “reintegración”, que apuntan en mayor medida a una concepción humanista de rehabilitación, en contraposición a expresiones como “reforma” o “rehabilitación” que pueden ser asociadas a conceptos de índole autoritario.
4. Finalmente, si bien lo más común es entender a la rehabilitación como un fin de la imposición de la pena, es posible establecer otras relaciones entre rehabilitación y castigo. Este tipo de relación también se encuentra ligada con los diferentes conceptos teóricos de rehabilitación existentes. Lo anterior, dado que un modelo autoritario de rehabilitación confunde la relación entre rehabilitación y castigo, mientras que un concepto humanista entiende a la rehabilitación como un fin necesario del sistema penitenciario y/o de la ejecución de la pena.

Frente a estas conclusiones, queda abierta la pregunta sobre el concepto de rehabilitación que ha sido recogido tanto por la normativa internacional como por las constituciones sudamericanas. En el siguiente capítulo se analizan los lineamientos generales que han establecido los cuerpos normativos internacionales sobre la materia, en relación con uno u otro concepto de rehabilitación.





## SEGUNDO CAPÍTULO. EL PRINCIPIO DE REHABILITACIÓN EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL.

Este capítulo tiene como objetivo definir las orientaciones generales que han establecido los principales instrumentos internacionales<sup>122</sup> en relación con el principio de rehabilitación en materia penitenciaria y/o penal<sup>123</sup>. Esto, con el objeto de analizar en el tercer capítulo de este trabajo, si lo que han señalado las constituciones sudamericanas al respecto resulta coherente con dichas directrices.

La información analizada en esta sección proviene de la revisión de diversas normas internacionales, tanto del régimen general de Derechos Humanos como de normativa específica respecto a temas como privación de libertad o régimen penitenciario, todos los cuales hacen referencia en mayor o menor medida a la rehabilitación como principio orientador en el ámbito penitenciario y/o penal. Específicamente, se trata de los siguientes cuerpos normativos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>124</sup>, la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>125-126</sup>, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (en adelante, “Reglas Nelson Mandela”)<sup>127</sup>, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad<sup>128</sup>, los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos<sup>129</sup>, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (en adelante, “Reglas de Tokio”)<sup>130</sup>, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (en adelante, “Reglas de Beijing”)<sup>131</sup>, las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (en adelante, “Reglas de Bangkok”)<sup>132</sup>, y los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas<sup>133</sup>. La revisión se

---

<sup>122</sup> En estos incluyo tanto a Tratados Internacionales como a lo que en el derecho internacional se conoce como reglas *softlaw* relativas a materias penitenciarias.

<sup>123</sup> Para una guía completa sobre los estándares internacionales en materia de derechos fundamentales de los privados de libertad, véase CASTRO, Álvaro; CILLERO, Miguel y MERA, Jorge. *Derechos fundamentales de los privados de libertad. Guía práctica con los estándares internacionales en la materia*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2010.

<sup>124</sup> Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor el 23 de marzo de 1976.

<sup>125</sup> Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

<sup>126</sup> Para un análisis pormenorizado de los estándares jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de imputados y condenados privados de libertad, véase: CASTRO, Álvaro, “Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de imputados y condenados privados de libertad”, *Anuario de Derechos Humanos*, n°14 (2018), pp.35-54.

<sup>127</sup> Aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas el 17 de diciembre de 2015.

<sup>128</sup> Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

<sup>129</sup> Adoptados y proclamados por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 45/111, del 14 de diciembre de 1990.

<sup>130</sup> Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

<sup>131</sup> Aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 40/33, del 29 de noviembre de 1985.

<sup>132</sup> Aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de marzo de 2011.

<sup>133</sup> Adoptados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, durante el 131° período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

realizó sobre la base de la búsqueda electrónica de conceptos clave. Las palabras utilizadas fueron: resocialización, rehabilitación, reintegración, fines de la pena, reeducación, socialización, tratamiento, reinserción, integración, readaptación, reincorporación, reforma, oportunidad y consentimiento.

Para efectos de determinar orientaciones generales comunes entre estos instrumentos internacionales, el análisis se centrará en cuatro aspectos relevantes: las expresiones específicas que utilizan dichas normas para referirse al principio de rehabilitación, la relación establecida entre rehabilitación y castigo, el tipo de pena respecto del cual se consagra este principio y el establecimiento de lineamientos propios de un estándar humanista o antropocéntrico de rehabilitación, tales como el uso de la privación de libertad como último recurso, la apelación a la noción de oportunidad o consentimiento del recluso respecto de las medidas rehabilitadoras aplicables y la evitación de los efectos nocivos de la aplicación del castigo y/o la garantía de derechos básicos en el marco de su ejecución.

## **1. Análisis de las principales orientaciones de los instrumentos internacionales en torno al principio de rehabilitación.**

### **1.1. Expresiones utilizadas por la normativa internacional para hacer referencia al principio de rehabilitación.**

De la revisión de los instrumentos internacionales mencionados, es posible desprender dos ideas sustantivas. En primer lugar, todos consagran explícitamente –aunque con mayor o menor énfasis– la rehabilitación como un principio orientador en materia penitenciaria y/o penal<sup>134</sup>. Por ejemplo, los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos señalan que: “[c]on la participación y ayuda de la comunidad y de instituciones sociales, y con el debido respeto de los intereses de las víctimas, se crearán condiciones favorables para la reincorporación del ex recluso a la sociedad en las mejores condiciones posibles” (principio 10). Asimismo, las Reglas de Beijing establecen que: “[s]e procurará proporcionar a los menores, en todas las etapas del procedimiento, asistencia en materia de alojamiento, enseñanza o

---

<sup>134</sup> En efecto, es posible encontrar referencias explícitas a la rehabilitación como principio orientador en materia penal y/o penitenciaria en las Reglas Nelson Mandela (Reglas N° 4.1, 4.2, 25.1, 40.1, 59, 88.1, 89.1, 90, 91, 93.1, 96.1, 102.2, 107, 108.1 y 122), en las Reglas de Tokio (Reglas N° 1.5, 1.6, 9.1, 10.1, 10.4, 12.2 y 18.3), en las Reglas de Bangkok (Reglas N° 4, 29, 40, 43, 46, 47, 63, 69 y 70.1), en las Reglas de Beijing (Reglas N° 24.1, 25.1 y 29.1), en las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas N° 3, 8, 14, 38, 45, 51, 54, 59, 67, 79 y 80), en los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos (principios N° 8 y 10), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 10.3), en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 5.6) y en los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (principios XIII y XIV).

capacitación profesional, empleo o cualquiera otra forma de asistencia, útil y práctica, para facilitar el proceso de rehabilitación” (regla 24.1).

En segundo lugar, todos los cuerpos normativos examinados utilizan indistintamente términos como reinserción, reintegración, rehabilitación, reincorporación o reforma al hacer referencia al principio de rehabilitación. Por ejemplo, las Reglas de Tokio hacen referencia tanto a la expresión reinserción social (reglas 9.1, 10.1, 10.4, 12.2, 18.3) como a la expresión rehabilitación (reglas 1.5 y 1.6). En el mismo sentido, las Reglas de Beijing utilizan tanto el concepto de reintegración (regla 29.1) como el de rehabilitación (regla 24.1 y 25.1). Por su parte, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas establecen que tanto la reforma, la readaptación social y la rehabilitación social deben ser promovidas por los Estados respecto de las personas privadas de libertad (principios XIII y XIV).

Por lo expuesto, es posible concluir que, si bien todos los instrumentos internacionales analizados contienen alguna directriz en torno a la rehabilitación en materia penitenciaria y/o penal, no existe una tendencia concreta en relación con el uso de una expresión precisa y determinada para hacer referencia a dicho principio orientador.

## **1.2. Relación entre castigo y rehabilitación: contexto de la consagración del principio de rehabilitación en el derecho internacional.**

Una vez establecida la consagración del principio de rehabilitación por parte de los instrumentos internacionales antedichos, cabe determinar el contexto en el que dichas normas internacionales han establecido el mencionado principio. Como vimos en el capítulo primero, la rehabilitación puede ser entendida como fin de la pena, como un castigo en sí misma, como una alternativa a la pena, o como un principio orientador u objetivo de las políticas penitenciarias aplicables en el momento de la ejecución de la pena.

Los resultados del análisis permiten sostener que la mayoría de los instrumentos internacionales estudiados establecen a la rehabilitación como un objetivo o política orientadora que los Estados deben tener en consideración al momento de la ejecución de la pena. Si bien esto se establece de manera explícita, por ejemplo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al señalar que: “[e]l régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados” (artículo 10.3), el resto de las normas internacionales señalan que la

rehabilitación constituye un objetivo a seguir en materia de provisión de condiciones o servicios particulares en el contexto de la aplicación de la pena, como por ejemplo, servicios de salud, programas de educación y/o trabajo, entre otros. Así, si bien la mayoría de estos instrumentos internacionales no establecen explícitamente a la rehabilitación como un principio orientador del régimen penitenciario, esto se puede colegir a partir de su consagración como finalidad de las condiciones particulares bajo las cuales los condenados deben cumplir la pena que se les ha impuesto. Por ejemplo, las Reglas de Bangkok establecen que: “[l]as autoridades penitenciarias alentarán y, de ser posible, facilitarán las visitas a las reclusas, como condición previa importante para asegurar su bienestar psicológico y su reinserción social” (regla 43). En el mismo sentido, los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos señalan que: “[s]e crearán condiciones que permitan a los reclusos realizar actividades laborales remuneradas y útiles que faciliten su reinserción en el mercado laboral del país y les permitan contribuir al sustento económico de su familia y al suyo propio” (principio 8).

Por otra parte, existe un grupo de tratados internacionales que establecen a la rehabilitación como un fin de la pena en sí misma (no respecto de su ejecución). Este es el caso, por ejemplo, de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece: “[l]as penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados” (artículo 5.6). En este contexto, cabe destacar lo señalado por las Reglas Nelson Mandela, en tanto establecen que: “[l]os objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia. Esos objetivos solo pueden alcanzarse si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, la reinserción de los ex reclusos en la sociedad tras su puesta en libertad, de modo que puedan vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo” (regla 4.1). Así, si bien esta norma internacional preceptúa que la pena debe estar orientada a finalidades propias de una teoría de la prevención general<sup>135</sup>, a su vez señala que la única forma de alcanzar estos objetivos es encaminar la ejecución de la pena de privación de libertad a la reinserción de los condenados, por lo que en principio dicha norma estaría encaminando el fin de la pena tanto a la prevención general (disuasión) como a la prevención especial positiva (rehabilitación).

El análisis realizado en esta sección permite concluir que una buena parte de los instrumentos internacionales bajo estudio establecen a la rehabilitación como un objetivo a perseguir en el momento de ejecución de la pena. Algunos instrumentos internacionales consagran explícitamente este principio

---

<sup>135</sup> Esto es, “(...) una teoría que tiende a la prevención de delitos (y con ello preventiva y relativa), como consecuencia de lo cual la pena debe, sin embargo, actuar no especialmente sobre el condenado, sino generalmente sobre la comunidad”. ROXIN, Claus, *Derecho penal*, cit. nota n° 10, p. 89.

como el objetivo del régimen penitenciario, mientras que otros lo incorporan de forma más indirecta como un objetivo al que debe apuntar las condiciones bajo las cuáles se ejecuta una pena por parte del Estado. Asimismo, aunque en menor medida, otros tratados internacionales establecen que el principio de rehabilitación debe orientar la imposición misma de la pena.

### **1.3. Tipos de pena respecto de los cuales se establece el principio de rehabilitación en la normativa internacional.**

En tercer lugar, resulta relevante determinar si la rehabilitación es un principio que debe orientar únicamente a la imposición y/o ejecución de penas privativas de libertad, o si los instrumentos internacionales bajo análisis también lo contemplan como un objetivo respecto a otro tipo de penas.

El análisis de las normas internacionales evidencia al menos dos tendencias sobre esta materia. En primer lugar, existe un grupo de normas internacionales que consagran el principio de rehabilitación únicamente respecto de la pena privativa de libertad. En este grupo podemos encontrar a las Reglas Nelson Mandela (por ejemplo, regla 4.1), las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (por ejemplo, regla n° 3), los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos (por ejemplo, principio 8), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 5.6) y los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (por ejemplo, Principio XIII). En buena parte de estas normas internacionales el principio de rehabilitación gira exclusivamente en torno a las penas privativas de libertad, justamente porque constituyen reglas que tienen por objeto fijar condiciones y/o derechos respecto de los condenados que se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad frente a la actuación del aparato penal del Estado<sup>136</sup>.

Un segundo grupo de normas internacionales consagran el principio de rehabilitación en el contexto de la imposición y/o ejecución tanto de las penas privativas de libertad como de las penas no privativas de libertad. Estos son los casos de las Reglas de Bangkok (por ejemplo, regla 29 y regla 63), las Reglas de

---

<sup>136</sup> En el derecho internacional de los derechos humanos esta noción de vulnerabilidad dice relación con la especial alerta que deben tener las autoridades respecto del momento de la privación de libertad, dado que, conforme lo ha demostrado la experiencia, éste implica un alto riesgo de conductas atentatorias contra la vida y integridad física y psíquica de los internos. En CASTRO, Álvaro; CILLERO, Miguel y MERA, Jorge. *Derechos fundamentales*, cit. nota n° 123, p. 29. Un ejemplo de lo anterior se puede encontrar en la introducción de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas, en que se destaca “la importancia que tiene el debido proceso legal y sus principios y garantías fundamentales en la efectiva protección de los derechos de las personas privadas de libertad, dada su particular situación de vulnerabilidad”. En el mismo sentido, el texto de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad “[r]econoce que, debido a su gran vulnerabilidad, los menores privados de libertad requieren especial atención y protección y que deberán garantizarse sus derechos y bienestar durante el período en que estén privados de libertad y con posterioridad a él” (introducción, n° 2).

Beijing (por ejemplo, regla 5.1) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 10.3). En particular, este último hace referencia a la finalidad de reforma y readaptación a las que debe apuntar el régimen penitenciario en general, sin distinguir entre penas privativas y no privativas de libertad (artículo 10.3). Por otra parte, las Reglas de Beijing establecen que: “[s]e procurará proporcionar a los menores, en todas las etapas del procedimiento, asistencia en materia de alojamiento, enseñanza o capacitación profesional, empleo o cualquiera otra forma de asistencia, útil y práctica, para facilitar el proceso de rehabilitación”, sin realizar una distinción entre penas privativas y no privativas de libertad (regla 24.1)<sup>137</sup>.

En este contexto, las Reglas de Tokio constituyen un caso particular, dado que justamente se encuentran encaminadas a establecer “una serie de principios básicos para promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad, así como salvaguardias mínimas para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas de la prisión” (regla 1.1). Por ello, si bien no abordan el principio de rehabilitación en el marco de las penas privativas de libertad, sí establecen este principio respecto de las medidas no privativas de libertad, al señalar que: “[l]os Estados Miembros introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y de esa manera reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente” (regla 1.5).

Los resultados del análisis dan cuenta de que, a nivel de normativa internacional, existen lineamientos importantes en torno al principio de rehabilitación tanto respecto de las penas privativas de libertad como de las no privativas de libertad. Dichas orientaciones provienen de instrumentos internacionales enfocados específicamente en el establecimiento de normas aplicables a los condenados privados de libertad (como las Reglas Nelson Mandela), de instrumentos que consagran lineamientos específicos respecto de penas no privativas de libertad (como las Reglas de Tokio), o de normas internacionales que regulan los principios aplicables a todo tipo de penas (como las Reglas de Bangkok).

---

<sup>137</sup> Por lo demás, como su título lo señala, este tratado internacional asienta principios mínimos respecto de la administración de la justicia de menores en general, por lo que sus reglas apuntan a normar todo tipo de pena aplicable en dicho contexto. Por ejemplo, la regla 5.1 de dicho tratado establece que: “[e]l sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito”.

#### **1.4. Orientaciones relativas a un estándar humanista de rehabilitación en la normativa internacional.**

Por último, sobre la base del marco teórico expuesto en el primer capítulo de este trabajo, se analizarán los instrumentos internacionales a partir de tres elementos que caracterizan a un concepto de rehabilitación humanista o centrado en los derechos y que lo diferencian de modelos autoritarios. En lo que sigue, se examinarán las orientaciones que establecen los instrumentos internacionales respecto de la consagración de derechos básicos tendientes a la evitación de los efectos nocivos del castigo, la utilización de la pena privativa de libertad como último recurso y la presencia de la noción de oportunidad o consentimiento de los ofensores en relación con las medidas resocializadoras que les son aplicables.

##### **1.4.1. Consagración de condiciones o derechos básicos tendientes a la evitación de los efectos nocivos del castigo.**

La normativa internacional estudiada establece lineamientos relevantes respecto de la necesidad de evitar las consecuencias dañinas asociadas a la aplicación del castigo. En este sentido, encontramos lo establecido por las Reglas Nelson Mandela (reglas 3 y 5.1), las Reglas de Tokio (reglas 2.6, 3.8 y 3.10) y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (regla 3). Por ejemplo, las Reglas de Tokio señalan que: “[d]urante la aplicación de las medidas no privativas de la libertad, los derechos del delincuente no podrán ser objeto de restricciones que excedan las impuestas por la autoridad competente que haya adoptado la decisión de aplicar la medida” (regla 3.10). Más explícitas son las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad<sup>138</sup> y las Reglas Nelson Mandela. Estas últimas señalan que: “La prisión y demás medidas cuyo efecto es separar a una persona del mundo exterior son aflictivas por el hecho mismo de que despojan a esa persona de su derecho a la autodeterminación al privarla de su libertad. Por lo tanto, a excepción de las medidas de separación justificadas y de las que sean necesarias para el mantenimiento de la disciplina, el sistema penitenciario no deberá agravar los sufrimientos inherentes a tal situación” (regla 3). Asimismo, establecen que: “[e]l régimen penitenciario procurará reducir al mínimo las diferencias entre la vida en

---

<sup>138</sup> La regla 3 de dicha normativa internacional establece que: “[e]l objeto de las presentes Reglas es establecer normas mínimas aceptadas por las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad en todas sus formas, compatibles con los derechos humanos y las libertades fundamentales, con miras a contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de detención y fomentar la integración en la sociedad”. Al respecto, también se ha señalado que la Regla 66 de la mencionada normativa internacional otorga un contenido específico a al principio de rehabilitación en relación con el sistema disciplinario aplicable en centros de reclusión. En: NASH, Claudio; MILOS, Catalina; AGUILÓ, Pedro, *Personas privadas de libertad y medidas disciplinarias en Chile: análisis y propuestas desde una perspectiva de derechos humanos*, Santiago: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2013, p.66.

prisión y la vida en libertad que tiendan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a su dignidad como ser humano” (regla 5.1).

Adicionalmente, es necesario destacar que la mayoría de los tratados internacionales bajo análisis consagran una serie de derechos y/o condiciones básicas específicas con que deben contar los condenados, tales como educación, salud, higiene y/o trabajo, los que van de la mano con el objetivo de evitar los efectos nocivos que implica la aplicación del castigo. En esta línea encontramos, por ejemplo, a las Reglas Nelson Mandela (por ejemplo, reglas 4.2 y 13), las Reglas de Tokio (por ejemplo, las reglas 10.4 y 13.1), las Reglas de Bangkok (por ejemplo, las reglas 4, 5, 10, 12, y 17), las Reglas de Beijing (por ejemplo, las reglas 24.1, 26.1 y 26.6), las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (por ejemplo, las reglas 31, 32, 38 y 47), los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos (por ejemplo, principio 6 y 8) y los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (por ejemplo el principio XII y XIII)<sup>139</sup>.

Por último, parte de estos cuerpos normativos también establecen fórmulas generales que apuntan a la necesidad de respetar los derechos de los condenados y/o asegurar condiciones básicas acordes a su dignidad humana en el contexto de la ejecución del castigo. En esta línea encontramos, por ejemplo, las Reglas de Beijing (regla 1.2), las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (regla 12), los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos (principio 5) y los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (principio I). Esta última normativa internacional señala que: “[e]n particular, y tomando en cuenta la posición especial de garante de los Estados frente a las personas privadas de libertad, se les respetará y garantizará su vida e integridad personal, y se asegurarán condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad” (principio I).

El examen de los instrumentos internacionales sobre este punto permite concluir que existen directrices relevantes en torno a la necesidad de evitar los efectos dañinos que implica la aplicación del castigo. Estos lineamientos han sido consagrados de forma expresa por parte de algunas normas internacionales, a través de una serie de condiciones y/o derechos básicos particulares que deben ser asegurados por el Estado a los condenados y/o mediante el establecimiento de fórmulas generales que apuntan a la

---

<sup>139</sup> Por ejemplo, las Reglas de Bangkok señalan que: “Los recintos destinados al alojamiento de las reclusas deberán contar con las instalaciones y artículos necesarios para satisfacer las necesidades de higiene propias de su género, incluidas toallas sanitarias gratuitas y el suministro permanente de agua para el cuidado personal de niños y mujeres, en particular las que cocinen, las embarazadas y las que se encuentren en período de lactancia o menstruación” (Regla 5). Por su parte, los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos señalan que “[t]odos los reclusos tendrán derecho a participar en actividades culturales y educativas encaminadas a desarrollar plenamente la personalidad humana” (principio 6).



necesidad de respetar los derechos de los condenados y/o asegurar condiciones básicas acordes a su dignidad humana en el entorno de la ejecución del castigo.

#### **1.4.2. Pena privativa de libertad como último recurso.**

Otro elemento central de una noción humanista o antropocéntrica de rehabilitación dice relación con el establecimiento de la pena privativa de libertad como último recurso. Al respecto, la mayoría de los instrumentos internacionales analizados establecen explícitamente la necesidad de preferir medidas no privativas de libertad por sobre la sanción de prisión y recomiendan a los Estados adoptar medidas para hacer esto posible. En esta línea se pronuncian las Reglas Nelson Mandela (regla 3), las Reglas de Tokio (reglas 1.1, 1.5, 2.3 y 6.1), las Reglas de Bangkok (reglas 57,59 y 60), las Reglas de Beijing (regla 19.1), las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (2) y los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (principio III. 2 y 4). Por ejemplo, este último cuerpo normativo señala que: “[s]e deberá asegurar por la ley que en los procedimientos judiciales o administrativos se garantice la libertad personal como regla general, y se aplique como excepción la privación preventiva de la libertad, conforme se establece en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos” (principio III.2). En el mismo sentido, las Reglas de Tokio establecen que: “[e]n el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima” (regla 6.1).

#### **1.4.3. Noción de oportunidad o consentimiento de los ofensores en relación con las medidas resocializadoras que les son aplicables.**

Como tercer elemento central de un estándar humanista o antropocéntrico de rehabilitación, es necesario ahondar en la consagración de la noción de oportunidad y/o la necesidad de consentimiento por parte de los ofensores en relación con las medidas resocializadoras que les son aplicables a partir del castigo.

Al respecto, existen varios instrumentos internacionales que establecen una oferta de medidas resocializadoras entendidas como una oportunidad a la que el condenado puede optar. Asimismo, es posible identificar normas internacionales que consagran la necesidad de contar con el consentimiento del condenado respecto de la aplicación de medidas rehabilitadoras.

El énfasis en las medidas resocializadoras entendidas como una oportunidad respecto de la cual el condenado puede decidir libremente, se encuentra presente en las Reglas Nelson Mandela (regla 96.1), las Reglas de Tokio (reglas 10.4 y 17.2), las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (reglas 18.b y 45), los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos (principio 6) y los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (principio XIII y XIV). En particular, cabe destacar el contenido de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, que establecen lo siguiente: “Cuando sea posible, deberá darse a los menores la oportunidad de efectuar un trabajo remunerado y de proseguir sus estudios o capacitación, pero no serán obligados a hacerlo. En ningún caso se mantendrá la detención por razones de trabajo, de estudios o de capacitación” (regla 18.b).

Por otra parte, las Reglas Nelson Mandela (regla 32.1 y 32.2), las Reglas de Tokio (reglas 3.4), las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (regla 55) y los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (principio X) consagran la necesidad de contar con el consentimiento del condenado respecto de la aplicación de medidas rehabilitadoras. Cabe destacar que la mayoría de estas normas se encuentran vinculadas con medidas que pueden ser particularmente intrusivas para los condenados, como las intervenciones médicas. Por ejemplo, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas establecen que: “[s]in menoscabo de lo dispuesto en el párrafo 1 d) de esta regla, se podrá permitir que los reclusos, previo consentimiento suyo libre e informado, y de conformidad con la legislación aplicable, participen en ensayos clínicos y en otro tipo de investigaciones médicas accesibles a nivel de la comunidad si se prevé que reportarán un beneficio directo y apreciable para su salud, y donen células, tejido y órganos a un familiar” (principio X).

## **2. Resultado del análisis: lineamientos generales del derecho internacional relativos al principio de rehabilitación.**

Los lineamientos generales que se han descrito hasta este momento tienen como finalidad constituir una base para el posterior análisis del cumplimiento de la normativa internacional relativa al principio de rehabilitación por parte de las constituciones sudamericanas. Para facilitar esta tarea, a continuación se expone el conjunto de resultados que pueden extraerse del análisis realizado en las diversas secciones de este capítulo:

1. En primer lugar, todos los instrumentos internacionales bajo análisis contienen alguna directriz en torno a la rehabilitación en el ámbito penitenciario y/o penal. Sin embargo, no existe una tendencia concreta respecto al uso de una determinada expresión para hacer referencia a dicho principio orientador.
2. La mayoría de los instrumentos internacionales analizados establecen a la rehabilitación como un objetivo al que deben apuntar las condiciones bajo las cuáles se ejecuta una pena por parte del Estado. También es posible encontrar instrumentos internacionales que consagran al principio de rehabilitación como el fin mismo de la imposición de la pena.
3. Es posible encontrar lineamientos importantes en torno al principio de rehabilitación tanto respecto de las penas privativas de libertad como no privativas de libertad.
4. Existen directrices internacionales relevantes sobre la necesidad de evitar los efectos dañinos que implica la aplicación del castigo. Estas se han instituido a través de varias fórmulas: vía establecimiento expreso, mediante la consagración de una serie de condiciones y/o derechos básicos particulares que deben ser asegurados por el Estado a los condenados y a través del establecimiento de fórmulas generales que apuntan a la necesidad de respetar los derechos de los condenados y/o asegurar condiciones básicas acordes a su dignidad humana en el contexto de la ejecución del castigo.
5. Por último, la existencia de una oferta de medidas resocializadoras entendidas como una oportunidad a la que el condenado puede optar es una idea que ha sido recogida por buena parte de los instrumentos internacionales mencionados. Asimismo, existen normas internacionales que establecen la necesidad de contar con el consentimiento del condenado en cuanto a la aplicación de medidas que podrían resultar especialmente intrusivas, como las intervenciones médicas.



### **TERCER CAPÍTULO. ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE REHABILITACIÓN UTILIZADO POR LAS CONSTITUCIONES SUDAMERICANAS Y DE SU CONGRUENCIA CON LOS PRINCIPALES LINEAMIENTOS ESTABLECIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL AL RESPECTO.**

Considerando los conceptos descritos en el marco teórico de este trabajo, a continuación, se analizará la forma en que las cartas fundamentales de Sudamérica han consagrado el principio de rehabilitación en materia penitenciaria y/o penal. Adicionalmente, y en conexión con el análisis realizado en el segundo capítulo de este trabajo, se examinará si las cartas constitucionales sudamericanas cumplen los estándares establecidos internacionalmente en torno al principio de rehabilitación.

#### **1. Análisis del concepto de rehabilitación utilizado por las constituciones sudamericanas: tendencias en la consagración del principio de rehabilitación.**

Los datos analizados en esta sección provienen de la revisión de las cartas fundamentales de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, sobre la base de la búsqueda electrónica de conceptos clave. Los criterios de búsqueda utilizados fueron: preso, presa, prisión, penitencia, reclusión, rehabilitación, reinserción, reeducación, reforma, reintegración, inserción, cárcel, pena, condena, tortura, muerte, y libertad.

El análisis de estas cartas constitucionales revela la importancia de cuatro temas emergentes: la consagración expresa del principio de rehabilitación, las expresiones específicas utilizadas para referirse a dicho principio, la relación establecida entre castigo y rehabilitación y el concepto teórico de rehabilitación establecido. A continuación, se describe el resultado del análisis en relación con estos cuatro temas.

##### **1.1. Consagración explícita del principio de rehabilitación por parte de las constituciones sudamericanas.**

Para analizar el concepto de rehabilitación que utilizan las cartas fundamentales sudamericanas, en primer lugar, resulta necesario determinar si éstas efectivamente han consagrado el principio de rehabilitación.

Al respecto, es posible encontrar dos tendencias en cuanto a la consagración del principio de rehabilitación. En primer lugar, existe un grupo de países en cuyas constituciones se enuncia

explícitamente dicho principio. En esta línea encontramos los casos de Bolivia (Artículo 118. III), Ecuador (artículo 203), Paraguay (artículo 20), Perú (artículo 139.22), Uruguay (artículo 26), y Venezuela (artículo 272).

Por ejemplo, la carta fundamental de Perú consagra expresamente: “[s]on principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) [e]l principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad” (artículo 139, n° 18). Por su parte, la constitución ecuatoriana establece que los sujetos privados de libertad deberán ingresar a “[c]entros de rehabilitación social” (artículo 203). A su vez, instituye que dicho sistema “tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos.” (artículo 203).

Por otra parte, cabe mencionar el caso de la constitución de Uruguay (artículo 26), respecto de la cual es necesario analizar más profundamente su texto para poder sostener la vigencia del principio de rehabilitación en materia penitenciaria. Dicha norma constitucional establece que: “[s]e permitirá que la cárcel sirva] sólo para asegurar a los procesados y penados, persiguiendo su reeducación, la aptitud para el trabajo y la profilaxis del delito” (Artículo 26). Pese a su falta de claridad, es posible aventurar que el uso del concepto de “profilaxis” constituye una referencia a la necesidad de que la cárcel sirva tanto para un fin preventivo general (disuasión) como particular (resocialización). La consagración del fin particular de resocialización además se ve apoyado por el hecho de que esta constitución se refiere específicamente a la reeducación de los procesados y penados. El uso de la expresión “reeducación”, como se señaló en el primer capítulo, generalmente se ha asociado a un sinónimo del concepto de reinserción.

Un segundo grupo formado por las constituciones de Argentina, Brasil y Colombia no contienen referencia alguna sobre el principio de rehabilitación. Sin embargo, estos tres países han suscrito tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consagran el principio de rehabilitación en materia penitenciaria y/o penal y que han sido incorporados a su normativa vigente por medio de diversas normas. Específicamente, ello

puede encontrarse en el artículo 75 numeral 22 de la constitución argentina<sup>140</sup>, el artículo 5° párrafo segundo y tercero de la constitución brasileña<sup>141</sup> y el artículo 93 de la constitución colombiana<sup>142</sup>.

Al analizar estas normas constitucionales, cabe destacar, por sus peculiaridades, el caso de la constitución argentina. Dicha carta fundamental establece que: “[l]as cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice” (artículo 18). Como es posible apreciar, esta norma constitucional no hace referencia al principio de rehabilitación ni a conceptos asociados a éste. No obstante, al señalar que las cárceles no pueden constituir un castigo para los internos y que las medidas establecidas en este contexto no pueden mortificarlos más allá de lo que la pena exija, se ha señalado que la norma consagra el principio de humanidad en la ejecución de las penas privativas de libertad<sup>143</sup>. Al respecto, es posible encontrar ciertas similitudes entre la redacción que utiliza la norma constitucional argentina para consagrar el principio de humanidad de las penas, y algunas de las características más relevantes del estándar humanista o antropocéntrico de rehabilitación analizado en el primer capítulo. Entre estas, destaca especialmente la idea de que la cárcel no debe generar efectos nocivos adicionales al castigo mismo que ésta implica.

Los resultados del análisis evidencian que la mayoría de los países de Sudamérica presentan directrices constitucionales elementales sobre el principio de rehabilitación en materia penal. Se exceptúan los casos

---

<sup>140</sup> Dicho artículo establece que: “[c]orresponde al Congreso: (...) 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”. Al respecto, se ha señalado que, en base a este artículo, los tratados de derechos humanos enumerados en dicha norma adquirieron rango constitucional. En: NASH ROJAS, Claudio; NÚÑEZ DONALD, Constanza, “Recepción formal y sustantiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: experiencias comparadas y el caso chileno”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 50, n° 148 (2017), p. 194.

<sup>141</sup> El artículo 5° segundo párrafo señala que: “Los derechos y garantías expresadas en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte”. Por su parte, el tercer párrafo de dicho artículo establece que: “Los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos que fueren aprobados, en cada Casa del Congreso Nacional, en dos turnos, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales”. Si bien existe controversia respecto de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales suscritos por Brasil en relación a la aplicación de estos dos párrafos del artículo 5°, lo cierto es que la calidad de derecho vigente (aunque sea a nivel de ley ordinaria) de dichos tratados resulta indiscutible a partir del texto de dicha carta fundamental. Al respecto véase: MESQUITA CEIA, Eleonora, “Constitución y tratados internacionales de derechos humanos: una relación ambivalente en el derecho brasileño”, *Rev. Fac. Derecho Cienc. Polit. - Univ. Pontif. Bolívar*, vol. 46, n° 125 (2016), pp.357-383, en: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0120-38862016000200006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-38862016000200006&lng=en&nrm=iso) [consulta: 28 de enero de 2019]

<sup>142</sup> El artículo 93 establece que: “[l]os tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Este artículo les otorga una especial prevalencia a los tratados internacionales en el orden interno colombiano al convertir a estos últimos en una guía interpretativa de las propias normas constitucionales. No obstante, cabe destacar que la Corte Constitucional colombiana ha negado que la normativa internacional deba prevalecer por sobre el texto fundamental. En: NASH ROJAS, Claudio; NÚÑEZ DONALD, Constanza, “Recepción formal”, cit. nota n° 140.

<sup>143</sup> AROCENA, Gustavo A, “Las directrices fundamentales de la ejecución de la pena privativa de la libertad en el derecho argentino”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, vol. 41, n° 122 (2008), pp. 565-596, p. 567.

de Argentina, Colombia y Brasil, que no contienen mención alguna al respecto. En relación a aquellos países que consagran el principio de rehabilitación en materia penitenciaria y/o penal, cabe destacar que la totalidad de ellos realiza una referencia explícita al mencionado principio a través de diferentes expresiones que hacen alusión a la rehabilitación, según se explicará con más detalle a continuación.

## **1.2. Expresiones utilizadas por las constituciones sudamericanas para referirse al principio de rehabilitación.**

En relación a las expresiones utilizadas por las cartas fundamentales para referirse al principio de rehabilitación en el ámbito penitenciario y/o penal, es posible encontrar dos tipos de fórmulas. En primer lugar, existe un grupo de países que utilizan dos o más conceptos diferentes para hacer referencia al principio de rehabilitación. En este grupo encontramos a las constituciones de Bolivia (artículo 118.III y 74), Ecuador (artículo 77.12, 186 inciso 4 y 201 y siguientes), Perú (artículo 139) y Venezuela (artículo 272).

Por ejemplo, tanto la constitución de Ecuador como la de Venezuela utilizan indistintamente las expresiones rehabilitación y reinserción. La constitución ecuatoriana emplea prioritariamente el término rehabilitación para referirse a los centros de rehabilitación social a los cuales deben ingresar los privados de libertad. Sin embargo, en el artículo 203 se aprecia tanto la expresión rehabilitación como reinserción, al señalar que dichos centros tendrán como finalidad “la rehabilitación integral” de los privados de libertad, con el fin de “reinsertarlos” en la sociedad. En el mismo sentido, la carta fundamental de Venezuela señala que “[e]l Estado garantizará un sistema penitenciario que asegure la rehabilitación del interno o interna y el respeto a sus derechos humanos (...) El Estado creará las instituciones indispensables para la asistencia pospenitenciaria que posibilite la reinserción social del exinterno o exinterna (...)” (artículo 272). A su vez, el mismo cuerpo normativo señala que: “[t]oda víctima de tortura o trato cruel, inhumano o degradante practicado o tolerado por parte de agentes del Estado, tiene derecho a la rehabilitación” (artículo 46). Como analizaremos más adelante, el caso de la constitución venezolana resulta particular, puesto que utiliza las expresiones señaladas en tres contextos diferentes.

Por su parte, la constitución de Perú emplea indistintamente las palabras reeducación, rehabilitación y reincorporación para referirse a los objetos del régimen penitenciario (artículo 139), mientras que la carta fundamental boliviana hace referencia a la educación, habilitación e inserción social para describir la orientación que debe tener el cumplimiento de las sanciones privativas de libertad y medidas de



seguridad (artículo 118.III), y a la “reinserción social” como una responsabilidad del Estado frente a los privados de libertad (artículo 74.I).

Un segundo grupo de cartas constitucionales contiene una sola expresión para referirse al mencionado principio. En este grupo encontramos a las cartas constitucionales de Paraguay y de Uruguay. En primer lugar, la constitución de Paraguay utiliza la expresión “readaptación” de los condenados para referirse al objeto de las penas privativas de libertad (artículo 20). Por su parte, la carta fundamental de Uruguay utiliza a la expresión “reeducción” para referirse al objeto que tendrán las cárceles en dicho país (artículo 26).

Los resultados dan cuenta de una tendencia generalizada en las normas constitucionales a utilizar indistintamente términos como reinserción, rehabilitación, readaptación, reincorporación y reeducación. Así, la mayoría de las constituciones emplean dos o más expresiones para referirse al principio de rehabilitación en materia penitenciaria y/o penal y no existe una tendencia marcada respecto al uso de un tipo de expresión en particular por sobre otra.

### **1.3. Relación entre rehabilitación y castigo en las constituciones sudamericanas.**

Una segunda cuestión que resulta importante dilucidar es la relación entre rehabilitación y castigo que asumen las constituciones bajo análisis. Como se señaló en el primer capítulo de este trabajo, la rehabilitación no sólo puede analizarse desde la perspectiva del fin o finalidades de la pena, sino que también puede confundirse con la noción de castigo, establecerse como una finalidad de la etapa de ejecución de la pena, o como una alternativa al castigo.

Respecto a la relación entre rehabilitación y castigo, es posible encontrar dos tipos de fórmulas planteadas por las cartas fundamentales analizadas. En primer lugar, existe un grupo de países que consagran el principio de rehabilitación como un objetivo o finalidad del sistema de ejecución de penas. En este grupo encontramos a las constituciones de Bolivia (artículo 118.III), Ecuador (artículo 201), Perú (artículo 139), Uruguay (artículo 26) y Venezuela (artículo 272). Por ejemplo, la constitución de Perú directamente establece a la reeducación, rehabilitación y reincorporación como fines del régimen penitenciario (artículo 139).

Por su parte, la carta fundamental boliviana señala que “[e]l cumplimiento de las sanciones privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas a la educación, habilitación e inserción social de los

condenados, con respeto a sus derechos” (artículo 118.III). La expresión “cumplimiento” utilizada por esta carta constitucional hace alusión al momento de ejecución de la pena. Cabe mencionar que dicha carta fundamental también preceptúa que: “[e]s responsabilidad del Estado la reinserción social de las personas privadas de libertad, velar por el respeto de sus derechos, y su retención y custodia en un ambiente adecuado, de acuerdo a la clasificación, naturaleza y gravedad del delito, así como la edad y el sexo de las personas retenidas.” (Artículo 74). Si bien este artículo no explicita que la reinserción social es un fin de la ejecución de las penas, el marco en el cual lo establece –esto es, en relación a una serie de condiciones materiales que debe cumplir la aplicación de una medida de privación de libertad– permite concluir que dicha es la relación que asume entre reinserción y castigo.

En este punto también cabe destacar el caso de la constitución venezolana, que si bien establece la rehabilitación como un objeto que debe asegurar el sistema penitenciario (artículo 272), además la consagra en otros dos ámbitos. Así, la reinserción constituye la finalidad de las instituciones indispensables para la asistencia postpenitenciaria (artículo 272), y, a su vez, la rehabilitación es entendida como un derecho que tienen las personas sometidas a tortura, trato cruel, inhumano o degradante practicado o tolerado por el Estado (artículo 46). En relación a la finalidad de las instituciones de asistencia postpenitenciaria, en este contexto, la reinserción también puede ser entendida como un objetivo de las políticas de ejecución de la pena que se extiende a un momento posterior de la misma, dado que la noción de reinserción, como vimos, justamente dice relación con el proceso de ajuste que vive el interno al regresar a la sociedad luego de la aplicación de la condena. Por su parte, la noción de rehabilitación tratada en el artículo 46 de la carta constitucional venezolana da cuenta de una especie de derecho a una reparación por parte del Estado en el marco específico de la aplicación de tratos crueles, inhumanos o degradantes más que a una política orientadora de la ejecución de penas.

Un segundo grupo de constituciones consagra a la rehabilitación como una finalidad o principio orientador de la pena misma (no solo de su ejecución). En este grupo es posible encontrar a la constitución de Paraguay (artículo 20) y a la de Uruguay (artículo 26).

La postura de la constitución de Paraguay es clara al señalar que “[l]as penas privativas de libertad tendrán por objeto la readaptación de los condenados y la protección de la sociedad” (artículo 20). Esta norma deja entrever que el fin de la pena está orientado tanto a la readaptación de los condenados como a la protección de la sociedad en los términos de una teoría de la prevención general. La otorgación de un doble fin a la pena parece reiterarse en el caso de la constitución uruguaya, la cual dispone que la cárcel sólo podrá servir para asegurar a los procesados y penados, persiguiendo su reeducación, la aptitud

para el trabajo y la profilaxis del delito (artículo 26). Como mencionamos anteriormente, pareciera que la constitución uruguaya establece que tanto la resocialización como la disuasión (fin preventivo general) son los fines a los que debe apuntar la imposición de la pena. De esta forma, del texto de estas constituciones en principio es posible desprender que ambas adhieren a una teoría unitaria de los fines de la pena, dado que combinan dos teorías distintas sobre los fines que deben orientar la pena.

Los resultados descubren una tendencia generalizada a consagrar el principio de rehabilitación en relación con el momento de la ejecución de la pena. Específicamente, la mayoría de las constituciones sudamericanas establecen el principio de rehabilitación – a través de una o más expresiones– para referirse al principio que debe orientar el régimen penitenciario o de ejecución de penas. Destacan los casos de las constituciones de Uruguay y Paraguay, ya que ambas parecen instaurar a la rehabilitación como un fin de la pena –no como un principio orientador de su ejecución– en combinación con un fin preventivo general.

#### **1.4. Tipo de penas respecto de las cuales las constituciones sudamericanas consagran el principio de rehabilitación.**

Una vez analizadas las tendencias sobre la relación entre castigo y rehabilitación planteadas por las constituciones sudamericanas, es necesario determinar qué penas conforman el castigo implicado en dicha relación. ¿La consagración del principio de rehabilitación se realiza respecto del castigo en general o respecto de cierto tipo de penas?

Al respecto, es posible encontrar dos tendencias diferentes. En primer lugar, existe un grupo de países en cuyas constituciones se establece el principio de rehabilitación exclusivamente en relación con las penas privativas de libertad. En esta línea encontramos los casos de Bolivia (Artículos 118. III y 74), Ecuador (artículo 203), Paraguay (artículo 20) y Uruguay (artículo 26). Por ejemplo, la constitución de Paraguay en su artículo 20 consagra el fin de readaptación de los condenados solamente respecto de las penas privativas de libertad. De igual forma, la constitución ecuatoriana consagra un sistema de rehabilitación social basado en la existencia de “Centros de Rehabilitación Social” únicamente operativos para las penas privativas de libertad, según lo establece el artículo 77.12 de dicha carta constitucional.

En un segundo grupo es posible encontrar una serie de constituciones que hacen referencia al principio de rehabilitación en relación con el régimen penitenciario en general, sin distinguir el tipo de penas a los

cuales se aplica. En esta línea encontramos los casos de Perú (artículo 139), que insta a la rehabilitación como el objeto del régimen penitenciario, y de Venezuela (artículo 272), cuya carta constitucional consagra el fin resocializador de la pena como un derecho respecto del sistema penitenciario, sin realizar distinciones respecto del tipo de pena respecto del cual es aplicable. Sin embargo, aunque no realizan una distinción entre tipos de penas, ninguna de estas constituciones se pronuncia explícitamente sobre la rehabilitación como un objetivo a seguir respecto de la aplicación de penas no privativas de libertad.

Los resultados del análisis demuestran que la mayoría de las constituciones consagran el principio de rehabilitación exclusivamente en relación con las penas privativas de libertad y omiten una declaración expresa respecto de su aplicación a las penas alternativas.

### **1.5. ¿A qué concepto o modelo de rehabilitación adscriben las constituciones sudamericanas?**

De forma similar al ejercicio realizado en la sección 1.4 del capítulo segundo, para efectos de determinar si las constituciones sudamericanas adhieren a un concepto de rehabilitación humanista o centrado en derechos, se analizará la consagración de derechos básicos tendientes a la evitación de los efectos nocivos de la cárcel, la utilización de la pena privativa de libertad como último recurso y el establecimiento de la noción de oportunidad de los ofensores en relación con las medidas resocializadoras que se les pueda aplicar.

Respecto al establecimiento de derechos básicos tendientes a la evitación de los efectos nocivos que implica la aplicación del castigo, la mayoría de las cartas fundamentales sudamericanas bajo análisis consagran en menor o mayor medida la necesidad de velar por la reinserción de las personas privadas de libertad<sup>144</sup>. En esta línea encontramos los casos de Bolivia (artículo 118.III y 74), Ecuador (artículo 38, 201, 202 y 203 n° 2, 3, 4 y 5), Paraguay (artículo 20), Perú (artículo 139), Uruguay (artículo 26) y Venezuela (artículo 272 y 46.2). Por ejemplo, la carta fundamental de Ecuador señala que: “[e]l Estado establecerá condiciones de inserción social y económica real de las personas después de haber estado privadas de la libertad” (artículo 203.5). Cabe destacar que si bien las constituciones de Paraguay y Uruguay instauran el principio de rehabilitación, como explicamos en la sección 1.4 anterior, éste no se encuentra establecido como un fin orientador de la etapa de ejecución o del régimen penitenciario general, sino como un fin de la pena misma. Lo anterior resulta relevante puesto que, como vimos, un

---

<sup>144</sup> Si bien no de forma explícita, es posible concluir que el objetivo de reinserción de los condenados a la sociedad da cuenta de la necesidad de evitar los efectos desocializadores que implica el encarcelamiento.

modelo humanista o antropocéntrico de rehabilitación entiende dicho principio como el objetivo al que debe apuntar la ejecución del castigo y no como fin del castigo.

Dentro de este grupo, las constituciones de Bolivia (artículo 118.III y 74), Ecuador (artículo 203.2) y Venezuela (artículo 272) además consagran una serie de derechos básicos adicionales con los que deben contar los privados de libertad, como la educación, la salud y/o el trabajo. Por ejemplo, la carta fundamental de Venezuela señala que: “(...) los establecimientos penitenciarios contarán con espacios para el trabajo, el estudio, el deporte y la recreación (...)” (artículo 272). Por su parte, las constituciones de Bolivia (artículo 118.III y 74), Ecuador (artículo 201 y 203.3, 203.4) y Venezuela (artículo 271) establecen fórmulas generales que apuntan a la necesidad de respetar los derechos de los condenados en el contexto de la ejecución del castigo. Por ejemplo, la constitución ecuatoriana señala que el sistema de rehabilitación tendrá como finalidad “(...) la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos” (artículo 201). A su vez establece que: “[en] los centros de privación de libertad se tomarán medidas de acción afirmativa para proteger los derechos de las personas pertenecientes a los grupos de atención prioritaria” (artículo 203.4).

Respecto al establecimiento de la noción de oportunidad y/o el consentimiento de los ofensores en relación con las medidas resocializadoras que se les pueda aplicar, únicamente la constitución de Bolivia hace referencia a la oportunidad que tendrán las personas privadas de libertad para trabajar y estudiar en los centros penitenciarios (artículo 74.III). El resto de las cartas fundamentales omite referirse a este punto.

Por último, solo las constituciones de Ecuador (artículo 77.11) y de Venezuela (artículo 272) establecen la necesidad de que la pena privativa de libertad sea utilizada como último recurso, y que debe favorecerse la aplicación de sanciones alternativas a la prisión. La constitución venezolana, por ejemplo, establece que: “(...) las fórmulas de cumplimiento de penas no privativas de la libertad se aplicarán con preferencia a las medidas de naturaleza reclusoria” (artículo 272). El resto de las cartas fundamentales no contienen referencias al respecto.

Los resultados del análisis arrojan que la mayoría de las cartas constitucionales de Sudamérica establecen la necesidad de reinsertar a los ofensores a la sociedad luego de cumplida la condena, lo cual apunta a la evitación de los efectos nocivos que implica el castigo en los términos planteados por una noción humanista o antropocéntrica de rehabilitación. Dentro de este grupo, algunos países van más allá y consagran derechos básicos específicos que deben ser asegurados respecto del interno y/o establecen una

fórmula de garantía general respecto a sus derechos. En relación con los elementos propios de una concepción autoritaria de rehabilitación, si bien no existen referencias explícitas a éstos, destaca el hecho de que la mayoría de las cartas fundamentales bajo análisis omitan referirse tanto a la noción de oportunidad o el consentimiento que debe implicar el ofrecimiento de medidas resocializadoras, como a la necesidad de privilegiar penas no privativas de libertad sobre las medidas de carácter reclusorio.

## **2. Análisis del cumplimiento de la normativa internacional por parte de las constituciones sudamericanas.**

Como parte final del análisis propuesto, cabe ahondar en el cumplimiento de las directrices de la normativa internacional en materia de principio de rehabilitación, por parte de las cartas fundamentales examinadas. La importancia de este análisis dice relación con dos puntos centrales. Con respecto a los tratados internacionales analizados<sup>145</sup>, en la mayoría de los casos, han sido los propios Estados los que han incorporado esta normativa internacional como parte de su derecho interno través de determinadas normas constitucionales<sup>146</sup>. Al respecto, vale la pena recalcar que “[s]i bien el derecho internacional no dispone la forma en que debe ser incorporado ni de la jerarquía con la que debe hacerlo, los Estados deben tomar decisiones institucionales coherentes con el cumplimiento de buena fe de esta normativa y así lograr un efectivo cumplimiento de las obligaciones internacionales”<sup>147</sup>. Por otra parte, los instrumentos internacionales analizados conocidos como *softlaw* constituyen una extensión de la esfera de protección de los privados de libertad por parte del derecho internacional, en respuesta a los abusos cometidos en los sistemas de ejecución penal<sup>148</sup>. De este modo, estos instrumentos pretenden servir como una guía sobre “los principios y prácticas que hoy en día se reconocen como idóneos en lo que respecta al tratamiento de los reclusos y la administración penitenciaria”<sup>149</sup>.

Considerando lo anterior, a continuación, se realiza un breve análisis comparativo entre los lineamientos generales establecidos por la normativa internacional sobre el principio de rehabilitación y los resultados

---

<sup>145</sup> Estos son, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>146</sup> Para un análisis más profundo sobre la recepción de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en constituciones comparadas, véase: NASH ROJAS, Claudio; NÚÑEZ DONALD, Constanza, “Recepción formal”, cit. nota n° 140.

<sup>147</sup> NASH ROJAS, Claudio; NÚÑEZ DONALD, Constanza, “Recepción formal”, cit. nota n° 140, p. 188.

<sup>148</sup> INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Estándares Internacionales en materia de personas privadas de libertad y condiciones de los centros penitenciarios: Sistematización, análisis y propuestas* [en línea], Santiago: Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012, <<http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/311>> [consulta: 28 de enero de 2019], p. 18.

<sup>149</sup> Reglas Nelson Mandela, Observación preliminar N° 1.

del estudio realizado respecto de las tendencias de las constituciones sudamericanas en relación con la materia.

### **2.1. Forma de consagración del principio de rehabilitación.**

En relación con la consagración del principio de rehabilitación, la mayoría de las constituciones estudiadas cumplen con las directrices internacionales en torno al establecimiento de este principio como una orientación relevante en materia penitenciaria. De esta forma, los países cuyas constituciones no hacen referencia alguna al mencionado principio –estos son, Argentina, Brasil y Colombia– se alejan de las pautas establecidas por una parte importante de la normativa internacional sobre la materia. No obstante, como se señaló, dichos países han suscrito tratados internacionales que consagran el principio de rehabilitación en materia penitenciaria y/o penal<sup>150</sup> y que han sido incorporados a su normativa vigente por medio de dichas constituciones.

Al respecto, también es posible concluir que existe una tendencia tanto de la normativa internacional analizada como las constituciones sudamericanas a utilizar indistintamente expresiones diversas (como readaptación, reeducación y resocialización) para hacer referencia al principio de rehabilitación. Según lo señalado en el primer capítulo, esto ha sido una tendencia que ha permeado tanto a legislación como a la literatura especializada sobre la materia. Lo anterior llama especialmente la atención, puesto que, como vimos, existen expresiones modernas como “reinserción”, “reintegración” o “reeducación” que resultan más cercanas a una concepción humanista de rehabilitación, en contraposición a expresiones como “tratamiento” o “rehabilitación” que dan cuenta de modelos de rehabilitación más antiguas, ligados a una noción autoritaria de rehabilitación.

### **2.2. Consagración de la rehabilitación como un principio orientador de la ejecución de la pena.**

Sobre la utilización de una determinada relación entre rehabilitación y castigo, tanto la mayoría de los instrumentos internacionales como de las constituciones sudamericanas establecen a la rehabilitación como un principio orientador de la ejecución de la pena. Al respecto, cabe recordar que el establecimiento de la rehabilitación como un principio orientador de la ejecución de la pena se encuentra en línea con un concepto humanista o antropocéntrico de rehabilitación. No obstante, también es posible encontrar

---

<sup>150</sup> Por ejemplo, estos tres países han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales establecen a la rehabilitación como un principio orientador que debe ser considerado por los Estados.

directrices internacionales que consagran a la rehabilitación como el fin mismo de la pena. Dicha orientación sólo es cumplida por las constituciones de Uruguay y Paraguay, las cuales establecen a la rehabilitación como un fin de la pena, aunque en conjunto con orientaciones propias de una teoría de prevención general.

### **2.3. Consagración del principio de rehabilitación respecto de todo tipo de penas.**

El tipo de penas respecto de los cuales se ha consagrado el principio de rehabilitación resulta ser uno de los puntos sobre los cuales existe una brecha profunda entre normativa internacional y constituciones sudamericanas. Mientras que es posible encontrar orientaciones rehabilitadoras tanto respecto de penas privativas de libertad como de penas no privativas de libertad en los instrumentos internacionales, la mayoría de las constituciones examinadas omiten referirse a las penas no privativas de libertad en relación con este punto. Así, salvo las constituciones de Perú y Venezuela, el resto de las constituciones no hace referencia alguna sobre el principio que debe orientar la aplicación de medidas no privativas de libertad. Lo anterior llama especialmente la atención considerando que la generalidad de estas constituciones consagra a la rehabilitación como un principio orientador, fin cuya concreción se logra idealmente en condiciones de libertad<sup>151</sup>.

### **2.4. Consagración de elementos propios de un concepto humanista o antropocéntrico de rehabilitación.**

En relación con los elementos propios de una concepción humanista o antropocéntrica de rehabilitación, existe una concordancia entre la normativa internacional y la mayoría de las constituciones sudamericanas en torno a establecer la necesidad de reinsertar a los ofensores a la sociedad luego de cumplida la condena, lo cual apunta a la evitación de los efectos nocivos de la aplicación de la pena. Asimismo, algunas constituciones son más específicas y disponen derechos básicos particulares que deben ser asegurados respecto del interno y/o contienen una fórmula de garantía general respecto a sus derechos, lo cual también se encuentra en concordancia con una serie de normas internacionales. En todo caso, cabe destacar que los instrumentos internacionales se extienden en mayor medida que las cartas

---

<sup>151</sup> Por lo demás, cabe recordar que la tendencia a la extensión de las penas no privativas de libertad también acarrea una ampliación de la red punitiva estatal. Al respecto véase: BRANDÁRIZ, José Ángel, “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, en: CABANA, Patricia; BRANDARIZ, José Ángel; PUENTE, Luz María (coord.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 26.



fundamentales sobre las condiciones específicas que resultan básicas para evitar efectivamente los daños causados por la aplicación del castigo. Si bien estos lineamientos internacionales más específicos no son incorporados en su totalidad por las constituciones sudamericanas<sup>152</sup>, pueden servir como una guía de prácticas mínimas que deben ser aseguradas por los Estados de los diferentes países en lo que respecta al tratamiento de los reclusos y la administración penitenciaria.

Por último, llama la atención que existan lineamientos internacionales relevantes sobre la consagración de la noción de oportunidad y/o la necesidad de consentimiento que debe implicar el ofrecimiento de medidas resocializadoras al condenado, así como respecto de la necesidad de privilegiar penas no privativas de libertad sobre las medidas de carácter reclusorio y que la mayoría de las constituciones sudamericanas omita referirse a estos elementos centrales de un estándar humanista de rehabilitación.

---

<sup>152</sup> Lo anterior resulta comprensible considerando que los textos constitucionales no pretenden instituir políticas o legislaciones específicas, sino que se limitan a establecer un marco para el despliegue de procesos políticos que deriven en la consagración de leyes particulares. Al respecto, véase: BRANDT, Michele; COTTRELL, Jill; GHAI, Yash; REGAN, Anthony, *Constitution-making and Reform. Options for the Process*, Geneva: Interpeace, 2011, p.15.



## CONCLUSIONES

En lo que sigue se exponen las principales conclusiones a las que puede arribarse a partir del análisis de las normas constitucionales sudamericanas y de la normativa internacional en relación con el principio de rehabilitación en el ámbito penitenciario. También se plantean algunas reflexiones que es posible esbozar a partir de éstas.

En primer lugar, el análisis realizado arroja que, mediante la utilización indistinta de diversas expresiones, tanto la mayoría de las constituciones sudamericanas como de la normativa internacional estudiada, consagran lineamientos relevantes sobre el principio de rehabilitación en materia penitenciaria y/o penal.

En términos generales, es posible observar una tendencia generalizada tanto por parte de las constituciones sudamericanas como de los instrumentos internacionales examinados a apuntar hacia un concepto de rehabilitación humanista o centrado en derechos. Sin perjuicio de lo anterior, cabe hacer una distinción relevante en este punto. Si bien es posible encontrar referencias a un concepto moderno de rehabilitación en la mayoría de las constituciones sudamericanas en elementos como la consagración de la exigencia de reinsertar a los ofensores a la sociedad luego de cumplida la condena, o el establecimiento de la rehabilitación como una orientación del régimen penitenciario (y no como un fin de la pena), llama la atención que la mayoría de estos textos normativos omita referirse a otros elementos centrales de un estándar humanista de rehabilitación. Por ejemplo, la mayoría de las constituciones no contiene referencia alguna sobre la noción de oportunidad y/o la necesidad de consentimiento que debe implicar el ofrecimiento de medidas resocializadoras al condenado; la necesidad de privilegiar penas no privativas de libertad por sobre las medidas de carácter reclusorio; o la consagración del principio de rehabilitación respecto de penas no privativas de libertad. Una comparación con los instrumentos internacionales analizados permite concluir que éstos últimos establecen parámetros mucho más exigentes sobre los elementos propios de un modelo moderno de rehabilitación centrado en derechos.

En relación con los resultados encontrados, resta hacer algunas reflexiones.

En primer lugar, aunque buena parte de los elementos propios de una concepción humanista de rehabilitación no se derivan exclusivamente de una teoría de prevención especial positiva o de la

rehabilitación como orientación de las políticas penitenciarias aplicables por el Estado<sup>153</sup>, resulta innegable que actualmente el principio de rehabilitación tiene una fuerte presencia en los textos normativos a nivel comparado. Frente a esta constatación, existen buenas razones para otorgar un uso pragmático de este contenido normativo con base en lineamientos propios de una noción humanista de rehabilitación, en contraposición a un concepto autoritario del mismo que pueda resultar lesivo de los derechos de la población penal.

Lo anterior se ve reforzado por el hecho de que la postura adoptada por estos textos normativos en relación con el principio de rehabilitación no es indiferente en términos políticos. Las posturas adoptadas por Rotman, o por autores como Duff y Mir Puig, en relación al principio de rehabilitación otorgan buenas razones para que los Estados realicen esfuerzos normativos acompañados de prácticas y políticas públicas serias para acercarse normativamente a un estándar humanista de rehabilitación en materia penitenciaria.

Pese a lo anterior, no se debe perder de vista el hecho de que las políticas relativas al castigo son el resultado de una lucha permanente entre diferentes actores y participantes del sistema penal con diferentes posiciones de poder y visiones acerca de lo que significa prevenir y sancionar el crimen<sup>154</sup>. Principios como el de rehabilitación pueden parecer simples ideas, pero son conceptos contingentes contruidos socialmente con significados específicos a través del tiempo y del espacio, que pueden cambiar en un momento determinado<sup>155</sup>. Un claro ejemplo son los significados contradictorios que ha adoptado el concepto de rehabilitación a lo largo del tiempo y el hecho de que este principio haya sido y siga siendo utilizado por los actores del sistema para sustentar prácticas punitivas diametralmente opuestas a sus objetivos originales, como la incapacitación de los delincuentes y los mecanismos basados en nociones de gestión de riesgos<sup>156</sup>.

En segundo lugar, los resultados del análisis evidencian la necesidad de que futuras investigaciones indaguen acerca de la concreción tanto a nivel legal como a nivel de prácticas penitenciarias de los principios consagrados en torno a la rehabilitación contenidos en los instrumentos internacionales y constituciones sudamericanas. Lo anterior permitiría una mejor comprensión de las políticas

---

<sup>153</sup> Por ejemplo, los fundamentos de la teoría retribucionista del castigo exigen estricto respeto por los principios de legalidad y proporcionalidad. Lo anterior requiere la determinación legal específica del contenido, forma de ejecución y los derechos afectados con la irrogación del mal que implica la imposición de esta clase de castigos. En: MAÑALICH, Juan Pablo, "Retribución como coacción punitiva". *Derecho y humanidades*, vol. 1, n° 16, (2010), pp. 49-67, p. 13.

<sup>154</sup> GOODMAN, Philip; PAGE, Joshua; PHELPS, Michelle, "The long struggle", cit. nota n° 31, p. 316.

<sup>155</sup> GOODMAN, Philip; PAGE, Joshua; PHELPS, Michelle, "The long struggle", cit. nota n° 31, p. 317.

<sup>156</sup> GARLAND, David, *La Cultura*, cit. Nota n° 12, p. 42.

rehabilitadoras aplicadas en la práctica, con el fin de determinar si éstas se acercan a un modelo centrado en los derechos de los internos, o más bien, se basan en políticas autoritarias lesivas de la libertad y privacidad de los internos, a través de la imposición intrusiva de determinadas concepciones morales o de una instrumentalización de la población penal.

Por último, resulta necesario mencionar brevemente lo que ocurre con el caso de Chile. Como puede desprenderse del análisis realizado en este trabajo, la realidad normativa internacional contrasta enormemente con la situación que se vive en nuestro país. En Chile no existen principios constitucionales que consagren el principio de rehabilitación como una orientación de las políticas públicas aplicables en el ámbito penitenciario. Esto, sumado a la inexistencia de una ley general de ejecución penitenciaria y de un órgano jurisdiccional especializado en la materia, pavimenta la deficiencia de una institucionalidad integral y coherente que permita garantizar la vigencia de los derechos de la población penal<sup>157</sup>. Si bien la falta de directrices constitucionales sobre la necesidad de reinserción de los condenados puede ser suplida en cierta medida a través del artículo 5 de nuestra constitución política —el cual consagra la recepción formal de los tratados internacionales de derechos humanos al menos con jerarquía supralegal<sup>158</sup>—, el contraste de la realidad de nuestra normativa penitenciaria con la de las normas internacionales y el resto de las constituciones de la región, justifican en buena medida la necesidad de articular principios constitucionales que orienten las condiciones actuales de ejecución del castigo.

---

<sup>157</sup> Véase ARRIAGADA, Isabel; SILVA, Guillermo, “La justicia ausente. El sistema penitenciario y el control judicial de la ejecución de la pena privativa de libertad en Chile”, en: AROCENA, Gustavo (Ed.), *El control judicial de la cárcel en América Latina*, Buenos Aires: Ediar, 2014.

<sup>158</sup> NASH ROJAS, Claudio; NÚÑEZ DONALD, Constanza, “Recepción formal”, cit. nota n° 140, p. 213.



## BIBLIOGRAFÍA

ARÉVALO, Javier; ORTIZ QUIROGA, Luis, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2013.

AROCENA, Gustavo A, “Las directrices fundamentales de la ejecución de la pena privativa de la libertad en el derecho argentino”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, vol. 41, n° 122 (2008), pp. 565-596.

ARRIAGADA, Isabel; SILVA, Guillermo, “La justicia ausente. El sistema penitenciario y el control judicial de la ejecución de la pena privativa de libertad en Chile”, en: AROCENA, Gustavo (Ed.), *El control judicial de la cárcel en América Latina*, Buenos Aires: Ediar, 2014.

BRANDÁRIZ, José Ángel, “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, en: CABANA, Patricia; BRANDARIZ, José Ángel; PUENTE, Luz María (coord.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

BRANDT, Michele; COTTRELL, Jill; GHAI, Yash; REGAN, Anthony, *Constitution-making and Reform. Options for the Process*. Geneva: Interpeace, 2011.

CAMPBELL, Kathryn, “Rehabilitation theory”, en: BOSWORTH, Mary (Ed.), *Encyclopedia of prisons & correctional facilities*, Thousand Oaks, CA: SAGE Publications, Vol. 1, pp. 831-834.

CASTRO, Álvaro; CILLERO, Miguel y MERA, Jorge. *Derechos fundamentales de los privados de libertad. Guía práctica con los estándares internacionales en la materia*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2010.

CASTRO, Álvaro, “Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de imputados y condenados privados de libertad”, *Anuario de Derechos Humanos*, n°14 (2018), pp.35-54.

CUNEO NASH, Silvio, *El Encarcelamiento Masivo*, Buenos Aires: Ediciones Didot, 2017.

DUFF, Antony, *Sobre el castigo: por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.

FOUCAULT, Michel, *Vigilar y Castigar: el Nacimiento de la prisión*, 2ª Ed, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2008.

GARGARELLA, Roberto, *Castigar al prójimo: por una refundación democrática del derecho penal*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016.

GARLAND, David, *La Cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona: Gedisa, 2005.

GOODMAN, Philip; PAGE, Joshua; PHELPS, Michelle, “The long struggle: An agonistic perspective on penal development”, *Theoretical Criminology*, vol. 19, n° 3 (2015), pp. 315-335.

HANEY, Craig, “The Wages of Prison Overcrowding: Harmful Psychological Consequences and Dysfunctional Correctional Reactions”, *Washington University Journal of Law & Policy*, vol. 22 (2006), pp. 265-294, 2006.

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Estándares Internacionales en materia de personas privadas de libertad y condiciones de los centros penitenciarios: Sistematización, análisis y propuestas* [en línea], Santiago: Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012, <<http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/311>> [consulta: 28 de enero de 2019].

MAÑALICH, Juan Pablo, “El derecho penitenciario entre la ciudadanía y los derechos humanos”, *Derecho y humanidades*, n° 18 (2011), pp. 163-178.

\_\_\_\_\_, “Retribución como coacción punitiva”. *Derecho y humanidades*, vol. 1, n° 16, (2010), pp. 49-67.

MCNEILL, Fergus, “Four forms of 'offender' rehabilitation: towards an interdisciplinary perspective”, *Legal and Criminological Psychology*, vol. 17, n° 1 (2012), pp. 18-36.

\_\_\_\_\_, “Punishment as rehabilitation”, en: BRUINSMA, Gerben y WEISBURD, David (eds.), *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, Nueva York: Springer, 2014, pp. 4195-4206.



MESQUITA CEIA, Eleonora, “Constitución y tratados internacionales de derechos humanos: una relación ambivalente en el derecho brasileño”, *Rev. Fac. Derecho Cienc. Polit. - Univ. Pontif. Bolivar.* vol. 46, n° 125 (2016), pp.357-383, en: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0120-38862016000200006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-38862016000200006&lng=en&nrm=iso) [consulta: 28 de enero de 2019]

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, 8ª Ed., Barcelona: Reppertor, 2006.

\_\_\_\_\_, Santiago, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, 8ª Ed., Barcelona: Ariel, 1994.

NASH, Claudio; MILOS, Catalina; AGUILÓ, Pedro, *Personas privadas de libertad y medidas disciplinarias en Chile: análisis y propuestas desde una perspectiva de derechos humanos*, Santiago: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2013.

NASH ROJAS, Claudio; NÚÑEZ DONALD, Constanza, “Recepción formal y sustantiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: experiencias comparadas y el caso chileno”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 50, n° 148 (2017).

PHELPS, Michelle, “Rehabilitation in the punitive era: The gap between rhetoric and reality in US prison programs”, *Law & Society Review*, vol. 45, n° 1 (2011), p. 33-68.

RAYNOR, Peter; ROBINSON, Gwen, *Rehabilitation, crime and justice*, Basingstoke, UK: Palgrave Macmillan, 2005.

ROBINSON, Gwen; CROW, Iain D, *Offender rehabilitation: Theory, research and practice*, Londres: Sage, 2009.

ROTMAN, Edgardo, “Do criminal offenders have a constitutional right to rehabilitation?”. *J. Crim. L. & Criminology*, vol. 77, n° 4 (1986), pp. 1023-1068.

\_\_\_\_\_, *Beyond punishment: A new view on the rehabilitation of criminal offenders*, Westport, CT: Greenwood Press, 1990.

ROXIN, Claus, *Derecho penal: Parte general, Tomo I, Fundamentos: la estructura de la Teoría del Delito*, Trad. y notas, M. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, DÍAZ Y GARCÍA, Diego, y DE VICENTE, Javier, Madrid: Editorial Civitas, 1997.

SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid: Alianza Editorial, 1996, pp. 45 y ss.

TIEDEMANN, Klaus, “Constitución y Derecho penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 33 (1991), pp. 145 y ss.

URÍAS, Joaquín, “El valor constitucional del mandato de resocialización”, *Revista española de derecho constitucional*, nº 63 (2001), pp. 43-78.

VILLAGRA, Carolina, *Hacia una política postpenitenciaria en Chile*, Santiago: RIL editores - CESC, 2008.

VON LISZT, Franz. *La idea de fin en el Derecho Penal*, trad. AIMONE, Enrique, Valparaíso: Edeval, 1984.

### **Normas internacionales**

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966 [en línea]. <<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>> [consulta: 28 de enero de 2019].

Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969 [en línea]. <[https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)> [consulta: 28 de enero de 2019].

Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing). Naciones Unidas, 28 de noviembre de 1985 [en línea]. <<https://www.unicef.org/panama/spanish/7972.htm>> [consulta: 28 de enero de 2019].

Principios básicos para el tratamiento de los reclusos. Naciones Unidas, 14 de diciembre de 1990 [en línea].

<<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/BasicPrinciplesTreatmentOfPrisoners.aspx>>  
[consulta: 28 de enero de 2019].

Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio). Naciones Unidas, 14 de diciembre de 1990 [en línea]. <<https://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/reglasminimasnoprivativas.htm>> [consulta: 28 de enero de 2019].

Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. Naciones Unidas, 14 de diciembre de 1990 [en línea]. <[https://www.unicef.org/panama/spanish/about\\_8042.htm](https://www.unicef.org/panama/spanish/about_8042.htm)> [consulta: 28 de enero de 2019].

Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 131º periodo ordinario de sesiones, celebrado entre el 3 y el 14 de marzo de 2008 [en línea]. <<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>> [consulta: 28 de enero de 2019]

Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok). Naciones Unidas, 16 de marzo de 2011 [en línea]. <[https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok\\_Rules\\_ESP\\_24032015.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf)> [consulta: 28 de enero de 2019].

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela). Aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas el 17 de diciembre de 2015 [en línea]. <<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10266.pdf?view=1>> [consulta: 28 de enero de 2019].

### **Textos constitucionales**

Constitución de la Nación Argentina [en línea]. <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>> [consulta: 28 de enero de 2019].

Constitución Política del Estado de Bolivia [en línea].  
<[http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_Bolivia.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf)> [consulta: 28 de enero de 2019].

Constitución Política de la República Federativa de Brasil [en línea].  
<<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/br/br117es.pdf>> [consulta: 28 de enero de 2019].

Constitución Política de Colombia [en línea].  
<[https://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion\\_Politica\\_de\\_Colombia.htm](https://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion_Politica_de_Colombia.htm)> [consulta: 28 de enero de 2019].

Constitución de la República de Ecuador [en línea].  
<[http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_ecu\\_const.pdf](http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf)> [consulta: 28 de enero de 2019].

Constitución Nacional de Paraguay [en línea]. <[http://www.oas.org/juridico/spanish/par\\_res3.htm](http://www.oas.org/juridico/spanish/par_res3.htm)>  
[consulta: 28 de enero de 2019].

Constitución Política del Perú [en línea].  
<[https://www.web.onpe.gob.pe/modCompendio/html/constitucion\\_peruana\\_menu.html](https://www.web.onpe.gob.pe/modCompendio/html/constitucion_peruana_menu.html)> [consulta: 28 de enero de 2019].

Constitución de la República Oriental del Uruguay [en línea].  
<<https://www.rau.edu.uy/uruguay/const97-1.6.htm>> [consulta: 28 de enero de 2019].

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela [en línea].  
<<http://www.latinreporters.com/venezuelaConstitution1999.pdf>> [consulta: 28 de enero de 2019].