



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

# **Sobre los fines de la pena privativa de libertad: Una mirada crítica a la situación chilena**

Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

CATALINA ANAKENA PASTÉN LÓPEZ  
PROFESOR GUÍA: EDUARDO SEPÚLVEDA CRERAR

Santiago de Chile,

2019



## **RESUMEN**

Esta tesis pretende hacer un recorrido desde el problema del concepto de la pena, con el devenir histórico respecto de las modalidades concretas de penalidad que los ordenamientos recogieron, para continuar con el análisis de los discursos propuestos para justificar los fines de la misma. Se dedica también a analizar el auge y posterior crisis mundial que atraviesan las teorías de la prevención especial, con énfasis en la cuestionada meta resocializadora. Todo esto con el propósito de poder resolver si existe un fin para la pena privativa de libertad en Chile y, de ser así, cuál es su contenido.



## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO I: DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD Y LA DISCUSIÓN SOBRE SU FIN .....	9
1. Pena en la sociedad.....	9
1.1 Etimología.....	9
1.2 Exposiciones de las principales definiciones de pena .....	10
1.3 La pena como una especie de sanción jurídica.....	12
2. De la pena privativa de libertad y su evolución a la prisión moderna .....	13
2.1 Desde la civilización Griega hasta la Edad Antigua.....	14
2.2 Edad Media.....	14
2.3 Edad Moderna.....	16
2.4 Siglo XVIII.....	17
2.5 Siglo XIX.....	23
2.6 Siglo XX- XXI.....	26
3. Teorías que explican la función de la pena.....	29
3.1 Teorías Absolutas o retributivas (“la pena justa”).....	30
3.2 Teorías relativas o preventivas (“la pena útil”) .....	31
3.3 Teorías negativas o abolicionistas.....	36
4. Del auge del modelo de Prevención Especial como fin de la pena privativa de libertad hasta la crisis actual de la Resocialización .....	37
4.1 El nacimiento del vocablo resocialización.....	38
4.2 Concepciones a la que subyace el concepto de resocialización .....	39
4.3 Fragmentación en múltiples términos asociados al concepto de resocialización .....	40
4.4 Problemas que suscita tener una meta resocializadora .....	43
4.5 Y si no es la resocialización entonces ¿Qué se propone?.....	49
CAPITULO II: Y EN CHILE ¿CÚAL ES EL FIN LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD? .....	57
1. La pena en Chile.....	57
1.1 Antecedentes Históricos del Derecho Penal Chileno .....	57
1.2 Formas de reaccionar al delito.....	61
2. Debate sobre el fin de la pena en Chile.....	67
2.1 Normativa .....	67
2.2 Doctrina .....	86
2.3 Jurisprudencia.....	94

3. Problemas identificados en relación a la pena privativa de libertad y su fin en Chile .....	98
3.1 Inexistencia de una declaración expresa sobre la finalidad de la pena en nuestra Constitución de la República .....	98
3.2 No existe acuerdo sobre a qué etapa de la actividad penal rige el fin de la pena .....	99
3.3 Falta de contenido sobre respecto del fin de la pena.....	99
CONCLUSIÓN .....	101
BIBLIOGRAFÍA .....	105

## INTRODUCCIÓN

Desde la antigüedad se ha buscado una explicación que justifique ante la sociedad la histórica atrocidad de la ejecución del castigo penal. El sentido del Derecho Penal depende de buscar una teoría que sitúe el mal sufrido como comprensible ante la comunidad toda.

La privación de libertad, tal como la conocemos, es una sanción penal históricamente reciente y que, sin embargo, en la actualidad parece ser la pena evidente. El encierro anterior al siglo XVIII era una medida para asegurar la custodia de los condenados hasta la ejecución de la pena, las que principalmente era la muerte o las que afectaren al cuerpo del infractor. Fue la Ilustración la que, siguiendo sus principios humanistas y asignándole un gran valor a la Libertad, consagra la privación de libertad como un castigo importante pero menos cruel que la muerte y los suplicios. Desde ese entonces se cambia de una pena radicada exclusivamente en el cuerpo físico de una persona a una pena de privación de libertad de carácter solitaria, naciendo la prisión moderna que conocemos hasta el día de hoy.

Esta institución no ha estado exenta de críticas porque la supuesta evitación de la crueldad se ha puesto en duda. Es más, los suplicios no han acabado, sólo se han depositado en un lugar llamado cárcel. Nadie puede negar los efectos nocivos en la vida del condenado que genera la privación en una institución penitenciaria, por nombrar algunos: la prisionización, desculturización, desmoralización, entre otros. *“El encierro, que resultaba coherente con una nueva sensibilidad, aseguraba que el padecimiento y el sufrimiento de los condenados ya no sería un espectáculo que se opusiera a sus sensibilidades, sino que estaría lejos de la vista de los ciudadanos respetuosos de la legalidad<sup>1</sup>”*.

Dada la afectación grave en la vida de los condenados que genera las penas privativas de libertad es que varios penalistas comenzaron a reflexionar con el fin de legitimar discursos sobre el castigo.

En esta tesis se pretende hacer un recorrido desde el problema del concepto de la pena, con énfasis en su devenir histórico respecto de las modalidades concretas de penalidad que los ordenamientos recogieron, separando la discusión sobre la justificación de la misma, para concluir el primer capítulo con una reflexión sobre el auge de las teorías de la prevención especial en los ordenamientos jurídicos y su actual crisis.

---

<sup>1</sup> CUNEO NASH, S. *Cárceles y pobreza: Distorsiones del populismo penal*. Santiago de Chile: Uqbar Editores, 2018. Pp. 64 - 65.

El análisis ejecutado en el primer capítulo es la antesala para analizar y resolver si existe un fin de la pena privativa de libertad en Chile y, de ser así, cuál es el contenido.



## CAPÍTULO I: DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD Y LA DISCUSIÓN SOBRE SU FIN

### **1. Pena en la sociedad**

#### **1.1 Etimología**

La voz *Poena* es la utilizada por el Derecho Romano para designar a la vindicación del daño o la retribución del delito. Es necesario aclarar que no existía un vocablo que designará adecuadamente el carácter general de sanción, sólo existían vocablos específicos para ciertos contextos, como los términos *supplicium* o *damnum* que se refieren a ejecución del culpable y solución pecuniaria a la deuda, respectivamente. El término de pena se convirtió solo gradualmente en la designación común de lo que actualmente se conoce como pena<sup>2</sup>.

Existen variadas versiones respecto del origen del vocablo, algunos autores creen que proviene del griego, en el cual se utilizaba para designar a la composición pecuniaria y también para nombrar al castigo, dolor o venganza. Otros creen que viene del término latino *pondus*- que se deriva del *pendo*, que alude a los platillos de la balanza- esto porque la pena y el delito vendrían a representar cada uno de los platillos, siendo así la pena el precio del delito cometido. Hay quienes buscan incluso orígenes más remotos, pero a objeto de este estudio, lo descrito basta.

La palabra pena comenzó a usarse técnicamente en la Edad Media, si bien, en un principio no existía una denominación común para las consecuencias penales en el Derecho español del alto medioevo, el Fuero Real y Las Siete Partidas adoptan el término pena como un recurso genérico para designar a sus correspondientes puniciones, es más, en las Siete Partidas de Alfonso X se estableció una definición para pena. La inclusión de este vocablo en el Código penal de Napoleón ocurre porque en la época estaba suficientemente arraigado en la tradición jurídico-española. Al ser este Código ampliamente influyente, se produce el efecto de la inclusión de la palabra pena en los cuerpos punitivos hispanos de los siglos XIX y XX. De esta manera se comienza a llamar "*pena a la genuina y más característica consecuencia jurídica de los delitos, que representa, al mismo tiempo, al concepto más peculiar y privativo de una rama del Derecho que de ella toma su moderna designación, la de derecho penal, precisamente.*"<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup>GUZMÁN DALBORA, J. *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial B de f, 2009. P.3

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 6

Es así como la pena ha sido el vocablo universal para referirse a las distintas puniciones hasta el día de hoy. Se han tratado de impulsar, por parte de los dogmáticos, otras designaciones como sanción criminal o medidas de defensa social, esto permitiría incluir a las medidas de seguridad y las penas en un género próximo.

## **1.2 Exposiciones de las principales definiciones de pena**

En este apartado revisaremos las diferentes concepciones que se han tenido sobre la pena, sin embargo, es necesario tener como premisa que cada definición responden a las diferentes formas que existieron y existen de concebir la pena. De esta manera, no existe una sola definición correcta y completamente satisfactoria de pena, sus acepciones responden a pliegues especulativos distintos.

### 1.2.1 Definiciones legales<sup>4</sup>

Son aquellas que se encuentran en las leyes. La primera aparición de una definición legal se encuentra en Las Partidas de Alfonso X, se señalaba que *“Pena es enmienda de pecho o escarmiento que es dado según algunos de los yerros que fizieron<sup>5</sup>”*, según el dogmático chileno José Guzmán Dalbora, esta definición más que caracterizar a la pena, señala su finalidad que *“es doble: la retribución del delito cometido por el condenado y la intimidación de los demás para que se abstengan de delinquir<sup>6</sup>”*. Los Códigos españoles del siglo XVIII no dedicaron gran estudio a la noción y los fines de la pena, su preocupación era establecer su naturaleza, determinación y aplicación. De todas maneras, no desapareció del todo, se consignó el fin de la pena en distintos instrumentos normativos, sin existir una cuidadosa correspondencia entre las finalidades mencionadas en los códigos, leyes y reglamentos. Se produjo así, una fragmentación poco conciliable sobre los fines de la pena en las diversas reglas.

### 1.2.2 Definiciones de carácter sociológico<sup>7</sup>

Nacen en la mitad del siglo XIX, como una nueva manera de entender el Derecho Penal por parte del positivismo de la época. Se pretendía estudiar el Derecho desde una perspectiva naturalista para poder: describirlos, explicarlos y combatirlos. Autores como Herbert Spencer y Garofalo impulsan la teoría de la biología en el Derecho, para ellos, la

---

<sup>4</sup> Ibid., Pp. 10-13

<sup>5</sup> Ibid., p. 11.

<sup>6</sup> Ibid., p. 11

<sup>7</sup> Ibid., Pp. 13-16

pena es una consecuencia de la ley de conservación de la especie humana ante un hecho que pone en riesgo la preservación, como cualquier reacción de la naturaleza a un evento peligroso. Enrique Ferri, sigue esta misma línea y cree que la pena se funda en una reacción social natural ante un hecho antisocial. Para Émile Durkheim, considerado uno de los fundadores de la sociología, *“la pena consiste esencialmente en una reacción pasional, de intensidad graduada, que ejerce la sociedad por intermedio de un cuerpo constituido sobre aquel de sus miembros que haya violado ciertas reglas de conducta.”*<sup>8</sup>. Immanuel Kant critica lo anterior, para él la discusión debería partir de que la pena es pura nómeno, porque en mundo real material empírico no existe, sólo nos resulta perceptibles por los sentidos su aplicación, por lo que no es correcto llamarla reacción contra el delito<sup>9</sup>.

La sociología ha considerado a la pena también como una forma de control social porque la sociedad reacciona al hecho delictual sobrepasando los efectos dispuestos por el derecho penal. Esto interviene en el proceso de socialización del condenado.

### 1.2.3 Definiciones filosóficas

Se tiende en este tipo de concepciones a aislar la pena de toda condición y de lo que debe ser necesario, se piensa como una categoría anterior a las consecuencias, y se examina en su mayor grado de abstracción. Hugo Grocio, perteneciente a la Escuela clásica del Derecho natural, vincula la pena con el sufrimiento, como un mal que se infringe por una mala acción. Esta idea está fundada en la justicia conmutativa, viene a ser el precio del delito, el autor sabe que al realizar un hecho delictivo voluntario debe pagar, al igual que un deudor que contrae una deuda. La teoría penal de Thomas Hobbes también fue importante en la época de Grocio porque despojó a la pena de todo vestigio divino, reduciéndola a un producto social, para él la pena *“es lo que se juzga por la misma autoridad como una transgresión de la ley, con el fin de que la voluntad de los hombres pueda quedar, de este modo, mejor dispuesta para la obediencia”*<sup>10</sup>. Para Manuel de Lardizábal, penalista muy importante del Iluminismo, la pena era *“mal que uno padece contra su voluntad y por superior precepto, por el mal que voluntariamente hizo con malicia, o por culpa”*<sup>11</sup>.

En el siglo XX aun existía una fuerte inclinación por definir la pena en base a los fines que quiere alcanzar, Manuel de Rivacoba y Rivacoba se distancia de ello, y cuestiona

---

<sup>8</sup> Ibid., p. 15

<sup>9</sup> Ibid., p. 16

<sup>10</sup> Ibid., p. 19

<sup>11</sup> Ibid., p. 20

primero la idea de que la pena tenga o no que ser un mal, para él esta pregunta es irrelevante porque el delincuente puede experimentar la pena como un sufrimiento, pero en algunos casos, como un placer. Eso haría definir la pena con criterios de pura sensibilidad. También reprocha las definiciones que buscan aludir a la función de la pena en la definición de esta misma, porque esto también es sólo una idea, y no debería incluirse.

Las distintas concepciones que se han tenido, a lo largo de la historia de pena-en particular de la pena privativa de libertad-, se van a revisar pormenorizadamente en el segundo apartado de este capítulo.

### **1.3 La pena como una especie de sanción jurídica**

Para el análisis de esta tesis, es muy importante este apartado, porque va a determinar lo que para la Teoría General del Derecho es la pena. De esta manera, José Luis Guzmán Dalbora, establece que *“la pena representa aquella especie de sanción de carácter público que el respectivo ordenamiento considera como la de mayor gravedad<sup>12</sup>.”* Para Monserrat López Melero en su tesis *“Los derechos fundamentales de los presos y su reinserción social”* también entiende por pena una especie del género sanción jurídica, siendo la más grave del ordenamiento jurídico<sup>13</sup>. Norberto Bobbio- autor citado por López-, propone que la sanción es la reacción expresa de la sociedad por el comportamiento relevante de algún miembro de la comunidad, con el fin de ejercer un control de los comportamientos para dirigirlos a ciertos objetivos. Para Bobbio, la sanción, es el medio para salvaguardar las leyes de la erosión de las acciones contrarias, lo que lo consagra como un sistema normativo.

Silvio Cuneo distingue entre penalidad y pena. La penalidad es la amenaza penal abstracta establecida por ley para quien perpetre un delito, mientras que, la pena es la concreción de lo anterior en proceso de individualización que realiza el juez imponiendo sólo por la concurrencia de un delito que debe cumplirla. *“La pena sólo es una pena cuando un hombre la cumple, o sea, una pena es un condenado, o una condenada, cumpliendo y sufriendo una pena. La pena sí, y no su posibilidad, es consecuencia del delito.<sup>14”</sup>*

Analizando lo anterior, podemos concluir que la pena es:

---

<sup>12</sup>Ibid., p. 28

<sup>13</sup> LÓPEZ, Monserrat (2011). Los Derechos Fundamentales de los presos y su Reinserción Social (tesis doctoral). Universidad de Alcalá, Madrid, España. Pág. 545

<sup>14</sup> CUNEO. Op. cit., p.86

- a) La sanción dispuesta para la infracción más grave a un deber jurídico, es decir, la violación de la norma jurídica acarrea la comisión de un delito.
- b) La pena se constituye como sanción de carácter pública, por lo tanto, *“viene impuesta al interior de una relación jurídica de Derecho público, por la comunidad organizada en el Estado, que le irroga como potentior persona (persona más poderosa), es decir, en una posición de superioridad frente al reo<sup>15</sup>”*. Por dicha razón, no puede ser impuesta a través de contratos o por asociaciones a través de sus estatutos.

La pena no es la única sanción pública, también lo son las administrativas y disciplinarias, por lo tanto, cabe la pregunta sobre que las diferencia. En este sentido, se ha concluido que sólo es la especial gravedad de la pena dentro del concierto de las otras sanciones. Ni la esencia, ni la naturaleza de los intereses infringidos y tampoco las relaciones que el hecho violentó son un parámetro para diferenciarlas, sólo es posible hacerlo desde un punto de vista cualitativo.

## **2. De la pena privativa de libertad y su evolución a la prisión moderna**

Tal como rescata Silvio Cuneo Nash en su libro “La prisión moderna y el encarcelamiento masivo” la pena privativa de libertad es una sanción penal bastante reciente y que, sin embargo, en la actualidad parece ser la pena natural<sup>16</sup>. El encierro anterior al siglo XVIII era una medida para asegurar la custodia de los infractores hasta la ejecución de la pena, las que eran principalmente la muerte, penas corporales como los azotes y las mutilaciones, galeras o multas<sup>17</sup>. La prisión moderna, que consagra la privación de libertad como sanción nace en la Ilustración, pues se le asignó un gran valor a la Libertad, pudiendo darle contenido de castigo a la pérdida de aquel bien. Además, esta pena permite su gradualidad según la gravedad del delito siguiendo criterios de proporcionalidad, lo que haría a juicio de los pensadores ilustrados un castigo menos cruel que la muerte y los suplicios<sup>18</sup>.

En este apartado haremos un repaso por la evolución de la pena privativa de libertad hasta su predominio como castigo primordial en la mayoría de las sociedades actuales.

---

<sup>15</sup> GUZMÁN. Op.cit.,p. 29

<sup>16</sup> CUNEO. Op. cit., p. 43

<sup>17</sup> “Evolución Histórica de la Cárcel”, GÓMEZ GRILLO, Elio, en: <http://elpresovenezolano.blogspot.com/2009/02/evolucion-historicade-la-carcel.html>. Pág. 137

<sup>18</sup> CUNEO. Op. cit., Pp.44 - 45

## 2.1 Desde la civilización Griega hasta la Edad Antigua<sup>19</sup>

En la civilización griega existía la privación de libertad a ciertas personas en las llamadas *latomías*, que eran una roca con una cavidad profunda de ciento ochenta metros de largo y sesenta metros de ancho en las que los presos debían soportar las inclemencias del clima en completo abandono y sin ninguna protección. La tendencia a privar su libertad tenía como fin asegurar algún interés, en principio particular y luego público, que se tenía sobre ellos. Primordialmente el motivo del cautiverio era la retención de los deudores hasta que pagasen las deudas, y de lo contrario, hacerlos esclavos de sus acreedores.

En esta época existía también la pena de muerte para algunos tipos de delincuentes.

En Roma la situación de los presos no fue muy distinta, sólo existió mayor regulación, se designaron guardias que llevan una cuenta de los privados de libertad en las prisiones, la que debía ser informada a los *triunviri*. Se tienen antecedentes que las personas que se encontraban en cautiverio soportaban grillos, esposas, argollas u otros instrumentos que evitaban su fuga y que les ocasionaban muchos sufrimientos e incluso la muerte. De los romanos tenemos antecedentes de que existían dos tipos de prisiones, así queda registrado en algunos textos de Ulpiano, una con carácter de cárcel de custodia para la guarda de los hombres que posteriormente recibirían su castigo, y otra prisión por deudas que se hereda de la civilización griega. También se conserva la figura de la prisión doméstica o privada, que consistía en un arresto de los esclavos en la casa de su dueño, la que podía ser temporal a determinación del *paterfamilias*.

Durante este período, en la mayoría de los casos, las condenas en prisión eran en realidad una guarda de los deudores por no pago de impuestos o por deudas, y *“la pena que se imponía iba dirigida a una reconciliación con los dioses, la purificación del grupo y la eliminación del infractor. La pena se caracterizaba por ser expeditiva y poco costosa.”*<sup>20</sup>

## 2.2 Edad Media<sup>21</sup>

Es una época de auge de las ideas cristianas y eso también influye en la evolución de la prisión. En este período conviven tres tipos de cárceles, una prisión laica de potestad de los señores feudales, una del Estado y una eclesiástica, las cuales iban a retener personas según si gozaban o no de prerrogativas.

---

<sup>19</sup> LÓPEZ. Op.cit., Pp. 36-38

<sup>20</sup> Ibid., p.37

<sup>21</sup> Ibid., Pp. 38-45

Las prisiones laicas eran calabozos, subterráneos de edificios o de castillos, sin ninguna condición higiénica, que adquirirían el nombre de casa de la justicia de los señores feudales, en donde permanecían los culpables o presuntos culpables por el tiempo que estimaran los príncipes gobernantes, el que incluso podía llegar a ser indefinido. *“Durante este período, la idea de pena privativa de libertad surgió sin aparecer, teniendo todavía un eminente carácter aseguratorio de la no convivencia con el resto de la sociedad, con el fin de que los presos fueran sometidos con posterioridad a los más terribles tormentos demandados por el pueblo: la amputación de brazos, piernas, lengua, ojos, el quemar las carnes a fuego y la muerte, teniendo en la mayor parte de las ocasiones una naturaleza puramente festiva y de distracción<sup>22</sup>”*. La pena de privación de libertad se comenzó a usar cuando no era posible conmutarse el castigo por prestaciones en metal o en especies y cuando el crimen no era tan grave como para aplicar la pena de muerte y las mutilaciones.

La prisión del Estado es bastante importante en esta época y también en la primera mitad de la Edad Moderna, y tenía como objetivo la reclusión de personas que habían cometido delitos de traición o aquellas que eran consideradas enemigas políticas de los señores feudales. Al interior de la cárcel del Estado convivían dos modalidades de privación de libertad: la reclusión custodia y la privación de libertad como pena autónoma. La reclusión custodia era una especie de medida cautelar cuyo fin era privar físicamente en una cárcel al supuesto transgresor a la espera de que se ejecutara la pena a la cual había sido condenado (pena de muerte o mutilaciones), siendo posible también, estar privado de libertad a la espera del perdón del príncipe. La segunda modalidad es la privación de libertad como pena autónoma, aparece como castigo a nobles que eran desterrados de las estancias y depositados en la cárcel, recluyéndolos por un tiempo indefinido.

La prisión eclesiástica estaba destinada a sacerdotes o religiosos de la Iglesia, y aparece como un internamiento del recluso bajo las ideas de redención, meditación y penitencia. La Iglesia privaba de libertad a los transgresores para que, por medio de la oración, disciplina y/o trabajos manuales en sus celdas, lograrán su corrección.

Es importante recalcar estos elementos de internación porque son comparables actualmente con los tratamientos penitenciarios que se otorgan en la mayoría de las prisiones del mundo, incluidas las de nuestro país, a los reclusos.

---

<sup>22</sup> Ibid., p.39

La reclusión en los monasterios tuvo distintas formas de ejecutarse, en algunas ocasiones estuvo acompañada de sufrimientos físicos, aislamientos, la presencia de luz para que infractores pudieran leer los textos sagrados en su celda y la obligación de silencio. *“La pena de cárcel atribuyó al tiempo de internamiento la función de quantum de tiempo necesario para la purificación según los criterios del sacramento de penitencia; no era, por eso, tanto la privación de libertad en sí lo que constituía la condena, sino sólo la ocasión, la oportunidad para que, en el aislamiento de la vida social, se pudiera alcanzar el objetivo fundamental del castigo: el arrepentimiento. Esta finalidad, se debe entender como enmienda (...), y no como regeneración ética social del condenado pecador, en este sentido la pena no puede ser más que retributiva, fundada en la gravedad de la culpa y no en la peligrosidad del reo.”*<sup>23</sup> Existe registro que las sentencias eran leídas en actos públicos al igual que su ejecución, y los religiosos buscaban la retractación del infractor, la que se obtenía una vez que eran sometidos a torturas previas a la pena de muerte o mutilación.

### **2.3 Edad Moderna**

La Inquisición es la primera institución que elimina las torturas y las herramientas destinadas a empeorar la pena, y busca mejorar el trato a los privados de libertad. Este tribunal crea celdas más amplias, con iluminación, algo más higiénicas, con ventanas y con la posibilidad de ventilación durante el día. Los prisioneros eran tratados bajo las mismas condiciones incluso si no poseían bienes, se les otorgaba ropa limpia, cama, escritorios, libros religiosos y comida decente. El hacinamiento comenzó a ser un problema importante en las prisiones por lo que la Inquisición permitió que algunos presos cumplieran su pena de privación de libertad en sus casas, siendo este hecho el primer antecedente de una medida alternativa a la pena privativa de libertad que se cumple en las cárceles<sup>24</sup>.

Los principios humanitarios que había propuesto la Inquisición en la pena de privación de libertad, en relación con el trato a los presidiarios, no eran desarrollados en todas las penas de cárcel, es más, en esta época nace también la pena de trabajos forzados al interior de las galeras (naves marítimas del Rey) que implicaban un sufrimiento físico y psíquico muy cruel. El trabajo en las galeras en su inicio estaba a cargo de trabajadores que bajo su voluntad decidían laburar en ese lugar, pero al ser tan duro, no existían suficientes personas a cargo de la navegación de las naves. Este problema de falta de mano de obra se solucionó condenando a delincuentes y prisioneros de guerra a la pena de remar al interior de las galeras hasta su

---

<sup>23</sup> Ibid., p.41

<sup>24</sup> Ibid., p.46



muerte, sin ninguna remuneración económica. Se puede señalar que este castigo representa un antecedente del trabajo forzado de los infractores en su lugar de cautiverio, pero no se puede afirmar que hayan desarrollado la idea de trabajo resocializador del delincuente.

Elio Gómez Grillo establece que el siglo XVI marca el inicio de una evolución importante en la prisión. Los descubrimientos geográficos de nuevas tierras en otros continentes, las epidemias mortales, las hambrunas, guerras y desastres naturales que afectaron a toda Europa, redujeron considerablemente el volumen de la población, afectando la fuerza productiva del continente que la constituían los hombres jóvenes de la región. Dada esta situación, se concluyó que, aniquilar o matar a más hombres jóvenes a través de las penas corporales era un despropósito, pues *“reclutarlos, recluirlos, adiestrarlos en el trabajo rendidor, imponerles una disciplina de fábrica y explotarles así su mano de obra<sup>25</sup>”* mientras estuvieran en cautiverio era mucho más ganancioso para la economía del continente. *“En esta época las cárceles eran considerados espacios ajenos al Derecho.<sup>26</sup>”* Así nacieron las llamadas “casas de corrección” que expandieron en toda Europa. Las casas de corrección eran lugares de privación de la libertad que imponían al condenado una disciplina religiosa y la obligación de practicar algún trabajo gratuito que sirviera para la producción del país, en condiciones bastantes deplorables. Para este mismo autor *“la institución carcelaria aparece en la historia de la humanidad como una fórmula de explotación de la mano de obra cautiva y nada más.<sup>27</sup>”*

## 2.4 Siglo XVIII

Este siglo marca una transformación importante en la cosmovisión que se tenía hasta ese momento de la prisión -que era ser medida de custodia y/o defensa-, especialmente a fines de él, cuando la privación de libertad adquiere el contenido de una sanción propiamente tal.

A mediados del Siglo XVIII existía - lo que algunos autores denominaron- el espectáculo del castigo, que fue plasmado en algunos textos, como por ejemplo en “Vigilar y Castigar” de Michel Foucault que en su Capítulo “Suplicio” recoge la sentencia de Damians que representa el espíritu del castigo como un sufrimiento físico del cuerpo, sin discreción, y que constituye a la ejecución de la pena en una ceremonia teatral del *“cuerpo supliciado, descuartizado, amputado, marcado simbólicamente en el rostro o en el hombro, expuesto vivo o muerto, ofrecido en espectáculo:<sup>28</sup>”*

---

<sup>25</sup> GÓMEZ. Op.cit., p.137

<sup>26</sup> LÓPEZ. Op.cit., p. 44

<sup>27</sup> GÓMEZ. Op.cit., p.138

<sup>28</sup> FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar: Nacimiento de la prisión*. Segunda Edición. Argentina: Grupo Editorial Siglo Veintiuno. Pág. 17

Dice entonces el texto de Foucault que:

*“Damiens fue condenado, el 2 de marzo de 1757, ‘a pública retracción ante la puerta principal de la Iglesia de París’, adonde debía ser ‘llevado y conducido en una carreta, desnudo, en camisa, con un hacha de cera encendida de dos libras de peso en la mano’; después, en dicha carreta, a la plaza de Greve, y sobre un cadalso que allí habrá sido levantado [deberán serle] atenaceadas las tetillas, brazos, muslos y pantorrillas, y en su mano derecha, asido en esta el cuchillo con que cometió el dicho parricidio, quemada con fuego de azufre, y sobre las partes atenaceadas se le verterá plomo derretido, aceite hirviendo, pez resina ardiente, cera y azufre fundidos justamente, y a continuación, su cuerpo estirado y desmembrado por cuatro caballos y sus miembros y troncos consumidos en el fuego, reducidos a cenizas y sus cenizas arrojadas al viento.*

*(...) Finalmente, se le descuartizó, refiere Gazette d’ Amsterdam. Esta última operación fue muy larga, porque los caballos que se utilizaban no estaban acostumbrados a tirar; de suerte que en lugar de cuatro, hubo que poner hubo que poner seis, y no bastando aún esto, fue forzoso para desmembrar los muslos del desdichado, córtale los nervios y romperle a hachazos las coyunturas. (...). Aseguran que aunque siempre fue un gran maldiciente, no dejó escapar blasfemia alguna; tal sólo los extremados dolores le hacían proferir horribles gritos y a menudo repetía: ‘Dios mío, tender piedad de mí; Jesús socorredme’. (...) Todos los espectadores quedaron edificadas por la solicitud del párraco del Saint- Paul, que a pesar de su avanzada edad, no dejaba pasar momento alguno sin consolar al paciente.*

*(...) El señor Le Breton, escribano, se acercó en repetidas veces al reo para preguntarle si no tenía algo que decir. Dijo que no; gritaba como representan a los condenados, que no hay cómo se diga, a cada tormento: ‘¡Perdóname, Dios Mío! Perdón, Señor. (...) tras varios intentos, hubo que hacer tirar a los caballos de esta suerte: los de brazo derecho a la cabeza, y a los muslos volviéndose del lado de los brazos, con los que se rompieron los brazos por las coyunturas. Estos tirones se repitieron varias veces sin resultado. (...) Los verdugos se juntaron y Damiens les decía que no juraran, que desempeñaran su cometido, que él no les recriminaba nada; les pedía que rogaran a Dios por él, y que recomendará al párraco de Sain- Paul que rezara por él en la primera misa.*

*Una vez retiradas las cuatro partes, los confesores bajaron para hablarle; pero su verdugo les dijo que había muerto, aunque la verdad era que yo veía al hombre agitarse, y a la mandíbula*

*inferior subir y bajar como si hablara. Uno de los oficiales dijo incluso, poco después, que cuando levantaron el tronco del cuerpo para arrojarlo a la hoguera estaba aún vivo.<sup>29</sup>*

Tal como era aceptado en Francia la espectacularidad del castigo, en Londres el ahorcamiento se presentaba también como un acto público. Se recoge en el libro de Cuneo una cita de Roger Matthews de su libro "Pagando tiempo. Una introducción a la sociología del encarcelamiento" que habla justamente sobre esto:

*"Las cadenas del malhechor eran quitadas de golpe en el patio de reclutamiento, frente a amigos y parientes, curiosos boquiabiertos, y mirones que se apiñaban en las puertas de la prisión (...) la gente reunida a pie, a caballo en sus carruajes, atestando las casas de los alrededores, colmando las calles adyacentes, trepando escaleras, sentada sobre los muros que delimitaban Hyde Park, o parada sobre los contiguos prados de pastores, se reunían para ser testigos del ahorcamiento.<sup>30</sup>*

Uno de los autores importantes- revolucionario para esta época- es Cristian Tomasio (1655-1728), quien tuvo una especial inquietud por las Instituciones penales. Planteaba que el soberano debía imponer una pena con el fin de lograr la mejora de los habitantes, tanto condenados como ciudadanos en general. La pena no podía reducirse a una represión, sino que debía modificar la conducta del condenado para que respete las normas en el futuro, que es lo justo. Además, la pena servía como garantía de orden externo al soberano para imponer sus reglas a los ciudadanos<sup>31</sup>.

De esta misma época es el Hospicio de San Miguel, pensando para jóvenes delincuentes, que a través de la pena se buscaba su corrección. Tenían que obligatoriamente aprender un oficio durante el día, y en la noche descansaban en celdas aisladas. Parecido a ello fue lo construido por Clemente XII en Roma para mujeres<sup>32</sup>.

Avanzado el Siglo XVIII, señala Matthews, los ahorcamientos se volvieron cada vez menos populares, incluso las personas eran capaces de liberar de propia mano al reo para que no fuera expuesto a ese espectáculo de horror. Se piensa que esta puede ser una de las razones para el cambio de una pena radicada exclusivamente en el cuerpo físico de una persona a una pena de privación de libertad de carácter solitaria. Para Silvio Cuneo, la pena de privación de

---

<sup>29</sup> Ibid., Pp. 11 -14

<sup>30</sup> CUNEO. Op.cit., p. 49

<sup>31</sup> LÓPEZ. Op.cit., Pp.52-53

<sup>32</sup> Ibid., Pp 53-54

libertad aparece a fines de este siglo como una pena graduable con criterios de proporcionalidad, y que cumplía a cabalidad con las nuevas sensibilidades de los ideales ilustrados de la época. Parecía que el encierro en una celda era menos cruel que la muerte y los suplicios. Además, la Ilustración comienza a valorar la libertad como un bien, por lo que su pérdida o restricción podía ser considerada a un castigo.<sup>33</sup>

De esta manera, a fines del siglo XVIII, se comienza a configurar un nuevo castigo que vendría a reemplazar a la pena de muerte y las mutilaciones públicas: la pena privativa de libertad en las cárceles. Los autores más tradicionales asocian este cambio de paradigma a una cierta humanización de la pena, lo que consistía en un repudio público a los castigos crueles, la cárcel parecía ser una institución menos sanguinaria. Según estos mismo, es un proceso evolutivo que escapa de métodos arcaicos para idear un reproche suave y racional. Cesare Beccaria, con su obra “Tratado de los delitos y las penas”- escrito en 1764-, es el gran exponente de la idea anterior, la crueldad de las penas debía ser proporcional y con ciertas garantías para el condenado -como, por ejemplo, que los delitos y las penas sólo pueden ser establecidas por el legislador -, sólo debían ser delitos las conductas que afecten a la sociedad y la pena debía tener como fin: la evitación de nuevos delitos por parte de los condenados, una concepción utilitarista de la pena. Declara entonces:

*“La misma atrocidad de la pena hace que se ponga tanto más esfuerzo en eludirla y evitarla, cuanto es mayor el mal contra quien se combate; hace que se cometan muchos delitos para huir la pena de uno solo. Los países y tiempos de los más atroces castigos fueron siempre los de más sanguinarias e inhumanas acciones, porque el mismo espíritu de ferocidad que guiaba la mano del legislador, regía la del parricida y del matador. Sentado en el trono dictaba leyes de hierro para almas atroces de esclavos que obedecían. En la oscuridad privada estimulaba a sacrificar tiranos para crear otros de nuevo.”<sup>34</sup>*

Beccaria se considera discípulo de Montesquieu y apuesta por el Contrato Social en el Derecho Penal, en su obra famosa se puede leer:

*“Las leyes son las condiciones con que los hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad. El conjunto de todas estas porciones de libertad, sacrificadas al*

---

<sup>33</sup> CUNEO. Op. cit., Pp. 43 - 50

<sup>34</sup>MARQUÉZ DE BECCARIA, C. “Tratado de los Delitos y las penas”, Editorial Heliasta S.R.L., Argentina, p. 55

*bien de cada uno, forma la soberanía de una nación, y el soberano es su administrador y legítimo depositario*<sup>35</sup>”

Beccaria también es de los que propone el cambio de la pena de muerte por una pena privativa de libertad, pues sería mucho más útil socialmente, con ella sería posible hacer mejores a los condenados. La muerte vendría a desperdiciar la oportunidad antes mencionada. Según este mismo autor *“no es lo intenso de la pena, sino su extensión, lo que produce mayor efecto sobre el ánimo de los hombres; porque a nuestra sensibilidad mueven con más facilidad y permanencia las continuas, aunque pequeñas impresiones, que una u otra pasajera, y poco durable, aunque fuerte.*<sup>36</sup>” Beccaria cree que el espectáculo cruel momentáneo no es un freno contra los delitos, en cambio, la larga y dilatada condena de privación de libertad acompañado de trabajos útiles compensa a la sociedad ofendida y propicia el desganado de los ciudadanos a cometer delitos semejantes. Esto es sin duda, a juicio de Beccaria, mucho más poderoso que la idea de muerte. *“El ejemplo continuo de aquellos que actualmente ve víctimas de su propia imprudencia le hace una impresión mucho más fuerte que el espectáculo de un suplicio, porque éste lo endurece más que lo corrige.*<sup>37</sup>

Foucault no cree lo anterior, duda que la sociedad tomará consciencia, de un momento a otro, sobre la brutalidad del castigo y decidiera conscientemente darle contenido de pena a la privación de libertad para reemplazar a la pena de muerte y a los tormentos. Así, para este autor, *“la desaparición del castigo público y su sustitución por la prisión moderna, no tanto como una dulcificación de la pena, sino más bien como un cambio cualitativo, una modificación de propósitos, dando paso a medidas destinadas a afectar el ‘alma’ más que el cuerpo de los castigados.*<sup>38</sup>”

También han existido teorías marxistas que explican el origen de la prisión moderna desde fines del siglo XVIII, su principal planteamiento es que la cárcel es consecuencia de un régimen capitalista que tiene por objetivo someter a las clases bajas convirtiéndolas en mano de obra barata y manejable, de esta manera los castigos están al servicio del sistema de producción. Los principales autores de esta teoría son Georg Rushe y Otto Kirchheimet que escribieron “Pena y estructura social” en 1939. El capitalismo, para estos autores, a través de la pena

---

<sup>35</sup> Ibid., p.19

<sup>36</sup> Ibid., p. 58

<sup>37</sup> Ibid., p. 60

<sup>38</sup> CUNEO. Op. cit., p. 58

privativa de libertad, busca adiestrar y vigilar al condenado para que sea encauzado según la voluntad de la clase dominante<sup>39</sup>.

David Garland, se aleja de las teorías anteriores para explicar el nacimiento de la pena privativa de libertad y analiza la sociología del castigo. Para él existe una relación entre las sensibilidades y la sanción, siendo las primeras un límite de la segunda. No es cierto que nunca más van a existir compartimentos que no se adecuen a las sensibilidades – como por ejemplo las torturas de algunos funcionarios en la prisión- pero se disminuyen dichas conductas, formalmente, con un discurso que limita el poder estatal. Silvio Cuneo plantea, que esta sensibilidad no se profundiza en un trato más humano al condenado, de hecho, las sociedades valoran las penas altas sin cuestionar los efectos indeseables en la vida de quien está encerrado. Entonces no hay una clara humanización, sino más bien, una especie de ocultamiento del horror para que no se produzca una incomodidad por el espectáculo del sufrimiento. Norbert Elias, también concuerda con Cuneo, plantea que el encierro como pena, lo que hace desaparecer es la escena pública del sufrimiento. *“La violencia no desaparece en las sociedades civilizadas, pero se oculta y se acumula detrás del escenario, es decir, en cárceles, cuarteles militares, etc. (...) La civilización no supone un mejoramiento moral ni una dulcificación de la vida sino sólo una nueva configuración del poder.”*<sup>40</sup>

Uno de los pensadores más importante e influyente en la evolución de la prisión fue Jeremy Bentham, quien escribió la obra “Panóptico” a fines del XVIII, enfocó su estudio en la relación entre la arquitectura de los establecimientos penitenciarios y el control de los condenados. Según este autor la pena de privación y las prisiones deben tener por objetivo *“guardar los presos con más seguridad y economía, y para trabajar al mismo tiempo en su reforma moral, con medios nuevos de asegurarse de su buena conducta, y de proveer a su subsistencia después de su soltura.”*<sup>41</sup> Bentham potencia la figura del gobernador de la prisión, quien es el encargado del plan que permitirá mantener la buena salud, la industria y la buena conducta de los condenados para su total reforma. Además, asigna un importante papel a la vigilancia a través de inspectores de los establecimientos quien serán dirigidos por el Gobernador. En materia de trato a los privados de libertad, Bentham es claro en señalar que no deben existir tratamientos perniciosos o peligrosos para la salud o vida del condenado, lo llama la regla de la dulzura. Es de los primeros en categorizar a los prisioneros en distintos pabellones para evitarla

---

<sup>39</sup> Ibid., Pp. 59-60

<sup>40</sup> Ibid., p.63

<sup>41</sup> BENTHAM, J. *El Panóptico*. Madrid: La Piqueta. Pág. 33

corrupción entre presos, lo llamaba “la infección moral.” En Bentham, no sólo encontramos una preocupación por los presos que se encontraban privados de libertad, sino también una inquietud por la salida de ellos a la sociedad es más, cree que una reforma al condenado no acaba en la entrega de una moral, religión, buena educación y trabajo, es necesario vigilancia y auxilio en su emancipación. El resultado de lo anterior aumentará la seguridad pública y la economía.

El modelo arquitectónico desarrollado por Bentham “*fue pionero, pero fracasó en su país (Gran Bretaña), y en Europa. Sin embargo, en Estados Unidos algunas penitenciarias siguieron su ejemplo, dando lugar a tres regímenes carcelarios influidos de manera más o menos directa, el filadélfico o pensilvánico, el auburniano o de la regla del silencio y el reformatorio o progresivo.*”<sup>42</sup> El filadélfico, implementado con fines religiosos, pretendía evitar los vicios de las prisiones a través del aislamiento sin violencia y orientar su lectura de la biblia para su penitencia religiosa. De esta manera, el preso debía pasar día y noche encerrado en su celda, separado de los demás reclusos, para lograr su recogimiento y arrepentimiento, una especie de curación del alma. Se criticó este sistema porque el aislamiento penitenciario producía locura en las personas privadas de libertad, lo que en muchas ocasiones terminaba en suicidio. El sistema Auburn, que surgió en Nueva York, se pensó como su antecesor, pero tuvo algunas variaciones. Se mantuvo la celda solitaria en la noche, pero en el día se tenía una vida común entre los reclusos y eran destinados a trabajos en silencio. Todo esto era acompañado de una severa disciplina. En este sistema “*se juntan el modelo europeo de explotación de la mano de obra cautiva y el objeto moralizado y correccional filadélfico.*”<sup>43</sup> También fue criticado por promover la desocialización de los reclusos. El sistema progresivo nació a comienzos del siglo XIX en Europa y tenía la preocupación de crear un sistema penitenciario con orientación reformadora y correctiva de los condenados. En él se ideó la división de la condena en etapas desde el aislamiento celular hasta la libertad condicional, y el grado de progresión en las distintas fases dependía de la evolución favorable de la conducta del reo y su rendimiento en el trabajo. Supone este sistema un incentivo al condenado para reforma y adaptación.

## 2.5 Siglo XIX

En este siglo, los países de Europa implementan el sistema filadélfico en sus prisiones, con mayor o menor variación a lo ya establecido en Norteamérica. La pena de prisión se consagra como el principal medio de punición del Estado, y se comenzó a debatir sobre la

---

<sup>42</sup> LÓPEZ. Op.cit., p 63

<sup>43</sup> GÓMEZ. Op.cit., p.139

proporcionalidad que deben tener los delitos y las penas. También se comenzaron a establecer garantías procesales, cuestionar la independencia judicial y la supresión de los tormentos y la pena de muerte. La prisión es el centro intimidatorio por excelencia una vez acabadas las penas corporales<sup>44</sup>.

Al consagrarse la pena de privación de libertad como la sanción básica en todos los sistemas jurídicos de Europa nacieron corrientes ideológicas que buscaron darle una finalidad a dicha condena. Existieron criminólogos que también intentaron buscar explicaciones a la comisión de delitos y plantearon la relación entre las infracciones y la pobreza. Para ellos, las carencias, la marginalidad de sus barrios, la falta de trabajo, baja escolarización, hacinamiento y mala asistencia de salud propicia ciertos delitos como el robo y la prostitución – en esta época la prostitución es considerada un delito-. Otros asocian la criminalidad a cuestiones culturales que se generan de las crisis económicas, las guerras y las revoluciones, que crean un ambiente de inseguridad y de angustia hacia el futuro.

Uno de los criminólogos más influyente de este siglo fue Cesare Lombroso, quién a través de su obra "*L'uomo delinquente*" publicada en 1876– en español "El hombre delincuente"- explora una nueva teoría sobre el comportamiento humano y el delito, apartándose de concepciones metafísicas, se le llamó criminología positiva. Según Lombroso, el delincuente se trataría de una especie humana diferente debido a que nacen sin haber completado el ciclo evolutivo en el vientre materno. De esta manera, los delincuentes permanecen eternamente en su etapa infantil, lo que le otorga ciertos rasgos corporales y psíquicos. Esta teoría cree en el determinismo del comportamiento humano siendo revolucionaria para una época dominada por doctrinas del libre albedrío impuestas por la Iglesia, sin embargo, también fue duramente criticada porque tenía una cuota de racismo y disminuía al sujeto. Para Silvio Cuneo, el objetivo de los positivistas era intentar elaborar una hipótesis científico-causal que explicara el delito y, de esta manera, crear un tratamiento que sanara a los desviados. Las críticas que se le hacen a Lombroso y sus seguidores, respecto de efectos negativos que tuvieron la interpretación de sus obras, en realidad son exageradas porque los responsabilizan de una mala utilización y manipulación de sus estudios<sup>45</sup>.

De todas maneras, la verdadera preocupación de Lombroso era inocuizar a los delincuentes por considerarlos enfermos peligrosos para la sociedad. Para él, el hecho delictivo

---

<sup>44</sup> LÓPEZ. Op.cit., p. 64

<sup>45</sup> CUNEO. Op. cit., p. 65-69



representaba un atentado al orden social del cuál había que protegerse. La resocialización, constituía entonces, un tratamiento coactivo y heterogéneo para el aseguramiento de la comunidad<sup>46</sup>.

El positivismo cambia la esencia de la reprochabilidad en el castigo del condenado y se centra en mecanismos para corregir las anomalías del delincuente. *“El estudio de estas técnicas curativas no tiene sólo un valor anecdótico en el estudio de la historia del castigo, puesto que a partir de estas concepciones comenzaron a practicarse, bajo una justificación terapéutica, técnicas de ‘modificación de comportamiento’ entre las que se encuentran terapias de electro-choques, esterilización, obligación de consumir drogas, psicocirugías, etc.”*<sup>47</sup>

En esta época conviven distintos tipos de cárceles, están por un lado las prisiones de carácter preventivo, las prisiones destinados a condenados rematados y, por último, las casas de corrección. Uno de los personajes importante en materia penitenciaria en el siglo XIX fue el Coronel Manuel María Montesinos. En 1835 fue nombrado director de la prisión de Valencia donde implementó un sistema correccional para los privados de libertad, se basaba en mantener separados a “los buenos de los malos”, constante vigilancia, ocupación permanente en base a deberes del preso, trabajo sin explotación, premios y castigos dependientes de la conducta. Su sistema tenía por objetivo reformar a la persona condenada con la introducción de fases progresivas, que podían atenuar o mitigar la pena según la reforma alcanzada del condenado, y ser fiel a los principios humanistas consignando que “La penitenciaria sólo recibe el hombre. El delito se queda en la puerta.”<sup>48</sup>

También la visitadora de prisiones de mujeres, Concepción Arenal, seguía estos principios. Para ella, la sociedad estaba obligada a recuperar al delincuente reinsertándolo socialmente en cárceles con escenarios que lo permitieran, por lo que eliminó el uso de grilletes y veló por buenas condiciones de infraestructura y de vida en los penales<sup>49</sup>.

En este siglo comienza a gestarse la idea de crear un derecho con un fin de tratamiento para las personas que se encuentran privadas de libertad, de tal manera de consolidar los principios de resocialización y reeducación como fines de la pena. Para Elio Gómez Grillo *“El sistema penitenciario ‘progresivo’ iniciado por Montesinos y perfeccionado por Maconochie y*

---

<sup>46</sup> MUÑOZ, F., RODRIGUEZ F., Fines de la pena y libertad condicional. Memoria para adquirir el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, 2009. Pp. 108-109

<sup>47</sup> CUNEO. Op. cit., p. 69

<sup>48</sup> GÓMEZ. Op.cit., p.139

<sup>49</sup> LÓPEZ. Op.cit., Pp. 60-61

*Crofton, tendentes a la resocialización del preso y su reincorporación a la sociedad para hacer vida útil, fue aclamado como la gran panacea científica, suerte de piedra filosofal rehabilitadora para enfrentarse al delito de manera eficaz y humana.*<sup>50</sup> En esta parte de la historia se tenía una plena satisfacción por el reemplazo total de la pena de muerte y las mutilaciones a una pena con un fin resocializante y progresivo, cuestión que hasta el día hoy tiene bastantes adeptos.

Es importante destacar que a finales de este siglo *“la orientación criminológica es la que consigue ‘rehabilitar’ a la ejecución penitenciaria, en un momento de crisis profunda y de carencia de alternativas válidas, al propugnarse, como recuerda Scull, su conversión en un establecimiento terapéutico centrado en la clasificación y rehabilitación de los internos mediante la terapia educacional, basada en el orden, la racionalidad y el autocontrol.*<sup>51</sup>”

## 2.6 Siglo XX- XXI

En estos siglos, los derechos humanos se convierten en el máximo referente para hacer política criminal en todo el mundo, y se plasman en textos normativos nacionales e internacionales. Los distintos sistemas penitenciarios también son irradiados por las exigencias de mantener la protección y promoción de los derechos humanos en las prisiones.

A mitad del siglo XX, se comenzaron a desarrollar Congresos Internacionales para crear normas y principios para un desarrollo adecuado del Derecho Penitenciario, se buscaba poner de manifiesto la preocupación sobre las garantías de los privados de libertad. Los convenios firmados en materia penitenciaria tenían como fin establecer un régimen carcelario que se adaptara a los derechos humanos reconocidos a todas las personas libres y también a las personas privadas de libertad. El reconocimiento de los derechos de los presos obligó a los distintos Estados a tomar acciones para garantizarlos, lo que supuso una mejora en las condiciones de vida al interior de la prisión. Un ejemplo de lo anterior fueron las “Reglas Mínimas 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, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977*<sup>52</sup>”, las que significaron un avance en la historia de la

---

<sup>50</sup> GÓMEZ. Op.cit., p.140

<sup>51</sup> "La Resocialización: Objetivo de la Intervención Penitenciaria", de LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., Papers d'estudis i formació, núm.12, diciembre 1993, pp.9-21, en: [http://www.ivac.ehu.es/p278\\_content/eu/contenidos/informacion/ivckei\\_jose\\_luis\\_delacuesta/eu\\_joseluis/adjuntos/ResocBarcelona.pdf](http://www.ivac.ehu.es/p278_content/eu/contenidos/informacion/ivckei_jose_luis_delacuesta/eu_joseluis/adjuntos/ResocBarcelona.pdf). Pág. 10

<sup>52</sup> Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos. Recuperado de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/treatmentofprisoners.aspx>

prisión porque fijan un estándar mínimo de condiciones que los Estados deben asegurar en los centros penitenciarios. *“Estos principios están inspirados en la idea de que reinsertar al recluso a la sociedad en las mejores condiciones posibles, por ello hacen hincapié en la dignidad humana de los reclusos; y en principios como el de no discriminación, respeto a las creencias religiosas, etc.”*<sup>53</sup>

En esta época también continúa la investigación en torno a las causas del delito y se cuestionan las teorías que lo explicaban a través de una única causa. Se tienden al convencimiento de que las circunstancias que llevan a una persona a la comisión de un delito responden a múltiples factores combinados, que pueden ser tanto biológicos, psicológicos, sociales, económicos y de política. De todas maneras, hoy existe un debate abierto sobre la manera en que se conjugan estos factores al momento de la comisión de un delito. Resulta aún inexplicable la causa de la comisión de delitos porque la interrelación de los elementos en los distintos casos concretos, de infracción a la norma penal, es de difícil determinación.

Desde los años 1970 en adelante comienzan a percibirse los efectos de establecer a la pena privativa de libertad como la sanción básica en los sistemas jurídicos de casi todo el mundo. Una de las consecuencias de este tipo de pena fue el impacto negativo en la personalidad de los condenados, y que los expertos llamaron prisionización. Los estudios destacados sobre el impacto carcelario realizado por Donald Clemmer en 1958 concentraron su análisis en los efectos del internamiento y el proceso de prisionización que definió como la asimilación de la subcultura carcelaria. Esta subcultura hace referencia a un subsistema dentro de un sistema cultural amplio, que se desarrolla en la sociedad civil, y que participa en buena medida de esta cultura circundante, pero a su vez, se diferencia o desvía de ella suficientemente conformando un conglomerado cultural distinguible, que se da entre los internos en instituciones penitenciarias. Lo que trasciende en el proceso de prisionización, para este autor, son los efectos transformadores de la personalidad del interno que harán muy difícil la adaptación posterior a la comunidad porque la adopción de esa subcultura carcelaria supone una pérdida de elementos culturales propios de la sociedad libre<sup>54</sup>. Es por esta razón que existe una preocupación de parte de los criminólogos y penalistas en relación con el fin de reinserción y reeducación que se le dio a la pena privativa de libertad en varios textos internacionales y nacionales, porque hoy no existe evidencia de tal reinserción social, incluso se observa que la

---

<sup>53</sup>LÓPEZ. Op.cit., p. 71

<sup>54</sup> GARCIA-BORÉS, J. (2003), El impacto carcelario. En Bergalli, R. (Coord.), Sistema Penal y Problemas Sociales (pp.396-425). Valencia: Tirant lo Blanch Alternativa. Pág. 397.

cárcel produce una paulatina desocialización del condenado. Esto ha llevado a varios ordenamientos a reemplazar la pena de prisión por sanciones alternativas como las multas.

Es en este período de la historia de la prisión, que se inicia en el siglo XX hasta la actualidad, la cárcel moderna comienza a ser blanco de críticas importantes por sus efectos criminológicos -tanto en el condenado como en la sociedad libre-, su alto impacto económico, su cuestionada humanización de la condena y su alta tasa de reincidencia delictual. Silvio Cuneo citando a Michel Foucault, declara que *“se comprobó que las prisiones no disminuyen la tasa de la criminalidad: más bien pueden extenderlas, multiplicarlas y transformarlas, y la cantidad de crímenes y criminales se mantiene estable o, lo que es peor, aumenta”*<sup>55</sup>. De todas maneras, Cuneo es cauto al relacionar directamente la prisión con la reincidencia, según él aún no existe evidencia comprobable sobre la causalidad entre el factor de encarcelamiento y la comisión de nuevos delitos. Este autor también señala que indiferentes de los miles de significados que se le asocie a la pena privativa de libertad desde el derecho, las condiciones de vida al interior de la prisión definirán el significado del encarcelamiento para quien tiene que sufrirlo y la familia de él, esto porque las circunstancias de cómo se cumple la pena de prisión más que sujetarse a lo definido por ley dependerán del funcionario carcelero, compañeros de celda, condiciones infraestructura, alimentación, acceso a trabajo remunerado y/o educación, derecho a visitas regulares, actividades de dispersión entre otras variadas circunstancias<sup>56</sup>.

Aún subsisten estas críticas, e incluso en la actualidad se ha propuesto terminar con la pena de privación de libertad y reemplazarla por otro tipo de penas que signifiquen un menor costo social y la evitación de la desocialización del condenado, destacan para estos efectos: las instituciones penales abiertas y las penas sustitutivas.

La historia de la cárcel se inicia en la Edad Antigua, como un medio para asegurar la presencia del sujeto hasta que se ejecutara su sentencia condenatoria, mientras que, en el siglo XVI es usada la prisión como una herramienta para explotar la mano de obra de los condenados y sustentar a la Europa dañada de ese entonces. Posterior a ello, los principios de la Ilustración influyen en la decisión de eliminar el espectáculo del castigo, suprimiendo la pena de muerte y los tormentos públicos, y creando la figura de la pena de privación de libertad como el reemplazo a la pena corporal. Desde ese entonces, se comenzaron a desarrollar teorías sobre los fines de la prisión, e incluso, se escribieron teorías que argumentaban que la privación de

---

<sup>55</sup> CUNEO. Op. cit., p. pag 76

<sup>56</sup> Ibid., Pp.73-79

libertad podía corregir al condenado y obtener su redención a través de la enseñanza de la moral. El coronel Manuel María Montesinos, director de la prisión de Valencia, en el siglo XIX, inspirado en los fines correctivos de la pena privativa de libertad, implementa un sistema de libertad progresivo que permite atenuar la pena la pena de privación de libertad, según la corrección alcanza por el condenado -cuestión que aún subsiste en la mayoría de los penales del mundo-. A finales de este siglo, la perspectiva criminológica que cree en los efectos rehabilitadores y reformadores de la pena privativa de libertad es la que domina en casi todos los países para enfrentar el delito de manera humana y eficaz. A mitad del Siglo XX, lo anterior se pone en duda y es fuertemente cuestionado hasta el día de hoy. *“La cárcel moderna se pensó como un espacio en el que podría mejorarse a los individuos. Se creía que, segregando a los criminales y disciplinándolos en la laboriosidad, podrían transformarlos en sujetos sumisos, trabajadores y respetuosos de la ley. Sin embargo, desde una perspectiva utilitarista no ha podido comprobarse que la prisión disminuya lo índices de delincuencia. Más bien, (...), parece ocurrir lo contrario.”*<sup>57</sup> Para Elio Gómez, el siglo XVIII es aquel en que aparece la pena privativa de libertad como sanción y da paso al nacimiento de la prisión moderna, el siglo XIX consagra la aparición de la cárcel y el siglo XX la condena, el siglo XXI debería ser el que la acabe.

### **3. Teorías que explican la función de la pena**

Recién hemos visto la evolución que ha tenido la prisión a la largo de la historia. Sin embargo, el fenómeno social que implica el castigo, más particularmente el derecho penal, como un conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto sancionar conductas afectando algún derecho del condenado, ha sido objeto de reflexiones. Varios estudiosos creen que la simple existencia de sanciones penales no es suficiente para afectar gravemente la vida de una persona, que es necesario responder por qué una comunidad podría condenar a alguien por sus determinadas conductas. Es así como han nacido diversas teorías a lo largo de siglos que vienen a explicar el fin que tiene la pena.

Las teorías sobre la función de la pena buscan legitimar discursos sobre el castigo y la forma que este puede tomar. Para Silvio Cuneo, poco aportan en el análisis de la condena porque estas doctrinas se mueven en una máxima abstracción que no tiene vínculo con la realidad material del cumplimiento de las sanciones. Existe una distancia importante y fáctica entre los discursos

---

<sup>57</sup> Ibid., p.78

sobre las penas y la realidad del cumplimiento de estas condenas en prisión. Según Cuneo esto hace que su encuentro sea casi mitológico<sup>58</sup>.

### 3.1 Teorías Absolutas o retributivas (“la pena justa”)

Las teorías absolutas o retributivas, también conocidas como las de merecimiento, son aquellas que consideran que la pena no tiene un fin extrínseco, sino que sólo es la sanción del delito. *“Su función no traspasa los límites de su intimidad y su entidad, acción y finalidad se agotan en ella misma. Para estas teorías se pune porque se ha delinquido, no para evitar que se cometan nuevos delitos.”*<sup>59</sup> Lo central para esta doctrina es que, mediante la imposición de la pena, que es justamente un mal, se equilibre merecidamente el daño causado por el hecho delictual ejecutado, y se expía la culpa del condenado. La pena no tendría ninguna utilidad social<sup>60</sup>.

Los autores más destacados en las teorías de prevención general son Immanuel Kant, que da origen a la retribución moral; y Georg Friedrich Hegel, que crea la retribución jurídica.

Los fundamentos de la teoría de la retribución moral se remontan a 1785, cuando Kant escribe “La metafísica de las costumbres”. Para Kant, la pena no puede tener un fin utilitarista porque eso supondría tratar al hombre como un medio para conseguir un fin determinado, es decir, convertirlo en un objeto y quitarle su dignidad. La condena no debe buscar utilidades, ni para la sociedad, ni para el condenado, es sólo justicia. *“Se impone una pena por el hecho de que se ha delinquido, por una exigencia de justicia (punitur quia peccatum est), es decir se impone una pena sin tener en cuenta los fines a perseguir con la misma.”*<sup>61</sup> Para este autor, *“la retribución moral se ampara en el principio de culpabilidad siendo un límite para no imponer una pena inhumana”*<sup>62</sup>

En el caso de la retribución jurídica de Hegel, se fundamenta en la tesis de que *“el delito supone la negación del Derecho y la antítesis supone que la pena es la negación del delito.”*<sup>63</sup> Es así a pena se consagra como la reafirmación del Derecho porque niega la negación del Derecho que supone el hecho delictual. Sólo se supera el delito mediante la retribución, es en ella que la vulneración del ordenamiento encuentra su correlativa negación<sup>64</sup>.

---

<sup>58</sup> Ibid., p. 84-86

<sup>59</sup> Ibid., p. 86

<sup>60</sup> Ibid., p. 86

<sup>61</sup> LÓPEZ. Op.cit., p. 517

<sup>62</sup> Ibid., p.518

<sup>63</sup> Ibid., p.519

<sup>64</sup> Ibid., p. 520

Al ser la justicia el principio rector para imponer la pena en el caso de la comisión de un delito, esta debe ser asignada incluso cuando sea totalmente innecesaria. *“Esto es porque no se pune para algo – por ejemplo, para evitar nuevos delitos-, sino que se pune por algo.”*<sup>65</sup> Esta idea permitió crear una gradación de la pena, que se ajusta proporcionalmente a cada tipo de delito instaurándose como un límite al poder punitivo del Estado- cuestión que hasta el día de hoy es reconocida como un mérito incluso por sus detractores-.

Las principales críticas que ha tenido esta doctrina son: 1) la exigencia de condena, a pesar, de que sea innecesaria para proteger ciertos bienes jurídicos; 2) la suposición de existencia de libre albedrío para declarar culpabilidad, cuestión que es casi un asunto de pura fe; 3) Se cuestiona la dignidad de imponer una pena carente de finalidad, algunos autores consideran injusto que la pena sea simplemente un mal. Para ellos, el delito representado como un mal no puede ser borrado con la imposición de otro mal, en este caso la pena; 4) Lo supuestamente retributivo consistiría en que la pena anule el mal causado, pero para autores como Mario Garrido Montt, esto es irreal, simplemente se agrega otro mal, que es que se provoca con la imposición de la sanción. Finalmente resultan dos males y ninguna anulación.

En el mundo actual, las teorías absolutas o retributivas no tienen mucha cabida y *“han sido rechazadas por la mayoría de la doctrina, aunque se sigue dando importancia al principio de culpabilidad, a su capacidad de limitar el ius puniendi y la idea de proporcionalidad que gira en torno a la concepción retributiva.”*<sup>66</sup>

### **3.2 Teorías relativas o preventivas (“la pena útil”)**

Las teorías relativas o preventivas, también llamadas utilitarias, son aquellas que consideran que el imponer pena por un delito cometido es un medio para evitar delitos futuros. Estas doctrinas prescinden de la culpa y de la proporcionalidad de la pena, sólo tiene importancia la disuasión del penado o de otros a realizar hechos delictuales. *“Se concibe a la pena como como un medio, como un mecanismo o un instrumento, que sólo se justifica en la medida que se emplee para la lucha contra el delito y su proliferación en la sociedad.”*<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> CUNEO. Op. cit., p. 87

<sup>66</sup> LÓPEZ. Op.cit., p. 522

<sup>67</sup> DURÁN MIGLIARDI, Mario, “Prevención Especial e Ideal Resocializador. Concepto, Evolución y Vigencia en el Marco de la Legitimación y Justificación de la Pena”, en: Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios - Ministerio de Justicia, Gendarmería de Chile, Santiago, Chile. N° 13 Diciembre 2008. Pág. 62

Estas teorías configuran el hecho delictivo como un fenómeno personalísimo y que, por lo tanto, es susceptible de un tratamiento individual cuya meta sea la resocialización del condenado<sup>68</sup>.

Existen dos clases de doctrinas preventivas: las teorías de prevención especial y las teorías de prevención general. La diferencia entre ambas radica en que las primeras buscan efectos particulares en el ejecutor del delito (el condenado), mientras que, las segunda obran sobre todos los seres humanos (sociedad entera), es decir, *“la pena para estas teorías funciona como un instrumento que impresiona a los individuos y que les hace abstenerse de delinquir.”*<sup>69</sup> Esto crea la idea de que la comisión de un delito traerá más males que la abstención de perpetrarlo.

Pasaremos a analizar cada una, por separado:

### 3.2.1 Teorías de la prevención general

Es la doctrina que, a través del espectáculo de la pena impuesta al delincuente, obra sobre la sociedad para que los miembros de ella se abstengan de delinquir.

A su vez, las teorías de prevención general se subdividen en:

- a) Teorías de prevención general negativa: es aquella que ejerce una intimidación indiscriminada ante toda la sociedad, que se espera que se constituya como un freno a la comisión de infracciones penales. La pena es vista como un mal que se otorga como un resultado al delito cometido.
- b) Teorías de prevención general positiva: es aquella que no busca intimidar para inhibir la comisión de delitos, sino que, busca reforzar el apego y confianza al sistema normativo que rige en una sociedad. Este aprendizaje social genera un efecto de pacificación porque el derecho se ve vigorizado.

Uno de los autores que promueve esta función de la pena es Cesare Beccaria, quien cree que al describirse los delitos previamente en la ley permite a los ciudadanos decidir previamente si abstenerse o no de realizar ciertas conductas que puedan tener como consecuencia un castigo. *“De eso se deduce también que, si algunas conductas son presentadas como punibles, es para tratar que los integrantes de la sociedad ponderen el riesgo asociado a su ejecución o se abstengan de realizarlas.”*<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> LÓPEZ. Op.cit., p. 522

<sup>69</sup> CUNEO. Op. cit., p. 89

<sup>70</sup> CURY URZÚA, E. *Derecho Penal Parte General*. Tercera Edición. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 1992. Pág. 77.



Otro autor importante en esta tendencia es Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, criminalista y filósofo de origen alemán, quien postulaba que la pena era un medio psicológico para generar un impacto en los habitantes de la comunidad y de esa manera se abstenga de cometer delitos.

La crítica central que se le hace a las teorías de prevención general es que no se limita el poder punitivo. Silvio Cuneo señala *“para Bettiol ‘la prevención general, desprovista de todo ligamen con la idea de una justa retribución, lleva directamente al terrorismo penal’<sup>71</sup>”*

### 3.2.2 Teorías de la prevención especial

Esta teoría *“no está dirigida a la generalidad o conjunto de los ciudadanos, sino al autor del delito, al delincuente, al sujeto individual que soporta la carga o mal que constituye la pena, en este caso, específica o individualizada.”<sup>72</sup>* En ella se busca obrar, a través de la imposición de una pena, en la propia personalidad del penado, para que en un futuro sea el mismo quien se abstenga de cometer un nuevo delito. Es así como se cumple una función preventiva individual.

Tomando en consideración el apartado anterior sobre la historia de la prisión, podemos situar que esta teoría nace en la Ilustración y llega a su auge en el siglo XIX, cuando se reconoció al condenado como un enfermo con posibilidad de tratamiento para su reforma y corrección.

Las ideas de la prevención especial, si bien estuvieron presentes en autores ilustrados, aparece con mayor fuerza a fines del XIX, en las aulas de la Escuela Positiva italiana. El principal promotor de estas nuevas ideas fue Franz von Liszt, quien propuso una moderna doctrina de la prevención especial y promovió un cambio profundo en el sistema de sanciones del derecho alemán, lo que repercutió a nivel internacional. *“Con su obra, von Liszt volvió a situar el Derecho Penal en conexión con una política jurídica inspirada en criterios racionales, en la que la idea del fin debería ser la verdadera base del progreso jurídico y donde la política-criminal constituye una rama orgánica de la política social”<sup>73</sup>.* Este autor utiliza la metodología empírico-causal de las ciencias de la naturaleza para la investigación jurídica, lo que le permitió recolectar estadísticas para discriminar las

---

<sup>71</sup> CUNEO. Op. cit., p. 90

<sup>72</sup> DURÁN. Op. cit., p. 62

<sup>73</sup> Ibid., p.63

deficiencias del sistema jurídico investigado. Es así como llega a la conclusión, que si bien, es posible reconocer *“que la pena cumple una función de prevención general, no acepta que ese sea su fin. Más que un castigo dotado de rasgos punitivos, la pena asume para él la idea de tratamiento o terapia destinada a adaptar al delincuente a las exigencias de la sociedad organizada.”*<sup>74</sup>. En el texto “La idea del fin en el Derecho Penal”, el autor señala:

*“Quisiéramos dejar provisionalmente de lado la pena retributiva (...). La idea de adecuación a fin, que nos ha conducido felizmente hasta aquí, deberá seguir siendo nuestra guía. Nuestra concepción de la pena como protección jurídica de bienes exige inexcusablemente que, en el caso de que se trate, se aplique la pena (en contenido y alcance) que sea necesaria, para que, a través de ella, se proteja el mundo de los bienes jurídicos.*

*La pena correcta, es decir, la pena justa, es la pena necesaria. Justicia en Derecho penal quiere decir respeto de la magnitud de la pena exigida por la idea de fin.*

*(...) La pena es, a nuestro juicio, medio para un fin. Pero la idea de fin exige adecuación del medio al fin y la mayor economía posible en su administración. Esta exigencia vale muy especialmente respecto de la pena, ya que se trata de una espada de dos filos: protección de bienes jurídicos a través de daño de bienes jurídicos. No es posible concebir un mayor pecado contra la idea de fin, que un dispendioso uso de la pena, como atentado contra la existencia de corporal, ética y económica de un ciudadano, en situación en que no sea exigida por las necesidades del ordenamiento jurídicos. Así, el dominio de la idea de fin es la protección más segura de la libertad individual contra aquellas crueles penas de tiempos pasados, las cuales -y es necesario recordarlo- no han sido superadas por los creyentes idealistas de la pena retributiva<sup>75</sup>”.*

Von Liszt es quien crea un nuevo objeto de destino de la pena, ya no es el hecho pasado, o sea el delito, sino el condenado delincuente. De esta manera la teoría de la prevención especial aspira a que el delincuente que sufre la pena sea educado para que se adapte a las normas de la comunidad, por lo que esta teoría se plantea como una solución en contra de los delitos futuros que podrían ser perpetrados por este mismo sujeto, y no como una retribución al hecho pasado<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> Ibid., p.63-64

<sup>75</sup> VON LISZT, Franz. La idea del fin en el Derecho Penal. Valparaíso: Edeval, 1984. Páginas106 -107

<sup>76</sup> DURÁN. Op. cit., p.64- 66

El proceso de corrección de la personalidad del penado suele denominarse resocialización. Esta teoría tuvo una amplia aceptación porque educar al delincuente, en vez de segregarlo, era – al parecer- socialmente más ventajoso, que la mera retribución propuesta por las teorías absolutas.

Las teorías de prevención general también se subdividen en:

- a) Teorías de prevención especial negativa: son aquellas que se busca inhibir impulsos delictivos del condenado – que ya está cumpliendo una pena por un delito cometido- para evitar que vuelva a delinquir. *“Se trata de evitar que el autor exprese su mayor o menor peligrosidad en sus relaciones sociales<sup>77</sup>.”* En esta doctrina se utiliza una pena inoquizadora o de eliminación que actúa sobre los delincuentes accidentales o los que no pueden ser resocializados.
- b) Teorías de prevención especial positiva: son aquellas que buscan reforzar en el condenado actual la confianza y adhesión con el sistema normativo, para que posteriormente, pueda conducir su comportamiento conforme a ello. *“El objetivo de la prevención se puede conseguir a través de la reeducación del delincuente.<sup>78</sup>”* Se busca evitar la recaída del condenado imponiendo una pena que tenga una función resocializadora, proveyendo de un tratamiento científicamente individualizado para hacer del autor una persona *“con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal, así como de subvenir a sus necesidades<sup>79</sup>”*.

*“En conclusión, la prevención especial positiva es la que tiene por fin la reinserción social del delincuente y la negativa la neutralización del reo; la positiva se orienta a que los ciudadanos respeten las normas, y la negativa consiste en la amenaza legal mediante la pena.<sup>80</sup>”*

### 3.2.3 Teorías mixtas

Son aquellas que mezclan ambos criterios, estableciendo que la pena tiene un componente retributivo, y a la vez, un componente de prevención. *“Se pune porque se ha delinquido y para evitar nuevos delitos; se castiga por y para.<sup>81</sup>”*

---

<sup>77</sup> Ibid., p.67

<sup>78</sup> LÓPEZ. Op.cit., p. 523

<sup>79</sup> DURÁN. Op. cit., p.67

<sup>80</sup>LÓPEZ. Op.cit., p. 638

<sup>81</sup> CUNEO. Op. cit., p. 92

Uno de los expositores de esta teoría es Aristóteles *“para quien la pena tiene un fin preventivo general (el temor puede determinar el comportamiento de los ciudadanos), y la ejecución misma de la pena debe sujetarse a un criterio retributivo, proporcionando a la naturaleza y gravedad del mal.”*<sup>82</sup> Tomás de Aquino apuesta por algo parecido, la pena tiene una naturaleza retributiva (por la Justicia), pero también tiene como fin ejercer temor en los ciudadanos para que ello los inhiba a cometer delitos.

Estas doctrinas no tienen mucha aceptación porque no elaboran nuevos conceptos, sólo sobreponen ideas antagónicas. Punir significa causar un mal, mientras que, reeducar o enmendar significa hacer un bien; es imposible hacer esto compatible.

### **3.3 Teorías negativas o abolicionistas**

Las teorías negativas o abolicionistas son aquellas que consideran que la pena estatal no tiene ningún fin, ni tampoco tiene legitimidad, por lo que consideran que debe eliminarse.

Esta doctrina busca terminar o disminuir al máximo las penas del sistema penal porque han sido incapaz de solucionar conflictos sociales.

Existen autores considerados reduccionistas penales porque buscan disminuir el poder punitivo. Entre ellos se encuentran: Alessandro Baratta, Luigi Ferrajoli, Massimo Pavarini, entre otros.

Silvio Cuneo resume muy bien los postulados de estas teorías de la siguiente manera:

*“En términos generales podríamos decir que las teorías absolutas (retribucionistas) miran hacia el pasado y su justificación vendría dada por criterios de justicia, de merecimiento; las teorías relativas (preventivas), en cambio, miran hacia el futuro y su justificación se encontraría en una pretendida utilidad.”*<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> ETCHEBERRY, A. Derecho penal. Parte general, Tercera Edición, Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 1994. Pág.33

<sup>83</sup> CUNEO. Op. cit., p. 89

#### **4. Del auge del modelo de Prevención Especial como fin de la pena privativa de libertad hasta la crisis actual de la Resocialización**

En el siglo XX, con el abandono de las del Derecho Penal Clásico y con un predominio de la prevención especial como fin de la pena privativa de libertad, se posiciona la idea resocializadora. *“Desde la década del veinte hasta los setenta de la pasada centuria, existía cierta confianza en que las condenas podían ser útiles en la lucha contra la delincuencia (no contra el delincuente) y generar un beneficio social. (...) Lo que había era una confianza enorme en los operadores del sistema penal a quienes se consideraba especialistas en políticas tendientes a la rehabilitación de los condenados (...). Dichos operadores tenían amplísimas facultades para determinar el tipo de condenas, clasificar a los presos, evaluar la liberación anticipada, ver necesidades de una supervisión más o menos intensa., etc. La opinión de los operadores expertos del sistema penal llegaba a ser más decisiva que la autoridad judicial.<sup>84</sup>”* Como señala la cita, en principio, no existía duda que este era el camino adecuado porque respondía al contexto del estado de bienestar que comprendía las causas de la delincuencia como carencias de los sectores más vulnerables, pero luego, hasta las posturas más progresistas cuestionaron su legitimidad. Esto hace tiempo lo venían desarrollando los conservadores con el discurso de que si existían ciudadanos que respetaban las normas, los malvados debían estar encarcelados para proteger a los buenos.

Es así como se comenzó a gestar la llamada crisis de la resocialización por la década de los setenta, por un lado, se cuestiona que el término ‘resocialización’ sea ‘la palabra oficial’, porque es una etiqueta muy engañosa y se usa sin saber lo que realmente significa, de esta manera, pareciese ser que el término resocialización está de moda porque evoca al antiretribucionismo; y por otro lado, se cuestiona el resultado que dice pretender una meta resocializadora, esto porque *“se ha demostrado que la cárcel más que resocializar desocializa, y teniendo en cuenta los elevados índices de reincidencia de los reclusos hace que demuestre que los programas de reeducación y resocialización no son efectivos, por tanto, se habla de la crisis de la prevención especial o de fracaso del tratamiento.<sup>85</sup>”* Sobre esto se publicó un artículo en 1974 titulado “What Works? Questions and answers about prisión reform” que revisaba los resultados obtenidos de programas de tratamiento y de manera empírica demostraba que,

---

<sup>84</sup> Ibid., p.113

<sup>85</sup> LÓPEZ. Op.cit., Pp. 638-639

salvo aisladas excepciones, la rehabilitación no ha tenido éxito para evitar la reincidencia delictual<sup>86</sup>.

Otra cosa que molestaba a los sectores progresista era que la mayoría de las personas que se encontraban encarceladas provenían de los sectores más marginados de la sociedad (negros y pobres), por lo que la institución totalizante de la cárcel producía efectos nefastos en quienes más sufrían. *“Si el delito es un problema social (...) entonces estas respuestas individualizadas y correccionales inevitablemente fracasarían en el intento de llegar a causas profundas. Intervienen después de que el daño se produjo, respondiendo a consecuencias más que a causas, focalizándose en individuos ya constituidos (a menudo incorregibles), más que en los procesos sociales que ya están produciendo la próxima generación<sup>87</sup>”*

Este apartado busca reflexionar sobre el concepto de resocialización, la flexibilidad y ambigüedad que lo posicionaron en el Derecho Penal, para cerrar, con la actual polémica que genera este vocablo y las alternativas a ella.

#### **4.1 El nacimiento del vocablo resocialización**

En la doctrina alemana llamo mucho la atención que bajo el concepto de resocialización no existiera un significado propio apriorístico y que, de todas formas, se haya vuelto el vocablo más de moda en los doctrinarios del Derecho Penal. Es más, este concepto nace recién en la vigésimo quinta edición del artículo Lehrbuch de F.V. Liszt., lo que tampoco lo convertiría en un argumento de autoridad. A pesar de ello, el vocablo agarra fuerza, ya no en las teorías de los fines de la pena, sino en lo referente la ejecución de ellas. Fue Schüller-Springorum, quien, en 1969, plantea la tesis que la pena no puede ser un mal, y que la ejecución de esta no es para proteger a la sociedad ni para restaurar el orden infringido, sino para, entregar al condenado un programa resocializador.

Hay que mencionar, que antes de la palabra “resozialisierung” (resocialización) existía la palabra “besserung” (mejora) introducida por F.V. Liszt, y no se sabe muy bien la supresión de esta última por “resozialisierung”. Lo novedoso de lo anterior es que este término, resocialización, no se encuentra admitido ni siquiera en la Real Academia Española de la lengua<sup>88</sup> y, sin embargo, a pesar de su imprecisión – nadie sabe realmente

---

<sup>86</sup> CUNEO. Op. cit., p. 116

<sup>87</sup> Garland, D. (2005). La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea, traducción Máximo Sozzo, Gedisa, Barcelona. Pág. 89

<sup>88</sup> Esto fue revisado el día 25 de febrero de 2019, en la página web oficial de la Real Academia Española de la lengua ( Sitio web: <http://www.rae.es/> ) poniendo la palabra resocialización en su buscador virtual se obtiene el siguiente resultado: “Su búsqueda no produjo resultados.”

lo que se quiere decir con él-, tiene una acogida fulminante en los estudiosos del Derecho Penal.

Al existir una ambigüedad sobre el contenido de la palabra resocialización, el efecto que se busca con ella también es susceptible de graduación. Es así como se pueden entender distintos procesos y resultados. Para algunos, la resocialización puede tener injerencia netamente en el proceso de ejecución de la pena privativa de libertad para inspirar una especie de "ejecución humanitaria". Para el autor H.J. Kerner, una pena que no ofrezca una socialización ni un tratamiento provoca una desocialización que no puede ser permitida, esto sería un retroceso en la vida del condenado, de tal manera que, se debe ofrecer un tratamiento como asistencia social y prestaciones caritativas. Otros autores creen que la pena resocializadora se agota en el pronóstico razonable de una futura no reincidencia<sup>89</sup>.

#### **4.2 Concepciones a la que subyace el concepto de resocialización<sup>90</sup>**

Para García-Pablos, la ambigüedad del concepto de resocialización-profundamente criticado- ha permitido que el mismo se imponga y que termine agrupando a distintas concepciones que sólo coinciden en lo negativo: el odio al retribucionismo. Es tan cierto lo anterior, que en el lema de la resocialización se agrupan desde los antiretribucionista, pasando por los llamados neotribucionistas, hasta llegar a los que creen un Derecho penal de carácter asistencial.

Pasaremos a revistar cada una de ellas:

##### **4.1.1 Antirretribucionismo dogmático**

En esta corriente se emplea la palabra resocialización simplemente como negación al retribucionismo. El problema de esta concepción es que no ofrece una alternativa distinta, con contenido preciso, al derecho penal retributivo.

Existen dos ramas dentro de esta corriente. La primera de ella plantea que el derecho penal debe ser resocializador, porque representa el derecho de una futura sociedad, de esta forma se vuelve una herramienta de progreso social y de autocontrol. La segunda directriz, utiliza el término resocialización como sinónimo de igualdad real, es decir, una forma de entregar mayores oportunidades sociales. La diferencia entre

---

<sup>89</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. "Estudios penales: La Supuesta Función Resocializadora del Derecho Penal, Problemas y Tendencias Actuales de la Ciencia Penal, Derecho Penal Político, la Criminalidad Financiera y de "Cuello Blanco", Protección Penal de la Libertad de Obrar de la Persona, Delincuencia Asociada: Criminalidad "Común" y "Terrorista", la Tutela Penal del Honor y la Intimidad como Límite de la Libertad de Expresión", José María Bosch S.A. Editores, Barcelona, 1984, p.663

<sup>90</sup> Ibid., Pp.652-654

ambas es que, en la primera se utiliza el derecho penal como creador de una futura y mejor sociedad, mientras que en la segunda, se parte de una sociedad ideal que no coacciona a sus miembros para la adaptación a la misma, sólo estimula una buena educación y se suprime el derecho penal

#### 4.2.2 Concepción asistencialista del Derecho penal

En ella, la resocialización corresponde a una exigencia que se le impone al Derecho Penal para que se convierta en una rama asistencial dedicada al sujeto tanto autor como víctima del delito. Se concibe el hecho delictual como un accidente social, las penas como remedios y el proceso penal como el mecanismo que pondera este accidente para establecer la compensación que permite la rehabilitación del delincuente y la víctima.

En la práctica, esta corriente choca con varios obstáculos, en particular, cuando se trata de problemas agudos entre el autor y la víctima.

#### 4.2.3 Neoretribucionismo

La resocialización se utiliza como una política criminal que busca combatir la criminalidad de manera racional y eficazmente. Para Garcías- Pablos, esta corriente sólo opone nominalmente el concepto de resocialización a retribucionismo *“pero, en definitiva, estamos en presencia de una versión actualizada y moderna del retribucionismo<sup>91</sup>”*, se trata de adaptar coactivamente al ciudadano al status quo, por medio del derecho penal.

### **4.3 Fragmentación en múltiples términos asociados al concepto de resocialización**

Otro de los efectos que se generan por la ambigüedad del concepto de resocialización es la fragmentación de él en distintos conceptos que se suelen mencionar como sinónimos o como si su contenido fuera el mismo, ya sea como a nivel legislativo o científico, en ellos destacan:

#### 4.3.1 Reinserción social

Este concepto alude a la fase final del proceso de condena y que culmina con la vuelta del condenado a la sociedad. Esto presupone que aquel ha incorporado las normas del grupo, de manera externa al menos, mientras que la sociedad asumiendo su responsabilidad en la gestación de delincuentes ofrece un buen vivir al momento de salir en libertad. Esto es por la necesidad de mitigar la desocialización de la cárcel y también para ofrecer asistencia social.

---

<sup>91</sup> Ibid., p.654



Unos autores lo denominan una segunda socialización, como es el caso de Francisco Bueno Arús, y por lo que es totalmente compatible con retribución o una protección social. Borja Mapelli Caffarena, catedrático de Universidad de Sevilla, considera que la reinserción social es *“volver a meter una cosa en otra. En este sentido, reinserción es un proceso de introducción del individuo en la sociedad, ya no se trata como en el caso reeducación de facilitarle ese aprendizaje para que sepa reaccionar debidamente en el momento en que se produzca la liberación<sup>92</sup>”*. La reinserción consiste en favorecer el contacto directo entre el condenado y la comunidad.

#### 4.3.2 Rehabilitación

Se puede aproximar a la resocialización por la eventual reclamación de tratamiento, el cual debe ser bajo consentimiento del penado y no puede afectar su estructura de personalidad.

Se dice que este concepto en el sistema penitenciario alude a un derecho subjetivo que puede exigir libremente en un condenado cuando existe por parte de él, un real arrepentimiento por el hecho delictivo y una adaptación a las condiciones de vida en sociedad<sup>93</sup>.

#### 4.3.3 Reintegración social

Concepto acuñado por Alessandro Baratta, criminólogo y penalista italiano, y que como el mismo señala prefiere al concepto de resocialización y tratamiento porque estos últimos presuponen *“un papel pasivo del detenido y uno activo de las instituciones: son residuos (...) de la vieja criminología positivista que definía al condenado como un individuo anormal e inferior que debía ser (re)adaptado a la sociedad, considerando acríticamente a esta como ‘buena’ y al condenado como ‘malo’.*<sup>94</sup> La reintegración social significa una transformación de la sociedad para que reasuma sus problemas segregados en miles de penados que se encuentran en las instituciones penitenciarias, y que para ellos resulta imprescindible un interacción real entre la cárcel y la sociedad para *“ que los ciudadanos reclusos en la cárcel se reconozcan en la sociedad externa y la sociedad externa se reconozca en la cárcel.”* Esto no es menor para el autor porque la mayoría de los penados proviene de los grupos sociales más excluidos de la comunidad, y en ese marco, la reintegración social tiene como fin

---

<sup>92</sup> Mapelli Caffarena. B., Principios fundamentales del sistema penitenciario, cit., p. 1515; del mismo “El nuevo Reglamento Penitenciario: ¿una herramienta reinsertadora?, “Las ‘nuevas’ Políticas Penales: ¿un cambio hacia dónde?”, *Panóptico*, Tercer Número, 1997.

<sup>93</sup> LÓPEZ. Op. cit., Pp. 661-662

<sup>94</sup> “Resocialización o Control Social” por un Concepto Crítico de “Reintegración Social” del Condenado. Ponencia Presentada en el Seminario “Criminología Crítica y Sistema Penal”, Organizado por Comisión Andina Juristas y la Comisión Episcopal de Acción Social, en Lima, del 17 al 21 de Septiembre de 1990, BARATTA, Alessandro, en: <http://www.inau.gub.uy/biblioteca/Resocializacion.pdf>. Párrafo 9

corregir las condiciones de esa exclusión para que la vida en libertad del ex penado no sea el regreso a marginalidad, y de esta, nuevamente a la cárcel.

Antonio Beristain Ipiña, catedrático de Derecho Penal y fundador del Instituto Vasco de Criminología, también apuesta por una reintegración del condena que signifique que el ex privado de libertad lleve una vida futura sin delitos<sup>95</sup>.

#### 4.3.4 Socialización<sup>96</sup>

Fue un término que acuñaron algunos estudiosos del Derecho Penal y que significa un proceso por lo que un individuo aprende e interioriza los elementos socioculturales de una comunidad, a lo largo de su vida, lo que permite su adaptación al entorno social en el que vive. Esto ocurre por las distintas experiencias que tenga con su ambiente y con agentes sociales significativos. Marino Barbero Santos, catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid, considera que la socialización, simplemente es que el ex condenado lleve una vida libre de delitos en el futuro, no implica la adopción de los valores de la sociedad.

Se dice que la gran diferencia con la resocialización es que esta última garantiza la libertad y la autonomía del condenado, sino cuestiona sus propios principios.

#### 4.3.5 Readaptación social<sup>97</sup>

Se utiliza este término para indicar el sentimiento de esperanza que guarda una sociedad respecto de un condenado para que no vuelva a serlo. Esto implica que exista una reubicación de este en la sociedad.

#### 4.3.6 Reforma

*1. f. Acción y efecto de reformar o reformarse. 2. f. Aquello que se propone, proyecta o ejecuta como innovación o mejora en algo. 3. f. religión reformada. 4. f. Movimiento religioso que, iniciado en el siglo XVI, motivó la formación de las Iglesias protestantes<sup>98</sup>.*

#### 4.3.7 Reeducción:

Es un término que significa volver a educar, pese a que el individuo ya está educado. Se considera que es más específico porque es una educación en valores y comportamientos

---

<sup>95</sup> LÓPEZ. Op.cit., p. 646

<sup>96</sup> LÓPEZ. Op.cit., p. 649-650

<sup>97</sup> Ibid., p.650

<sup>98</sup> Real Academia Española. (2019). Reforma. En Diccionario de la lengua española. Recuperado de <https://dle.rae.es/?id=VdvBdgW>. Consultado el 28 de marzo de 2019.

adecuados para no volver a la prisión, se estima que aquellos valores y comportamientos no existían antes y, por ello, se llegó a cometer delitos.

Para otros autores, con una perspectiva distinta, consiste en *“compensar las carencias del recluso frente al hombre libre ofreciéndole posibilidades para que tenga acceso a la cultura y un desarrollo integral de su personalidad.”*<sup>99</sup>

García-Pablos considera que este término no es afortunado porque pugna con los principios democráticos al querer adoctrinar, domesticar y uniformar a los condenados, es un excesivo paternalismo que se vuelve anacrónico y un atentado contra los derechos de los privados de libertad.

En general se prefieren los términos reinserción o reeducación a los de resocialización o prevención especial en varios ordenamientos jurídicos y en las normas internacionales, esto porque tienen mayor arraigo en el Derecho Penal.

#### **4.4 Problemas que suscita tener una meta resocializadora**

Tal como señala José Luis de la Cuesta Arzamendi son muchos y varios los problemas que suscita el concepto de resocialización, uno de ellos es el ámbito en que actúa el concepto, es decir si lo hace en la teoría de la pena, o si lo hace en particular en la teoría de la pena privativa de libertad, o si enfoca en la ejecución propiamente tal; y otro de ellos es el conflicto sobre cuál es la finalidad de resocialización, si es una tutela al penado o la sociedad<sup>100</sup>.

Para este autor se pueden identificar tres críticas importantes:

1. La primera tiene que ver con la supuesta prevención del delito, según Cuesta Arzamendi, en década de los setenta se comenzó a cuestionar la criminología tradicional y, en especial, la idea que el delito es un problema individual cuya solución implica un tratamiento individual. Para esta nueva generación el delito es un fenómeno que responde a estructuras sociales por lo que un programa individualizado, centrado sólo en el condenado, es poco idóneo para la prevención de nuevos hechos delictuales. Para este autor hay que atacar el problema central y resocializar a la sociedad.
2. La segunda crítica a la meta resocializadora es que ella actúa en la prisión, lugar que no es el idóneo. Las instituciones totalizantes afectan la personalidad del sujeto de manera negativa, muchas veces esto produce una resocialización negativa incompatible con la

---

<sup>99</sup>LÓPEZ. Op.cit., p. 651-652

<sup>100</sup> CUESTA. Op. cit., p.11

supuesta idea resocializadora. Según el mismo Cuesta Arzamendi es difícil proyectar la conducta en prisión de un penado a la conducta en libertad.

3. El mayor conflicto para el autor es que tener una meta resocializadora puede provocar un peligro en los derechos fundamentales de los condenados. Cuando se tiene a la resocialización como fin ocurre que algunos órganos son más duros con los penados que cuando se tiene una pena simplemente retributiva o de prevención general.

Antonio García- Pablos también reflexiona sobre la resocialización como meta e identifica cuatro problemas. Los pasaremos a revisar a continuación:

1. Etapa del proceso penal en que se ubica el concepto de resocialización

Existen dos grupos de autores, el primero de ellos lo constituyen quienes creen que la meta resocializadora es el fundamento de toda la actividad penal; mientras que los segundos que la función resocializadora sólo es un criterio orientador de la ejecución.

Para García-Pablos esta discusión es contradictoria y artificiosa, la ejecución de la pena puede ser resocializadora si así de lo establece la propia ley o – y aunque así se estipule legalmente- puede ser desocializadora si produce efectos destructivos en la vida del condenado. La pena no es la institución más adecuada para resocializar porque no es el delito el que estigmatiza al condenado, sino el cumplimiento de la pena, de esta manera, hablar de una meta resocializadora es complejo. De todas maneras, se puede atribuir una misión más modesta a la resocialización, con un carácter humanitario, lo que la haría menos problemática.

2. Formas que pueden adquirir los procesos de “adaptación” del condenado

Los programas resocializadores pueden pretender ajustar al sujeto a pautas sociales, o bien, pueden ir más allá, y corregir la escala de valores del sujeto. Es así como podemos distinguir las siguientes posturas doctrinales:

- a) La teoría de la socialización: Para esta teoría, el delito es *“consecuencia de un déficit, defecto o trastorno en los procesos de socialización (‘Mangel an Sozialisation’) que se traduce en el lógico aislamiento y conflicto de sistemas valorativos<sup>101</sup>”*. Por esta razón, el delincuente es considerado un retrasado, en él es posible apreciar una falla en los controles externos de comportamiento y en la interiorización de pautas de grupo, por lo que se debe reintegrar al individuo en las colectividades básicas, como la familia y el trabajo; y compensar el déficit de socialización que padece. Esta doctrina plantea que

---

<sup>101</sup> GARCÍA- PABLOS. Op. cit., p.657

la sociedad tiene el deber de corregir lo anterior porque también es responsable de aquella situación, es imprescindible que ofrezca al condenado una esperanza de buen vivir al momento de salir en libertad. Se pone todo el acento en la necesaria reincorporación del sujeto a la comunidad. Para Cuesta de Arzamendi se trata de una *“socialización de reemplazo, dirigida a corregir y rellenar esa carencia o defectos de socialización.”*<sup>102</sup>

Se crítica de esta posición que, en algunas ocasiones, personas que delinquen si se pueden considerar socializadas y no existe ninguna diferencia con las personas consideradas normales, es más, son personas normales que delinquen. Además, que la pena privativa de libertad no es el método más idóneo para resocializar, menos en el caso de los adultos con efecto de socialización en la infancia. Se aprecia, además, que es posible que en el proceso de socialización se adquieran valores negativos socialmente indeseables como la pérdida de interés, que va a depender de los modelos que se ofrezcan en la sociedad. Se cuestiona por Cuesta Arzamendi que la pretensión sea contraria a la dignidad y el respeto de los derechos fundamentales de las personas.

- b) La “Besserungstheorie” y el “correccionalismo”: En estas doctrinas se pone el acento en la transformación significativa que puede experimentar el sujeto con la pena, se busca un cambio en la voluntad interna del condenado. El delito para Dorado Montero, como cita García-Pablos, *“no es más que un signo, un síntoma del estado de anormalidad psíquica de quien lo comete; prueba de su desarreglo moral, de la perturbación que su voluntad experimenta; un dato inequívoco que denuncia la necesidad de acudir prontamente por quien corresponda, con el remedio, sino se quiere contribuir a la prolongación de la injusticia”*<sup>103</sup>. Por esta razón se considera que el sujeto que comete un delito es un ser incapaz de manejar su vida, por lo que el Estado está obligado a su corrección y enmienda, la función penal viene a curar la voluntad débil de este sujeto mediante una terapia individual, tutelar y pedagógica, que viene a ser justamente la pena.

El tratamiento presupone que el delincuente debe aceptar la pena, no como un mal – aunque así le parezca al privado de libertad- sino como un bien verdadero, jamás pensando en causarle dolor o sentimiento de inferioridad. De esta manera, se busca una modificación en el espíritu de los sujetos incultos y que se han corrompido en sus

---

<sup>102</sup> CUESTA. Op. cit., p.11

<sup>103</sup> GARCÍA- PABLOS. Op. cit., p.660

costumbres, a través de una educación que enseñe los valores importantes de la sociedad, y que permita la rehabilitación interior del condenado para su posterior libertad.

Se critica esta doctrina, primero porque existe una confusión entre la moral y el Derecho, que hace difícil de determinar si para el Estado es un deber o un derecho “corregir” a sus ciudadanos; además se crítica el optimismo que se tiene al momento de corregir a los condenados, hay muchos que no desean corregidos, no deben ser corregidos, o no pueden serlo, por lo que se atenta gravemente contra su dignidad.

### 3. Grado de identificación del sujeto con el modelo social

Uno de los problemas para determinar qué es la resocialización, se produce por falta de acuerdos respecto a los procesos y resultados que se esperan de ella. La doctrina construyó dos grados o intensidades de respecto de la meta resocializadora, uno de ellos conocido como el programa máximo resocializador y el otro considerado como el programa mínimo resocializador. A su saber:

- a) Programas mínimos resocializadores: Son aquellos que tienen como meta resocializadora alcanzar una *“mera actitud exterior de educación a la ley<sup>104</sup>”*. Estos programas estiman que la ejecución de pena no puede ser orientada a modificar la personalidad del condenado, simplemente se busca lograr un mantenimiento de la legalidad como fundamento de prevención a la reincidencia, sin otra exigencia moral. Todo esto se fundamenta en el respeto por la dignidad del condenado y en la búsqueda de una sociedad pluralista y democrática.

Se crítica -por los adeptos de los programas máximos- que los programas mínimos no crean una resocialización duradera porque sólo se basan en el miedo a la pena, pero no en una adecuada conformidad interna sobre el respeto a la ley. Para el autor Cuesta Arzamendi el mayor problema de estos programas es que *“la resocialización a la legalidad suscita el problema de fomentar el respeto acrítico a una legalidad que, en muchos aspectos, puede ser profundamente injusta.<sup>105</sup>”*

- b) Programas máximos resocializadores: Estos programas buscan reforzar positivamente los valores de la sociedad, de tal manera, que la conducta externa del penado sea un reflejo de su interna convicción. La pena resocializadora tiene como objetivos: la

---

<sup>104</sup>Ibid., p. 664

<sup>105</sup> CUESTA. Op. cit., p. 13

autorresponsabilidad y la autodeterminación. “La función educadora que ésta conlleva dice, también Peters- ha de ser referencia al ‘hombre total’, a su personalidad integral, y no a conductas aisladas y concretas.

Se crítica -ahora por lo adeptos de los programas máximos- que la resocialización es un proceso de interacción entre la sociedad y el penado, y que deambula entre la dominación y la autodeterminación, esto porque los programas máximos buscan adoctrinar al privado de libertad. Otro problema, además, es que dicho adoctrinamiento es ambiguo, este tipo de metas resocializadores necesitan un modelo de referencia para el sujeto que está siendo adoctrinado, y la sociedad no ofrece un único modelo de valores, los propios autores propulsores de esta doctrina discrepan en el diagnóstico de la sociedad.

En definitiva, podríamos señalar qué es más eficaz un programa resocializador máximo cuando se busca un acuerdo entre la convicción interna y la expresión externa del sujeto – la llamada disciplina social-, pero ello sólo es posible sacrificando la libertad personal del penado.

En la actualidad se ha abandonado estos programas porque según Cuesta Arzamendi *“denotan una excesiva influencia de posturas conservadoras y antiliberales y presentan problemas de manipulación individual, orientada a la imposición de creencias de convicciones y dirigidas a la aceptación acrítica del sistema vigente (que no es nada ajeno al fenómeno criminal); algo que resulta inaceptable en una sociedad basada en la autonomía individual y el respeto a la libertad ideológica.”*<sup>106</sup>

#### 4. Desacuerdo sobre la finalidad de la meta resocializadora

La última polémica es sobre la finalidad que tiene la meta resocializadora, para algunos es una “defensista”, que consiste en una eficaz protección a la sociedad; y para otros, una tutela al penado se trata de salvarlo *“de un perjudicial estado de aislamiento y conflicto, que es la causa del delito”*<sup>107</sup>, y que a la larga va a repercutir favorablemente en la sociedad.

Referente a este tema existen distintas posturas sobre el ideal resocializador inspirado cada una de ellas en distintas imágenes de un hombre y como éste se relaciona con la sociedad. Pasaremos a analizar cada una de ellas:

- a) Las doctrinas extremas de prevención especial: Son aquellas que tienen una imagen del hombre-delincuente, un ser salvaje que es condenado a ser un

---

<sup>106</sup> Ibid., p.12

<sup>107</sup> GARCIA-PABLOS. Op. cit., p. 670

criminal por su naturaleza. El delito sería una especie de alerta de peligrosidad y la pena una defensa social. En estas teorías, la reincorporación del penado a la sociedad no es una meta, sólo va a ocurrir aquello cuando el sujeto esté completamente inocuizado, la función penal persigue simplemente la tutela social.

- b) Los correccionalistas: Son aquellos que tienen la imagen del delincuente como un ser inválido e incapaz, es igual a los niños que necesitan de ayuda. La pena, por lo tanto, viene a cumplir un rol educativo, siendo considerado un bien para el condenado. Los propulsores de esta teoría promocionan un sistema preventivo, en donde se ataca la raíz del problema, y por lo mismo, la resocialización – en este caso entendida como reincorporación del penado a la sociedad- es un objetivo primordial del Derecho Penal.
- c) Postura intermedia: Son aquellos que buscan conciliar la lucha contra el delito y la tutela del penado. La imagen del delincuente no es de un pecador, ni de un irresponsable y tampoco de un enfermo que requiera ayuda, *“sino como un miembro de la sociedad que ésta debe tratar de comprender, investigando, los motivos de su crimen y el porqué de su actitud antisocial<sup>108</sup>”*. La funcional penal tendría dos objetivos: uno inmediato y el otro mediato. El primero de ellos, consistiría en un tratamiento para la futura resocialización del condenado que le permitiera volver a la vida en libertad; y el mediato sería la lucha contra el crimen y la tutela de la sociedad misma.
- d) Postura marxista: Se concibe al delincuente como *“una víctima de las estructuras de la sociedad capitalista<sup>109</sup>”*, por lo tanto, la resocialización es un mito para mantener los valores de la sociedad burguesa que se constituye como la clase dominante. De todas formas, se cree que no se puede renunciar a la pena privativa de libertad como una medida estatal, pero su enfoque debe tener como fin la educación social del condenado para su retorno a la sociedad. Se habla de un derecho del penado a la reinserción que conlleva la obligación moral del Estado de una orientación socialista en la manera de pensar.

---

<sup>108</sup>Ibid., p. 672

<sup>109</sup>Ibid., p.674



#### 4.5 Y si no es la resocialización entonces ¿Qué se propone?

Pasada la mitad del siglo XX, las reformas de los sistemas penitenciarios se sostuvieron gracias a la idea de resocialización como fin de la pena, sin embargo, en la actualidad se cuestiona la utilidad de la cárcel para ello. Esto no tan sólo por las críticas posible a la afectación en la dignidad de los condenados, sino porque han existido resultados de investigaciones empíricas que han demostrado los escasos resultados sobre el objetivo de la resocialización debido a que no existe una baja a la reincidencia delictual. *“Asistimos por lo tanto hoy en muchos países, y sobre todo con Estados Unidos de América, a un desplazamiento del discurso oficial sobre la cárcel, de la prevención especial positiva (resocialización) hacia la prevención especial negativa (neutralización incapacitación)”<sup>110</sup>*. Además, es importante establecer que tomar un término como resocialización sin la discusión sobre el verdadero alcance y contenido, en nuestra normas nacionales e internaciones puede ser poco conveniente y poco reflexivo.

En este apartado revisaremos a tres autores que han apostado por distintas alternativas como respuesta a la crisis de la resocialización.

- a) Uno de ellos es Alessandro Baratta, quien plantea que, a pesar, de la crisis que enfrentan la tesis resocializadoras no se han abandonado por completo- al menos en el año 1990, que es cuando dicta su ponencia-, y que la discusión actual gira en torno a dos posiciones, por un lado aquellos que hacen referencia a un plano realista que apoya la idea que la cárcel no es el lugar adecuado para resocializar y sólo es posible neutralizar al penado, abriendo paso a las teorías absolutas de pena o las de prevención especial negativa; y por otro lado, aquellos que se sitúan en un plano idealista que sostiene que la cárcel aunque le asistan críticas es *“el sitio y el medio de resocialización”<sup>111</sup>*, mantener esta idea no daría cabida a la retribución.

Dada esta discusión, Baratta plantea escapar de ambas falacias y propone enfrentar el problema de la resocialización, teniendo a la vista que la cárcel no trae ninguna consecuencia positiva real para resocialización del condenado, incluso lo desocializa aún más, pero que esto no signifique abandonar la finalidad de reintegrar al penado a la sociedad y aspira a una nueva reinterpretación de este concepto. *“La reintegración del condenado no puede perseguirse a través de la pena carcelaria, sino que debe perseguirse a pesar de ella.”<sup>112</sup>* Para este autor, y tal como se explicó antes, la reintegración responsabiliza

---

<sup>110</sup> BARATTA. Op. cit., segundo párrafo

<sup>111</sup> Ibid., párrafo 4

<sup>112</sup> Ibid., p. párrafo 6

a la sociedad y la obliga a corregir las condiciones de exclusión que llevan a ciertos ciudadanos a la cárcel, para que dicha situación no vuelva a ocurrir. Es un dialogo abierto entre ciudadanos privados de libertad y ciudadanos libres, el delincuente no se debe considerar como un anormal.

Este criminólogo sabe que las cárceles son malas para la finalidad reintegradora, pero agrega que hay unas peores que otra, cualquier mejora que pueda evitar daño, aunque sea sólo a un privado de libertad, es positiva, y debe ser un objetivo por cumplir en el marco de la promoción y protección de los privados de libertad. Esto en consideración a la idea de un cambio radical y no a un reformismo que perpetúe la institución penitenciaria. Se busca no sólo *“una cárcel ‘mejor’ sino también y sobre todo menos cárcel<sup>113</sup>”*.

La propuesta de Alessandro Baratta puede ser articulado en diez puntos-tal como el mismo lo expone en su ponencia-. Pasaremos a revisarla:

- I. Se deben ofrecer servicios (Baratta cambia la palabra de tratamiento por servicio, le parece más correcta) de la misma calidad al penado, al ex penado, su familia, al ambiente y la estructura social donde regresa el ex condenado. Esto es novedoso porque no se les considera en los tradicionales tratamientos.
- II. Se debe abandonar la calidad de anormalidad que le asiste al condenado por la criminología positiva. Es cierto que la misma privación de libertad puede alterar la salud mental de algún condenado, pero dicha perturbación no es porque sea diverso – como lo llama Baratta-, sino justamente porque está privado de libertad. Los programas ofrecidos por las instituciones penitenciarias deben partir sobre el presupuesto teórico de que no existen características modelos de los condenados.
- III. Para Baratta es muy importante separar el castigo penitenciario de los programas resocializadores en atención a la *“progresión de los detenidos en los diversos niveles de severidad y para la concesión de beneficios como la libertad anticipada o la semilibertad”<sup>114</sup>*. Los criterios para conceder lo anterior deben ser estrictamente objetivos y judiciales, sólo se debe verificar la conducta y se deben

---

<sup>113</sup>Ibid., párrafo 8

<sup>114</sup>Ibid., párrafo 21

evitar los criterios subjetivos como la convicciones morales, la peligrosidad del condenado y el disfrute de los programas de tratamiento. Esto es una manera evitar la instrumentalización de las motivaciones de los condenados para acceder a los servicios, la idea es que se ejerza como un derecho, no como una negociación para alterar la pena.

- IV. La reagrupación de los condenados en las instituciones penitenciarias debe tener como principios: la interacción del condenado con la familia, reducir las asimetrías con otros condenados, mejorar el clima social al interior de la cárcel para la solución de problemas de manera colectiva y no violentas y ofrecer programas según la demanda y la necesidad de la institución.
- V. Redefiniendo la idea de tratamiento por servicio, debe incluirse a los detenidos- es decir, acá en Chile, los que están con la medida cautelar de prisión preventiva-en la oferta de ellos.
- VI. Considerando a los programas y servicios como algo independiente de la prisión su oferta debe seguir existiendo fuera de ella, esto ayudará al pasaje del condenado a la vida en libertad.
- VII. Baratta plantea acabar con la asimetría de poder de los operadores con los usuarios de los servicios ofrecidos porque esto hace una interferencia con el contexto penal disciplinario y coloca a los programas como autoritarios.
- VIII. Esta propuesta exige la rotación y reciprocidad de roles entre operadores y usuarios. La salud mental de los primeros está igual de amenazada que la de los privados de libertad por la alienación en los roles del mundo carcelario. La reciprocidad implica que entre ambos agentes hay un intercambio de aprendizaje recíproco que alivia la frustración. La rotación, por su parte, significa valorar más allá de los roles de cada actor las competencias de cada individuo en la solución de problemas y en las construcciones de programas. Eso puedo ir más allá de los muros de la prisión. Existió un ejemplo empírico que permite hoy tomar como principio de la ejecución penitenciaria la rotación y la reciprocidad de los roles. Esto ocurrió

con en el denominado “Experimento de la cárcel de Stanford” estudio psicológico acerca de la influencia del ambiente de la prisión en la en las conductas desarrolladas por los distintos individuos dependiendo de los roles sociales que desarrollaban (cautivo o guardia). Sin embargo, el experimento resultó muy mal y se tuvo que cancelar al poco tiempo.

IX. La cárcel se puede concebir como una institución de autoconciencia para la misma sociedad, es decir, a través de ella es posible tomar conciencia sobre la cuestión social que está de fondo en la estructura de cada comunidad y superar las problemáticas estructurales que la aquejan, para que, desde ese punto de partida se pueda resolver el problema del delito individual. *“Sólo superando la violencia estructural en la sociedad, se puede superar la violencia institucional de la cárcel.”*<sup>115</sup>

X. Se aspira a “destecnificación” – concepto acuñado por Baratta- y que consiste en involucrar a todos los miembros de la comunidad en la reintegración del penado a la sociedad, de tal manera que los roles técnicos, antes destinados a esta misión, aparecen con una importancia relativa, sólo constituyen una parte la misión. “El lugar de la solución del problema carcelario es toda la sociedad”<sup>116</sup>.

b) El segundo autor que ha aportado en dar una alternativa a la denominada “Crisis de la resocialización” es José Luis de la Cuesta Arzamendi.

A pesar de las críticas que el propio autor identifica al ideal resocializador – que explique anteriormente- cree que no hay que abandonarlo porque sólo, a través de este principio, es posible luchar por la promoción y protección derechos de los privados de libertad. *“El rechazo de la resocialización, sin más, con el consiguiente resurgimiento del fundamentalismo neorretribucionista (en ocasiones bajo el manto de la prevención general) puede verse acompañado por una auténtica vuelta atrás en este estado de cosa, llevando a un firme refuerzo de la potestad punitiva del Estado sin cuestionamientos molestos.”*<sup>117</sup> Este abandono puede dar paso a una intervención penitenciaria meramente represiva “con

---

<sup>115</sup> Ibid., párrafo 48

<sup>116</sup> Ibid., párrafo 55

<sup>117</sup> CUESTA. Op. cit., p. 18

*grave riesgo de conversión de las prisiones en meros depósitos de seres humanos*<sup>118</sup>". Para Cuesta Arzamendi, si existe una influencia de la cárcel en el comportamiento futuro de los reclusos, por lo que, es mejor que aquella sea positiva y dirigida por programas resocializadores.

Este autor busca potenciar un tratamiento resocializador mínimo (que no manipule al sujeto) pero que ofrezca medios hacia *"el desarrollo integral de la personalidad', que ha de tener como consecuencia el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales*<sup>119</sup>". También postula que deben existir mecanismos, más que sólo el tratamiento, que busquen la reintegración del penado a la sociedad. Para Cuesta Arzamendi todo se reduce a la humanización en el ambiente prisional (menos sobrepoblación y carencias) para que exista una posibilidad real de trabajo en la resocialización, y esto sólo es posible, con una mayor regulación que propicie la protección y promoción de los derechos de los privados de libertad, y con el fortalecimiento de la figura del juez de ejecución.

Como se sabe que la cárcel puede traer consecuencias negativas en la vida de un condenado, la llamada "desocialización", es necesario hacer esfuerzos organizativos para reducir este efecto, es decir, hacer del ambiente en la prisión lo más parecido al ambiente en libertad, hacer nexos entre los penados y el mundo exterior.

*"En suma, asumir la resocialización como directriz inspiradora de la intervención penitenciaria en su conjunto obliga a una transformación radical de la vida penitenciaria, tendente a la minimización de sus efectos negativos -asilamiento, violencia, apatía- y maximización de los positivos, todo ello en el marco de su progresiva y sincera humanización.*<sup>120</sup>"

- c) Antonio García-Pablos de Molina, también hace una profunda reflexión sobre la resocialización y ofrece una alternativa respecto de los problemas que ha suscitado el tema.

Lo primero que advierte este autor es que el problema es mucho más complejo que sólo aceptar o rechazar la resocialización porque ello puede significar muchas cosas, y no necesariamente más o menos progresismo, es más, existen ocasiones que en las tesis resocializadoras tiene verdaderas pretextos defensitas. *"El problema de la resocialización no puede plantearse en los mismos términos en la sociedad monista y en la sociedad pluralista*

---

<sup>118</sup> Ibid., p.19

<sup>119</sup> Ibid., p.20

<sup>120</sup> Ibid., p. 21

*(...) tan contradictorio es propugnar la resocialización desde el modelo liberal clásico, como no exigirla un estado social intervencionista que se encuentre en una fase avanzada.<sup>121</sup>*

Otro punto que advierte el autor es que el debate sobre la meta resocializadora no puede ser sobre los modelos sociales en abstracto, sino que, debe darse una reflexión con las sociedades que existen y ponderar *“el impacto real y efectivo de los medios resocializadores con que esa sociedad cuenta<sup>122</sup>”*. Lo que propone García -Pablos es verificar los resultados que se obtengan de las investigaciones empíricas realizadas sobre los efectos que se obtienen de un tratamiento resocializador en la cárcel, el impacto que producen en la vida de un individuo y cuáles son los límites que se tienen para ellos.

García- Pablos también es de los que indica que el concepto de resocialización no tiene un contenido único, se puede invocar como una defensa de la sociedad o como una postura altruista que otorga programas tutelares a personas que lo necesitan (el delincuente peligroso).

Para este mismo autor, el mayor problema que se tiene es que la meta resocializadora se convierte en la meta absoluta del Derecho Penal en las sociedades actuales. Esto es super cuestionable si se considera que casi dos tercios de los condenados están completamente socializados, no necesitan de un tratamiento, y los que participan de ellos, reinciden. Antonio García- Pablos de Molina propone soluciones al problema de la resocialización:

- I. Considera que hay que cuestionar la propia justificación de la pena, hoy sólo se analiza la ejecución de ella y se propone que sea resocializadora. Esto puede consolidar una especie de status quo que, por cierto, no tiene ningún sustento empírico que reafirme el efecto resocializador que se espera alcanzar con la pena. El problema central es que se separa los fines de la pena con los fines de la ejecución de ella. Si se considera que la pena es un mal, que estigmatiza al delincuente, no tiene sentido que la ejecución de esta venga a compensar aquello.
- II. Los programas resocializadores máximos propugnan *“facilitar el proceso de identificación del individuo al modelo de valores y normas del grupo; (...) allanando el camino de la reinserción del penando a la comunidad jurídica.<sup>123</sup>”* Llaman a esto una función pedagógica de la pena.

---

<sup>121</sup> GARCÍA-PABLOS. Op. cit., p. 695

<sup>122</sup>Ibid., p. 695

<sup>123</sup>Ibid., p. 697

Para el García-Pablos en realidad es una especie de moralización y adoctrinamiento en normas y valores, más que una pedagogía neutra, en ella no se permite la autodeterminación del condenado. Para que existe una verdadera resocialización es primordial una interacción recíproca entre el individuo y la sociedad, para que el modelo al que se aspira resocializar sea un acuerdo de la comunidad entera.

Para este autor es importante reafirmar que, si bien, la pedagogía es importante para formar a los ciudadanos en los modelos que se hayan dispuestos ellos mismos, esto no tiene que hacerse a través de la pena que es la esfera menos indicada.

- III. El sector más crítico de la doctrina de resocialización propone que quien debe, en realidad, resocializarse es la propia sociedad cambiando sus estructuras que propician la criminalidad. García-Pablos cree que aquello puede tener efectos inhumanos porque se prescinde del sujeto. *“La experiencia ha demostrado que el cambio de las estructuras no termina con la criminalidad, sino que produce una criminalidad distinta. Porque el delito no es patrimonio de los desheredados, de los marginados sociales; no el delincuente es el otro, el inadaptado, el antisocial; no tiene sentido pretender el aniquilamiento total de la criminalidad, sino el control de la misma dentro de ciertas tasas razonables, lejos de una utópica actitud optimista.”*<sup>124</sup>
- IV. García -Pablos no considera incompatible la pena con el tratamiento. Parece imposible aún renunciar a la pena, por un tema de prevención general, y en el caso del tratamiento, en ciertos países ha traído algunos resultados satisfactorios.

El problema de lo anterior es que, en general, la actuación del derecho penal es tardía y sus efectos suelen ser destructivos. Por los mismo García-Pablos propone: 1) Limitar las pretensiones punitivas frente al delito. Es utópico pensar una sociedad sin delitos, sólo se debe buscar controlarlo, no erradicarlo. 2) Se debe buscar la manera de anticiparse al delito, verificando y erradicando sus causas (por ejemplo, educando), para evitar la simple punición de su manifestación. 3) “Asignar al

---

<sup>124</sup> Ibid., p.698-699

Derecho penal la modesta función de prevenir razonablemente la reincidencia<sup>125</sup>". Este Derecho siempre ha sido subsidiario y debe ceder ante cualquier otro que sea más efectivo menos perjudicial para el sujeto. El Derecho Penal sólo debe usarse subsidiariamente, y procurando buscar alternativas a este, otros controles sociales no penales, que sean menos estigmatizantes.

---

<sup>125</sup> Ibid., p. 699



## **CAPITULO II: Y EN CHILE ¿CÚAL ES EL FIN LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD?**

### ***1. La pena en Chile***

#### **1.1 Antecedentes Históricos del Derecho Penal Chileno**

##### **1.1.1 Las costumbres de los indígenas**

No existe mucha información respecto de las practicas sancionatorias que tenían los distintos pueblos originarios que habitaban en nuestro país antes de la llegada de los españoles. De los que existe certeza es que los sistemas legales no eran formalizados, sino que más bien correspondían a costumbre, más o menos arraigadas, que tampoco es posible llamar Derecho consuetudinario.

Lo que se pudo investigar, es que tal como ocurría en la civilización Griega y la Edad Antigua, ante una agresión se buscaba una indemnización pecuniaria para compensar el daño causado a la comunidad, incluso si se llegase a la comisión de un homicidio. Cuando no era posible la composición se pasaba a la venganza, que podía ser ejercida por la propia víctima o la sociedad entera.

La responsabilidad penal era complemente objetiva, le pertenece a quien cometió el hecho lesivo, aunque haya sido por mera casualidad o imprudencia. Por lo mismo tampoco existe la tentativa delictual. En muchas ocasiones la responsabilidad grava también a la familia de la que es miembro quien ocasiona el hecho delictual.

En los habitantes de Tierra del Fuego se tiene registro de formas de duelo para solucionar conflictos que atañen a la infracción de la costumbre. En ellos no existe tanto registro de composición.

Se cuestiona la influencia que tienen las practicas penales desarrolladas por los pueblos originarios en el ulterior derecho penal chileno. Sin embargo, para Enrique Cury, no es una afirmación que se puede realizar porque aún falta investigar si dichas costumbres condicionaron de alguna forma las instituciones del derecho penal indiano o las legislaciones que se desarrollaron posteriormente. Tampoco existe investigación histórico- jurídica sobre si dichas prácticas subsisten aún en algunos grupos indígenas, que incluso, pueden llegar a determinar algunas decisiones jurisprudenciales.

##### **1.1.2 Influencia del Derecho Penal español**

El derecho penal español que se impuso en nuestro país en la época de la colonia y también en algún período posterior a la independencia era una mezcla algo complicada de las costumbres de los pueblos originarios de Europa, las instituciones romano-germánicas y las normas del derecho canónico. Un ejemplo de lo anterior es el Fuero Juzgo que rigió entre los años 649 y 672 (se aplicaba en nuestro territorio al ser una colonia de la Corona Española), tenía un origen germánico, pero le permeaban ideas procedentes del mundo romano como la personalidad de la responsabilidad penal o la inclusión del elemento subjetivo para determinarla. Incluso estas normas romanas presentes en el Fuero Juzgo no pertenecen a las leyes que regían en ese entonces al Imperio. Con la dictación de Las Siete Partidas y el Fuero Real se permeo también el Sistema Jurídico Español con el Derecho canónico

En el caso chileno, Las Partidas eran muy importantes porque se aplicaban por la mayoría de los tribunales del país incluso mucho después de la independencia. Se dice que estas leyes contribuyeron a la conciencia jurídica de los juristas, por lo que *“es de presumir que ejerció una influencia considerable sobre los redactores de nuestro Código, formados en una atmosfera impregnada por el sentido de sus disposiciones.”*<sup>126</sup>

### 1.1.3 Influencia de la ciencia del Derecho Penal en el Código Penal Chileno

El estudio del derecho penal en la civilización Romana era mucho más inferior al que se realizaba en el derecho civil. Sin embargo, estos escuetos escritos y comentarios se convirtieron en la base de los estudiosos del derecho penal en la Alta Edad Media para comentar los nuevos cuerpos normativos que se buscaban promulgar en la época.

El aporte más significativo de los doctrinarios del Derecho Penal comenzó en el siglo XVIII, con los autores Ilustrados, en especial, con los escritos de Cesare Beccaria, quien crea las bases de derecho penal liberal -y que fue latamente estudiado en el capítulo anterior-. Luego le siguieron la creación de las Escuelas, como al Escuela Positiva italiana, que eran grupos homogéneos dedicados al estudio del derecho, y en particular, algunos dedicados exclusivamente a la reflexión del derecho penal. Estos grupos de pensadores fueron llamados “Los clásicos”.

---

<sup>126</sup> CURY. Op. cit., p. 154

La importancia que tuvieron las conclusiones filosóficas, políticas y culturales de estos estudiosos es que sembraron los cimientos de los sistemas jurídicos penales actuales. Estos son:

- I. El delito es una infracción a la ley, no hay delito si no se encuentra establecido de esta manera.
- II. Un hombre o mujer es responsable porque es libre. Es su elección el quebrantamiento de la norma, de no ser así porque sus facultades de autodeterminación se encuentran deterioradas o no están completamente desarrolladas es inimputable. De todas maneras, este no es un debate cerrado en la época.
- III. Se discuten los fines de la pena, varios abogan por la teoría de la prevención especial, pero no existe consenso entre los doctrinarios.
- IV. La aplicación del derecho penal debe ser deductiva.

*“Los encargados de redactar el Código Penal chileno se habían formado en estas ideas. Es posible que no directamente (...) pero se informaron de sus opiniones en las exposiciones de Joaquín Francisco Pacheco. Por este motivo, el futuro del Código habría de ser, por fuerza, de factura clásica<sup>127</sup>.”*

Luego de varios intentos fallidos de crear un Código Penal para Chile se aprueba este el 12 de noviembre de 1874 y comienza a regir desde el 1 de marzo de 1875, el cual es una copia al que tenía España.

Mientras se estaba gestando el nacimiento de nuestro Código Penal, en Europa se estaba empezando a desarrollar una corriente filosófica nueva influida por las ciencias naturales: el positivismo. Esta corriente también permeo a los estudiosos del derecho penal, se comienza a desplazar el interés por la norma al hecho antisocial y al autor del delito, *“ya no se trata de alcanzar soluciones justas, sino socialmente eficaces, suponiendo, desde luego que ellas pueden extraerse en forma directa del estudio del delincuente, de sus características personales (Lombroso) o de las particularidades de su situación social (Ferri)<sup>128</sup>”*. En Chile, esta corriente sólo comenzó a entrar en conflicto con las perspectivas clásicas recién por la década de los años cuarenta, con la

---

<sup>127</sup> Ibid., p.158

<sup>128</sup> Ibid., p.159

promoción que le brindaba el magistrado, autor y distinguido profesor de derecho penal Pedro Ortiz. Lo cierto es que esta nueva teoría no fue incluida en los textos ya creados (como el Código Penal) pero influyó en leyes penales complementarias que surgieron posteriormente, por ejemplo: el sistema de remisión condicional de la pena (1944) y la creación de un sistema de medidas de seguridad y corrección (1954). *“A pesar de todo, el derecho penal chileno ha seguido siendo predominantemente clásico.”*<sup>129</sup>

La Doctrina chilena experimento un alto crecimiento intelectual luego de la Segunda Guerra Mundial. La llegada del jurista español Luis Jiménez de Asua, quien se radicó en Buenos Aires, pero que difundió las obras fundamentales de las nuevas Escuelas dedicadas al estudio del Derecho Penal que estaban apareciendo en Europa en todo el continente Latinoamericano hizo florecer la producción literaria nacional en materias de Derecho Penal.

Enrique Cury reflexiona sobre *“hasta donde hemos conseguido elaborar unos sistemas de derecho penal plenamente válidos para nuestro país, a partir de concepciones estructuradas no tan sólo en torno a un ordenamiento jurídico externo, sino, sobre todo, a supuestos culturales históricos, culturales y distintos de los nuestros.”*<sup>130</sup>. Él mismo cree que es correcto no agotar las reflexiones intelectuales en la propia nación porque el derecho comparado puede contribuir a mejorar problemas existentes en nuestra nación, pero se debe evitar la dependencia intelectual total que tenemos en algunas ocasiones. Es importante observar la posibilidad de poner en prácticas las instituciones exportadas de otros ordenamientos jurídicos en nuestro sistema jurídico, es necesario ver la realidad nacional.

Actualmente, además de la influencia de la doctrina italiana y alemana, el Derecho Penal Español ha impactado también a la doctrina chilena. Esto se ocasionó porque su florecimiento se ha situado como uno de los mejores de Europa en la década los años sesenta y por nuestra indudable vinculación histórica.

---

<sup>129</sup> Ibid., p.162

<sup>130</sup> Ibid., p.163

## 1.2 Formas de reaccionar al delito

Existen dos formas, las que pasaremos a revisar a continuación.

### 1.2.1 La Pena

La pena, que como ya se advirtió en el capítulo anterior, es un concepto en disputa y con variadas acepciones, por lo que, para simplificar el estudio en este apartado del capítulo, nos vamos a remitir a la definición que da Enrique Cury Urzúa, reconocido abogado, jurista, juez y profesor de Derecho, y uno de los autores chilenos más importantes en materia de Derecho Penal. Dada la explicación, podemos señalar que pena *“es un mal que consiste en la disminución o privación de ciertos bienes jurídicos, el cual se impone a quien comete culpablemente un injusto de aquellos que a la ley amenaza expresamente con ella, para fortalecer el respeto por los bienes jurídicos, evitar, hasta donde sea posible, la proliferación de tales hechos y asegurar así las condiciones elementales de convivencia, todo ello dentro de los límites que determina la dignidad humana del afectado.”*<sup>131</sup>

Es por esta razón que no serían penas aquellas sanciones impuestas por el derecho privado o procesal que autorizan el cumplimiento forzado de algunas obligaciones incluso cuando incluyan algunas privaciones de libertad breve (por ejemplo, la detención del testigo que citado a declarar no comparece, para que justamente lo haga). La razón para separarlas es que estas últimas no suponen una lesión a un bien jurídico sino una mera descripción de la ley, el sólo cumplimiento de la obligación elimina el apremio.

#### 1.1.3.1 El sistema de la pena en la ley

La pena en nuestro ordenamiento jurídico es la consecuencia jurídica de la comisión de un delito y no un elemento de la estructura. Puede ocurrir que, aunque exista el mandato de imposición de pena dada la ejecución de un hecho delictual, esta no se otorgue por alguna razón como, por ejemplo, una causal de justificación absoluta. “La pena que se obtiene mediante esta valoración de hecho constituye, sin embargo, sólo un marco flexible, dentro del cual compete al juez efectuar las precisiones enderezadas a determinar una que se adecue a la reprochabilidad (culpabilidad) personal del autor de acuerdo a los criterios respectivos.”

---

<sup>131</sup> Ibid., p.83

Nuestro Código Penal, siguiendo la corriente clásico-francesa, contempla un decálogo de penas sumamente corpulenta, esto no es azar, sino que tiene por objetivo otorgar múltiples opciones de sanciones a los jueces para establecer, a través de un régimen estricto -casi matemático-, la pena que deben imponer. Esto tiene como propósito evitar todo tipo de arbitrariedad judicial.

#### 1.1.3.2 Clasificación de las penas<sup>132</sup>

Las penas, en nuestro ordenamiento jurídico, pueden clasificarse de maneras muy distintas según variados criterios, algunos son más importantes que otros, pero todos pueden llegar a ser significativos en algún momento. Ahora pasaremos a revisarlos:

##### 1.1.3.2.1 Clasificación según su naturaleza

Es considerada por algunos estudiosos como la clasificación más importante, común y general. Esto principalmente porque se atiende al bien jurídico afectado por la pena, responde a qué verá afectado el condenado. No es una clasificación establecida en la ley, fue hecha por los doctrinarios del Derecho Penal Chileno.

##### 1.1.3.2.1.1 Penas corporales

Son aquellas que afectan al cuerpo corporal del privado de libertad, su físico. Actualmente no son utilizadas en nuestro ordenamiento jurídico por considerárseles sumamente crueles y atentatorias a la dignidad de las personas, cuestión que instalaron los liberales en el siglo XVIII. Antes de eso, si fueron utilizadas en nuestro país, en la época de la colonia, un ejemplo de ello es la causa “Criminal contra el negro Antonio por el homicidio que ejecutó en su amo que fue Maestre de Campo Don Alonso de Lecaros. 1767-68. Real Audiencia, vol. 1737, pieza 2”. En ella se aprecia el máximo rigor del poder judicial, al tratarse de un caso que confrontaba directamente el orden social y también mental de la sociedad hispano-criolla de la época, esto porque se trataba de un delito de un esclavo negro en contra de su amo. La pena fue una reparación

---

<sup>132</sup> Ibid., p.699-705

pública, violenta, espectacular y más cruel que el propio delito por la jerarquización social -valórica que se le daba a la víctima sobre el delincuente. El castigo en nuestra sociedad hispano-criolla también era mirado como un sufrimiento físico del cuerpo, sin discreción, y cuya ejecución era teatral y pública. Una cita de la sentencia que recibió “Antonio el Negro” expresa lo anterior: *“Que condenó al dicho negro Antonio en pena ordinaria de muerte para la que fuese sacado de la Cárcel Pública, y puesto en un carro, llevado alrededor de la plaza hasta venir a la horca que estará puesta en su lugar acostumbrado, y que en trecho del paseo se den por mano del verdugo doscientos azotes a cincuenta en cada esquina de la plaza y que de una a la otra se le vaya efectivamente atenaceado con unas tenazas de hierro hechas ascuas, sin permitir que los sacerdotes se lleguen para impedir este castigo, como se les prevendrá de antemano con recado a su superior y que llegado a pie dicha horca, sea suspendido y ahorcado hasta que naturalmente muera dejándose su cuerpo así colgado y desnudo hasta la cintura hasta la tarde del mismo día del suplicio en que zafado de la dicha horca por el mismo verdugo le corte las dos manos, y cabeza de las que una sea puesta en poco más [abajo] del Colegio San Miguel, la otra fuera de la calle de las Matadas, y la cabeza en la Alameda (...), y que el cuerpo del reo fuese amarrado a la cola de un asno y arrastrado del lugar que llaman Conventillo, hechado en una hoguera de fuego.”<sup>133</sup>*

#### 1.1.3.2.1.2 Penas infames

Son aquellas destinadas a afectar el honor del condenado, con el propósito de evidenciarlo frente al grupo para que este último se cuidase de él. Fueron utilizadas en el pasado, pero actualmente ya no se usan.

#### 1.1.3.2.1.3 Penas privativas de libertad

---

<sup>133</sup> ARANCIBIA, C., CORNEJO J., GONZÁLEZ C. *Pena de muerte en el Chile Colonial*. Santiago de Chile: RIL editores, 2003. Pp.175-176

Son las denominadas penas de encierro porque *“afectan la libertad ambulatoria del condenado, quien debe permanecer, durante el término de ellas, recluso en un establecimiento carcelario.”*<sup>134</sup>

El derecho penal chileno contempla tres formas: presidio, reclusión y prisión.

*“En el sistema vigente, ellas constituyen la forma de reacción penal más frecuente.”*<sup>135</sup>

#### 1.1.3.2.1.4 Penas restrictivas de libertad

Son aquellas que tiene por objeto limitar la libertad ambulatoria del condenado, pero de manera menos rigurosa que una pena privativa de libertad. En este tipo de sanciones se permite al sujeto circular libremente dentro de un determinado territorio o circular libremente por todo el territorio nacional absteniéndose de concurrir a ciertos lugares que le impiden su ingreso.

#### 1.1.3.2.1.5 Penas privativas de otros derechos

Son aquellas que afectan a la libertad, pero no en el plano ambulatorio, sino en la posibilidad de ejecutar algunos derechos, de poder postular y desempeñarse en ciertos trabajos o la realizar alguna actividad. Un ejemplo de este tipo de penas es la establecida en la Ley N° 20.594 que *“Crea inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores y establece registro de dichas inhabilidades”* y que modifica el artículo 21 del Código Penal agregando *“Inhabilitación absoluta perpetua para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad.”*<sup>136</sup>

#### 1.1.3.2.1.6 Penas pecuniarias

---

<sup>134</sup> CURY. Op. cit., p. 701

<sup>135</sup> Ibid., p.701

<sup>136</sup> Ley N° 20.594, Crea inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores y establece registro de dichas inhabilidades, publicada el 19 de junio de 2012, Chile



Son aquellas que afectan al patrimonio del condenado. En nuestro ordenamiento jurídico se consagran tres: la multa, el comiso y la caución. La multa es la pena más usada luego de la privación de libertad.

#### 1.1.3.2.2 Clasificación según su gravedad

Se clasifican según una base cuantitativa en penas de crímenes, simples delitos y faltas. Las penas de crímenes son las privativas y restrictivas de libertad mayores y las inhabilitaciones (en general); las penas de simples delitos son las privativas y restrictivas de libertad menores y el destierro; y las faltas tienen como pena la prisión. *“La multa y el comiso de los instrumentos y efectos del delito son penas comunes a los crímenes, simple delitos y faltas.”<sup>137</sup>*

Enrique Cury plantea que, si bien las penas están clasificadas según la magnitud de la pena, esto de todas maneras es concerniente a su naturaleza porque la cuantía de una sanción es fundamentalmente por el disvalor que se le asocia a esa conducta delictual.

#### 1.1.3.2.3 Clasificación según su autonomía

Las penas según su autonomía pueden ser clasificadas en principales o accesorias. Las penas principales son aquellas determinadas expresamente en la ley para cada delito y cuya imposición no depende de otra pena distinta, por otro lado, las penas accesorias son justamente las que dependen su imposición de otra pena porque la ley así lo dispone (de manera general o por un delito específico). Algunos ejemplos de penas accesorias son: *“Inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares o la inhabilitación absoluta perpetua para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad.”<sup>138</sup>*

---

<sup>137</sup> CURY. Op. cit., p. 702-703

<sup>138</sup> Código Penal, de 1873, Aprobada por Decreto N° 103, de 31 de enero de 1997. artículo 21

#### 1.1.3.2.4 Clasificación atendiendo a la forma en que se ponen a disposición del tribunal

Las penas según esta clasificación pueden ser: copulativas, alternativas o facultativas. Las penas copulativas son aquellas en que la ley obliga a imponer dos o más penas al tribunal por la ejecución de un sólo delito, por ejemplo: una pena principal y un a accesoria. Las penas alternativas son aquellas en que la ley da dos o más opciones de pena al tribunal para castigar el mismo delito. Las facultativas, por último, son aquellas en que la ley deja al arbitrio del juez imponer o no una pena.

#### 1.1.3.2.5 Clasificación según su divisibilidad

Pueden ser penas divisibles como penas indivisibles. Las penas divisibles son aquellas que son posible de fraccionar, como las que tienen un tiempo determinado de duración o las que tienen cuantía económica. Las penas indivisibles son aquellas que no pueden ser fraccionadas, como por ejemplo la pena de muerte que no es una pena en Chile, pero si en otros ordenamientos jurídicos, de manera restringida.

Esta clasificación es importante para la determinación de la pena al momento de analizar las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal.

#### 1.1.3.2.6 Clasificación según su afflictividad

Se distinguen como penas afflictivas y no afflictivas. Esta distinción la hace el propio Código Penal en su artículo 37, a saber: *“Para los efectos legales se reputan afflictivas todas las penas de crímenes y, respecto de las de simples delitos, las de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores en sus grados máximos.”*<sup>139</sup>

Si bien esta clasificación no tiene mucho interés para el Derecho Penal, si lo es en materia constitucional porque si se es condenado a pena afflictiva se pierde la calidad de ciudadano y sólo es posible recuperarla mediante solicitud ante el Senado. También se suspende el derecho al

---

<sup>139</sup> Código Penal. Op. cit., artículo 37.

sufragio *“por hallarse la persona acusada por delito que merezca pena aflictiva o por delito que la ley califique como conducta terrorista.”*<sup>140</sup>

### 1.2.2. Medidas de seguridad

Según el profesor Mario Garrido Montt son empleadas por el Estado para *“prevenir la comisión de delitos; no responden al principio de culpabilidad, sino al de peligrosidad.”*<sup>141</sup> De esta manera se aplican a los miembros que se consideran peligrosos para la sociedad en consideración a circunstancias personales, como una manera de evitar que cometa delitos futuros. No es igual que la pena porque ésta *“tiene como antecedente la ejecución de un hecho; la medida de seguridad encuentra su antecedente en el estado de peligrosidad de un sujeto, estado que es muy complejo de tipificar.”*<sup>142</sup>

Una de las críticas importantes a las medidas de seguridad es que su cumplimiento va a depender del tiempo que tome el tratamiento que los facultativos indiquen para enfrentar el estado de peligrosidad que presente el sujeto, y esto iría en contra del principio de legalidad.

Las medidas de seguridad son un tema muy interesante de estudiar y debatir, pero no son materia de estudio en esta tesis.

## 2. **Debate sobre el fin de la pena en Chile**

En este apartado analizaremos el fin de la pena en Chile desde la normativa que rige nuestro ordenamiento jurídico, los doctrinarios más importantes del Derecho Penal chileno y, por último, analizando un par de sentencias de nuestros tribunales.

### 2.1 Normativa

En este apartado vamos a hacer una recopilación de la normativa que nos pueden orientar a reconocer la función que tiene la pena en nuestro país. Vamos a hacer una revisión de la normativa internacional ratificada por Chile y la normativa nacional.

#### 2.1.1 Normativa Internacional

Para hacer un mayor comprensión y análisis vamos a distinguir entre el Sistema Universal de Derechos Humanos y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

##### 2.1.1.1 Sistema Universal de Derechos Humanos

---

<sup>140</sup> Constitución Política de la República, 22 de septiembre de 2005, Chile. Artículo 16 numeral 2.

<sup>141</sup> GARRIDO MONTT, M. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Primera edición, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de, 2001. P. 35

<sup>142</sup> *Ibid.*, p.35

#### 2.1.1.1.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ratificado por Chile en el año 1975)

Nos señala en su Artículo 10 que: *“1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (...) 3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”*. Así, este Pacto pone de manifiesto el fin preventivo especial que debe tener la condena<sup>143</sup>. No explica lo que entiende por ambos conceptos y parece que, tal como lo mencionada García- Pablos, es una manera de negar al retribucionismo.

De lo que hemos estudiado hasta ahora podemos señalar que la readaptación social se utiliza para indicar el sentimiento de esperanza que guarda una sociedad respecto de un condenado para que no vuelva a serlo. Esto implica que exista una reubicación de este en la sociedad. Mientras que reforma según al Real Academia de la Lengua Española es *“1. f. Acción y efecto de reformar o reformarse. 2. f. Aquello que se propone, proyecta o ejecuta como innovación o mejora en algo. 3. f. religión reformada. 4. f. Movimiento religioso que, iniciado en el siglo XVI, motivó la formación de las Iglesias protestantes.<sup>144”</sup>*

En las Observaciones Generales del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, especialmente en la Observación General N° 21 sobre el Trato humano de las personas privadas de libertad señala respecto sobre el inciso 3 del que estamos reflexionando que *“ningún sistema penitenciario debe estar orientado a solamente el castigo; esencialmente, debe tratar de lograr la reforma y la readaptación social del preso. Se invita a los Estados Partes a que especifiquen si disponen de un sistema de asistencia post penitenciaria e informen sobre el éxito de éste.<sup>145”</sup>*Acá

---

<sup>143</sup> La política de reinserción social en Chile, Estado Actual y proyecciones. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado el 20 de abril de 2019 en: <http://www.reinsercionsocial.gob.cl/media/2015/11/documento-reinsercin-baja.pdf>

<sup>144</sup> Real Academia Española. Op. cit.

<sup>145</sup> CASTRO, A., CILLERO, M., MERA, J., Derechos Fundamentales de los Privados, Guía Práctica con los estándares internacionales en la materia. Primera edición. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2010. P. 55.

se deja más claro aún que la norma busca alejarse de las teorías absolutas de la pena y prefiere una visión más cercana a las teorías de la prevención especial, pero no se explica el contenido que le da a los vocablos reforma y readaptación.

#### 2.1.1.1.2 Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos

Desde el año 2015 son las llamadas “Reglas Mandela”. Representan un conjunto de principios y normas internacionales que se establecen como estándares para la promoción y protección de los derechos de las personas privadas de libertad. Nos señalan sus reglas:

*“Regla 4: 1. Los 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 exreclusos 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. 2. Para lograr ese propósito, las administraciones penitenciarias y otras autoridades competentes deberán ofrecer educación, formación profesional y trabajo, así como otras formas de asistencia apropiadas y disponibles, incluidas las de carácter recuperativo, moral, espiritual y social y las basadas en la salud y el deporte. Todos esos programas, actividades y servicios se ofrecerán en atención a las necesidades de tratamiento individuales de los reclusos.”* Acá hay una clara manifestación de una punición pensada desde la teoría de la prevención especial con la mencionada idea de tratamiento, que es un elemento constituyente de estas teorías, independiente de cómo se crea deba realizarse.

*“Regla 5*

*1. El régimen penitenciario procurará reducir al mínimo las diferencias entre la vida en 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.”* Esta regla asume el retorno del condenado a la comunidad, por lo que estima

conveniente prepararlo para ello dentro de la cárcel. También esto lo señala la Regla 59 al señalar que *“en la medida de lo posible, los reclusos serán internados en establecimientos penitenciarios cercanos a su hogar o a su lugar de reinserción social.”* Habla de reinserción que como vimos en el primer capítulo, alude a un concepto que se utiliza para mencionar la vuelta del condenado a la sociedad. La idea de preparar al condenado en la prisión para su salida al medio libre supone ideas prevencionistas sobre la pena.

#### 2.1.1.1.3 Reglas de Bangkok o Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de Libertad para las Mujeres Delincuentes

Se dictaron en el 2011 con el fin de recoger las particularidades que experimentan la población femenina privada de libertad y que no habían sido contempladas anteriormente en Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (previo a la actualización de estas por las Reglas Mandela).

Las reglas que hablan sobre los fines que tiene la ejecución de su privación de libertad son variadas, sólo recogeremos acá las más relevantes para comprender cual es la visión de la pena en el instrumento.

##### *“Regla 40*

*Los administradores de las prisiones elaborarán y aplicarán métodos de clasificación centrados en las necesidades propias del género y la situación de las reclusas, a fin de asegurar la planificación y ejecución apropiadas e individualizadas de programas orientados a su pronta rehabilitación, tratamiento y reinserción social.”*

Esta norma es reflejo de las ideas de prevención especial porque señala que los programas deben ir orientados a la rehabilitación, es decir, a la reclamación de un tratamiento, por parte del penado, que tenga como finalidad que el este incorpore las normas del grupo, de manera externa al menos, para que

retorne a la sociedad libre, la que tiene obligación de ofrecerle una buena vida.

*“Regla 67*

*Se procurará organizar y promover investigaciones exhaustivas y orientadas a los resultados sobre los delitos cometidos por mujeres, las razones que las llevan a entrar en conflicto con el sistema de justicia penal, la repercusión de la criminalización secundaria y el encarcelamiento en las mujeres, las características de las delincuentes, así como programas orientados a reducir la reincidencia de las mujeres, como base para la planificación eficaz, la elaboración de programas y la formulación de políticas destinadas a satisfacer las necesidades de reinserción social de las delincuentes.”*

A razón de la norma anterior se puede apreciar que este instrumento busca conciliar la lucha contra el delito y la tutela de las condenadas. Estas no son vistas como incapaces o enfermas sino como un individuo que debe tratar de ser investigado para comprender las razones que lo llevan a cometer delitos, y de esa manera ofrecer un tratamiento para que pueda superar sus falencias y retornar a la sociedad a vivir una vida libre de delitos.

En la totalidad de las normas que aluden a fines de la pena en este instrumento se alude a la palabra reinserción como un principio inspirador de la ejecución penal. De esto se concluye que las Reglas de Bangkok creen que la pena tiene un fin de prevención especial.

2.1.1.1.4 Reglas de Tokio o Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (adoptada en 1990)

Estas reglas contienen estándares básicos para promocionar la aplicación de medidas no privativas de la libertad. Se busca con ellas que el tratamiento -que asumen que deben tener las personas privadas de libertad- sea con mayor participación ciudadana por la responsabilidad social que les corresponde en el

proceso. Lo que nos sitúa claramente en ideas de la prevención especial respecto de la función de la pena.

Algunas de las normas que tratan sobre la función de la pena son las siguientes:

*“Imposición de sanciones*

*8.1 La autoridad judicial, que tendrá a su disposición una serie de sanciones no privativas de la libertad, al adoptar su decisión deberá tener en consideración las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima, quien será consultada cuando corresponda.*

*(...)9. Medidas posteriores a la sentencia*

*9.1 Se pondrá a disposición de la autoridad competente una amplia serie de medidas sustitutivas posteriores a la sentencia a fin de evitar la reclusión y prestar asistencia a los delincuentes para su pronta reinserción social.”*

*(...)18.3 Se utilizarán todos los medios de comunicación para propiciar una actitud constructiva en la comunidad, que dé lugar a actividades que propicien una aplicación más amplia del régimen no privativo de la libertad y la reinserción social de los delincuentes.”*

Este instrumento asume que la prisión históricamente no ha generado muchas consecuencias positivas en la vida de la población penal, es más, se cree que es una institución que desocializa aún más al condenado. Dado ese diagnóstico, se ha reflexionado en torno a la posibilidad de ofrecer otro tipo de sanciones, sustitutivas a la pena privativa de libertad, para evitar estos efectos indeseables en miras a su reinserción social y la protección de la sociedad. Estos elementos que considera la normativa nos sitúan necesariamente en una pena pensada desde las teorías de prevención especial, se busca la tutela del delincuente, pero con el propósito de que ello contribuya a la seguridad de sociedad.

#### 2.1.1.2 Sistema Interamericano de Derechos Humanos



#### 2.1.1.2.1 Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (ratificada por Chile en el año 1990)

Es un instrumento que se utiliza para resaltar que toda persona privada de libertad debe ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano y que no puede jamás ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles.

La regla que tratan sobre la función de la pena es la siguiente: *“Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente. (...) 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.”*

El punto 6 es muy parecido a lo escrito en el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con la única diferencia de que, el Pacto San José de Costa Rica señala que la finalidad de las penas privativas de libertad es la reforma y readaptación social de los condenados, mientras que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos habla sobre que el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. De todas maneras, las penas privativas de libertad tienen que organizarse dentro de un régimen penitenciario, y de ahí proyectarse la finalidad que se proponen. Ambas normas son complementarias y se sitúan dentro de la prevención especial.

Lo interesante de esta normativa internacional es que amplía el fin de la pena antes de que ella se sitúe en el caso concreto, es decir, no se sitúa desde las normas que van a guiar la vida de los condenados al interior de los recintos de cumplimiento, sino que,

define la finalidad de la pena privativa de libertad incluso antes de eso.

2.1.1.2.2 Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (adoptado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 2008)

En este instrumento, en el mensaje se puede leer *“TENIENDO PRESENTE que las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma, la readaptación social y la rehabilitación personal de los condenados; la resocialización y reintegración familiar; así como la protección de las víctimas y de la sociedad;”*

En el mensaje de este instrumento internacional se utilizan todas las palabras que hemos situado dentro de las ideas de prevención especial, que -por cierto- no las define, pero que las menciona como algo diferente entre ellas, por lo que hace suponer que, en realidad, sólo es una manera de expresar que está en contra del retribucionismo.

## 2.1.2 Normativa Nacional

En materia de normativa nacional, los fines de la pena están dispersos en distintos cuerpos normativos que pasaremos a revisar.

### 2.1.2.1 Constitución Política de la República

En nuestra Constitución no existe una norma expresa que mencione cual es el fin de las penas en Chile ni tampoco cual es el fin de la pena privativa de libertad, en otros países si existe, como por ejemplo el artículo 25 numeral 2 de la Constitución Española en la que se establece que *“las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados.”* De todas formas, en nuestra Carta Magna podemos desprender el fin de las penas de algunas normas que pasaremos a revisar a continuación:

#### 1. Artículo 1º inciso tercero

*“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.”*

2. Artículo 5°

*La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.*

*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.*

3. Un artículo muy importante es el 19 que consagra las garantías constitucionales. La pena privativa de libertad afecta a los derechos de los condenados por lo que la manera en que se piensa su ejecución debe tenerlo en consideración.

De lo que se puede extraer de estas normas constitucionales es que las penas pareciesen tener elementos de la prevención especial, sin embargo, el contenido no es claro, puede dar muchas interpretaciones distintas. Se agradecería que el fin de las penas estuviera establecido expresamente en la Carta Magna de todos los países para que no diera lugar a equivocaciones y pudiera guiar al legislador en la creación y ejecución de las penas.

2.1.2.2 Código Penal

Los artículos interesantes para el análisis de los fines de la pena son los siguientes:

1. Artículo 80 (Que establece la legalidad en el cumplimiento de la pena)

Señala el artículo que *“tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto.*

*Se observará también además de lo que dispone la ley, lo que se determine en los reglamentos especiales para el gobierno de los establecimientos en que deben cumplirse las penas, acerca de los castigos disciplinarios, de la naturaleza, tiempo y demás circunstancias de los trabajos, de las relaciones de los penados con otras personas, de los socorros que pueden recibir y del régimen alimenticio.”*

2. Artículo 88 (Trabajo de los condenados)

*“El producto del trabajo de los condenados a presidio será destinado: (...) 4° A formarles un fondo de reserva que se les entregará a su salida del establecimiento penal.”*

3. Artículo 89. (libertad de ocupación de los reclusos)

*“Los condenados a reclusión y prisión son libres para ocuparse, en beneficio propio, en trabajos de su elección, siempre que sean compatibles con la disciplina reglamentaria del establecimiento penal; pero si afectándoles las responsabilidades de las reglas 1.º y 3.º del artículo anterior, carecieren de los medios necesarios para llenar los compromisos que ellas les imponen o no tuvieren oficio o modo de vivir conocido y honesto, estarán sujetos forzosamente a los trabajos del establecimiento hasta hacer efectivas con su producto aquellas responsabilidades y procurarse la subsistencia.”*

Nuestro Código Penal no establece cual es la finalidad de pena en nuestro país. Sin embargo, de las normas citadas, podemos señalar que siguen principios de las teorías de prevención especial, por ejemplo, se aspira a que el condenado tenga un monto de dinero una vez que vuelva a la sociedad libre, esto con propósito de que sea una ayuda para reinsertarse socialmente. Además, se les da derecho de ocuparse en trabajos de su elección, siempre cuando se respete la disciplina, este último es un elemento central en las teorías de la prevención especial porque a través de ella es posible modificar las conductas que lo llevaron a delinquir.

### 2.1.2.3 Decreto Ley N°321 de 1925 sobre Libertad Condicional

Toda persona condenada a una pena privativa de libertad de más de un año puede optar a egresar de ella de manera anticipada luego de cumplir ciertos requisitos que están expresados en este Decreto. No es una libertad total porque la persona que la obtiene queda sujeta al control semanal de Gendarmería de Chile, el liberado sigue cumpliendo su pena, pero de una manera distinta. El profesor Eduardo Sepúlveda en su texto “A 83 años del establecimiento de la libertad condicional en Chile: ¿Un Beneficio desaprovechado?” señala *“que la libertad condicional no es constitutiva de una medida de gracia, como algunos pretenden, sino que constituye la concreción última de un régimen progresivo inspirado en la orientación resocializadora de la pena privativa de libertad, lo cual se consigue a través de un tratamiento, como lo entiende expresamente el Reglamento Penitenciario en sus disposiciones.”*<sup>146</sup>

Se podría decir que este Decreto también tiene una impronta de prevención especial porque se constituye la Libertad Condicional como una *“alternativa de excarcelación anticipada para los condenados, que en base a una buena conducta dentro del recinto penitenciario y al progreso en su tratamiento de reinserción se hacen merecedores de cumplir la parte final de su condena de encierro en un régimen de semilibertad.”*<sup>147</sup>

### 2.1.2.4 Decreto Ley N°409 de 1932, sobre Eliminación de Antecedentes

En el Considerando del Decreto se lee *“Que el régimen establecido en las prisiones, que tiende a la regeneración del delincuente y, como su complemento, al mejoramiento moral y material de su familia, pierde una gran parte de su eficacia por el hecho de que el penado, después de cumplir su condena, queda marcado para toda su vida con el estigma de haber sido presidiario; (...) Que, es innecesario mantener esta anotación en el prontuario de aquellos ex-penados que han demostrado fehacientemente estar regenerados y readaptados a la vida colectiva; Que, como un medio de levantar la moral del penado para que se esfuerce por obtener su*

---

<sup>146</sup> SEPÚLVEDA CRERAR, Eduardo y SEPÚLVEDA BAZÁES, Paulina, “A 83 años del Establecimiento de la Libertad Condicional en Chile: ¿un Beneficio desaprovechado?”, disponible en: [http://www.gendarmeria.cl/doc/reinsercion/revista\\_n13.pdf](http://www.gendarmeria.cl/doc/reinsercion/revista_n13.pdf). P. 88

<sup>147</sup> Ibid., p. 104

*mejoramiento (...) y después de haber llenado ciertos requisitos, pasará a formar parte de la sociedad en las mismas condiciones que los demás miembros de ella”*

Este es un derecho que tiene toda persona condenada que, reuniendo todos los requisitos que señala la ley, tendrá derecho después de dos años de haber cumplido su pena, si es primera condena, y de cinco años, si ha sido condenado dos o más veces, a que por decreto supremo, de carácter confidencial, se le considere como si nunca hubiere delinuido para todos los efectos legales y administrativos y se le indulten todas las penas accesorias a que estuviere condenado.

La ley para otorgar este Derecho exige que la persona: 1) Haber tenido buena conducta en prisión, 2) conocer oficio o profesión, 3) conocimiento de Educación básica, 4) no registrar otra condena durante el período exigido para el derecho posterior a la salida y 5) someterse a controles en los Centros de Apoyo para la Integración Social de Gendarmería de Chile (antes era del Patronato de Reos).

Este Decreto puede considerarse como una ley pensada desde la prevención especial, se aprecia que la persona sufrió una falla en los controles externos de comportamiento y en la interiorización de pautas de grupo que lo llevo a cometer un delito pero que, sin embargo, la sociedad es también responsable de aquella situación por lo que es imprescindible que ofrezca al condenado una esperanza de llevar una buena vida al momento de salir de la prisión. Los antecedentes penales estigmatizan a una persona y no la deja participar de la comunidad como cualquier ciudadano, por lo que se ve como necesario la eliminación de estos antecedentes para una correcta reintegración a la sociedad.

#### 2.1.2.5 Ley N°2.859 de 1979, Ley Orgánica de Gendarmería de Chile

Esta Ley en su Título I llamado “De la Naturaleza y Objetivo de Gendarmería” establece que *“Gendarmería de Chile es un Servicio Público dependiente del Ministerio de Justicia, que tiene por finalidad atender, vigilar y contribuir a la reinserción social de las personas que por resolución de*

*autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad y cumplir las demás funciones que le señale la ley.<sup>148</sup>*

De esta manera el artículo 3° de la mencionada ley establece que le *“Corresponde a Gendarmería de Chile: f) Contribuir a la reinserción social de las personas privadas de libertad, mediante la ejecución de acciones tendientes a eliminar su peligrosidad y lograr su reintegración al grupo social;(…) El régimen penitenciario es incompatible con todo privilegio o discriminación arbitraria, y sólo considerará aquellas diferencias exigidas por políticas de segmentación encaminadas a la reinserción social y a salvaguardar la seguridad del imputado y condenado y de la sociedad.”*

En su artículo 8° encarga a la Subdirección Técnica desarrollar los programas y proyectos institucionales tendientes a la reinserción social de las personas privadas de libertad.

Esta ley es muy interesante de analizar en relación a las funciones que le atribuimos a la pena. Si releemos el primer artículo citado sobre las finalidades que tiene el Servicio son principalmente atender, vigilar y contribuir a la reinserción podemos concluir que se ve al condenado como un ser incapaz de controlarse sólo, debe ser observado y castigado, es más, se cree que el recluso debe ser educado en los valores y principios de la sociedad para que pueda ser devuelto a la sociedad libre.

#### 2.1.2.6 Ley N°18.216 de 1983, sobre Penas Sustitutivas

Ya hemos revisado minuciosamente lo que trae aparejado el proceso de prisionización para una persona condenada a una pena privativa de libertad y los efectos desocializantes que ello conlleva. Esto también ha sido un asunto de interés para los legisladores de nuestro país, lo que los ha llevado a buscar nuevas y diferentes respuestas punitivas ante la comisión de algunos delitos. Una de estas respuestas fue justamente esta ley, y que tiene por objeto establecer penas sustitutivas a la prisión en casos de delitos de menor lesividad y cometidos por personas sin antecedentes penales, y de esa manera favorecer su reinserción social, aumentar la seguridad pública y la paz social.

---

<sup>148</sup> Decreto Ley N° 2.859, Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, publicado en el Diario oficial el 12 de septiembre de 1979, Chile. Artículo 1.

En el año 2012 se introdujo una modificación a esta normativa con la dictación de la Ley N° 20.603 que buscaba revitalizar aspectos en materia de reinserción social. En el mensaje del Ejecutivo, al momento de ingresar el proyecto de Ley al Congreso Nacional, se expresa directamente cual es para ellos el fin de la pena. A su saber:

*“Existe claridad en cuanto al doble papel que deben jugar las medidas alternativas en nuestro sistema de penas: servir como una real herramienta en el ámbito preventivo especial, esto es de reinserción, y ser un arma efectiva en el control del delito.*

*Por lo anterior, y en el marco del acuerdo político legislativo en materia de seguridad pública, se han aunado las fuerzas de todos los sectores políticos en torno a la necesidad de reformar la ley sobre medidas alternativas a las penas privativas, de manera tal que ella logre cumplir los anhelos de reinserción y alternativa a la prisión; pero, simultáneamente, constituir una herramienta real y eficiente para dar respuesta al fenómeno criminal.<sup>149</sup>”*

Estas penas sustitutivas que contempla esta ley son: 1) Remisión Condicional de la Pena, 2) Reclusión Parcial, 3) Libertad Vigilada, 4) Libertad Vigilada Intensiva, 5) Prestación de Servicio en Beneficio de la Comunidad y 6) Expulsión de Extranjeros. Incluyo también dentro de estas listado la Pena Mixta que, si bien no constituyen penas sustitutivas, tiene como función reemplazar la pena privativa de libertad.

En lo que podemos extraer del mensaje de la ley es imposible no pensar que está inspirada en los principios de las teorías de la prevención especial, lo dice expresamente, y además menciona que su objetivo son la reinserción social y el control del delito.

En esta tesis no nos dedicaremos al estudio de cada una de ellas, sólo nos remitiremos a señalar su importancia para diversificar la respuesta punitiva del Estado, no es cierto que la pena privativa de libertad deba ser la única sanción por imponer, de hecho, en la historia la respuesta de la prisión es reciente.

---

<sup>149</sup> Historia de la Ley N° 18.216, sobre Penas Sustitutivas, publicado en Diario oficial el 14 de mayo de 1983. Recuperado de : <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/4505/>.



#### 2.1.2.7 Decreto N°518 sobre Reglamento de Establecimientos Penitenciarios elaborado por el Ministerio de Justicia en el año 1998

Es aquel que regula toda la actividad penitenciaria al interior al interior de los Establecimientos Penitenciarios. Su principal regulación es determinar la forma en que el Servicio se relaciona con la población penal tanto ya sea en el mantenimiento del régimen penitenciario como en las actividades tendientes a contribuir en la Reinserción Social de los condenados. Todo esto queda plasmado en su artículo 1, a su saber:

*“Artículo 1º.- La actividad penitenciaria se regirá por las normas establecidas en el presente Reglamento y tendrá como fin primordial tanto la atención, custodia y asistencia de detenidos, sujetos a prisión preventiva y condenados, como la acción educativa necesaria para la reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas.”*

La ejecución de la pena privativa de libertad en Chile está reglamentada en un Decreto Supremo, es decir, los derechos en el ámbito penitenciario encuentran su reflejo en una norma inferior a una ley, por lo que se le atribuye al ejecutivo la posibilidad de modificarla en cada momento a absoluta discreción. La ausencia de una base legal para la ejecución de la pena privativa de libertad es una violación al principio nulla poena sine lege porque implica que la ley no está estableciendo la naturaleza, monto y forma de ejecución de una pena, siendo que aquello significa una privación o exclusión de derechos constitucionales. Es más, este reglamento es del que se puede extraer con mayor certeza que la pena es pensada desde las Teorías de la Prevención especial.

Las ideas que tiene este reglamento: un fuerte sistema de régimen disciplinar con premios y castigos dependientes de la conducta, constante vigilancia, actividades que mantengan ocupado al Privado de libertad y la regulación del trabajo al interior de las cárceles, nos hace situarnos desde las teorías de prevención especial, porque buscan la reforma de la persona condenada, incluso se introducen fases progresivas (Permisos de salidas), que podrían atenuar o mitigar la pena, según la readaptación a los valores sociales alcanzada por el condenado.

#### 2.1.2.8 Ley N°19.856 de 2003, “Crea un Sistema de Reinserción Social de los Condenados sobre la Base de la Buena Conducta”

Es un beneficio otorgado por la Comisión de Rebaja de Condena y firmado por el Ministro de Justicia, que permite reducir el tiempo de condena, cuando se ha demostrado un comportamiento sobresaliente. La condena se puede reducir dos meses por año durante la primera mitad de cumplimiento, y tres meses por año durante la segunda. El requisito más importante es tener un comportamiento sobresaliente durante todo el tiempo en que se cumple la condena. Este comportamiento se alcanza, principalmente: estudiando, trabajando, acreditando rehabilitación y verificando la hoja de vida del postulante para conocer su conducta.

Lo interesante para el estudio que estamos realizando en esta tesis es analizar el mensaje de este proyecto porque nos va a revelar como los legisladores conciben en el fin de la condena penal. Pasaremos a analizarlo:

- I. Lo primero que plantea el proyecto es “El Problema”, y hace alusión a la ausencia de un sistema de sanciones penales enfocado en la promoción y protección de los derechos de los privados de libertad. Esto, para los legisladores, se ve incrementado con *“el excesivo uso y preponderancia que nuestro país asigna a la pena privativa de libertad, considerada incluso, por muchos sectores, como la única sanción efectivamente de carácter penal.”*<sup>150</sup> Los legisladores plantean que desde lo orígenes del reglamento penitenciario se consideró como un sistema *“progresivo de cumplimiento de la privación de libertad cuyo fundamento plenamente justificable en atención a la época de su dictación constituía una mezcla entre el tratamiento sociológico del infractor, en base a los factores inherentes a su peligrosidad, y la pretensión de posibilitar en forma paulatina su reincorporación a la sociedad.”*<sup>151</sup> Esto es cierto porque en América, como en el resto del mundo, las Teorías de la Prevención especial eran las que estaban en pleno apogeo, era casi indiscutible que un delincuente educado en la prisión para respetar

---

<sup>150</sup> Mensaje de la Ley N° 19.856, Crea un sistema de Reinserción Social de los condenados sobre la base de observación de buena conducta, publicada el 4 de febrero de 2003, Chile.

<sup>151</sup> Ibid.

las reglas de la comunidad iba a ser la solución para prevenir delitos futuros.

- II. Los legisladores observan que en el tiempo que se presenta el proyecto, 4 de junio de 2001, existían *“mecanismos que disminuyeron la rigidez de la privación de libertad para aquellas personas que han demostrado la aceptación por el respeto y protección de los derechos esenciales de sus semejantes con su conducta de vida al interior del penal, transformando a estas instituciones en una verdadera herramienta pública que permita verificar que ese comportamiento se mantendrá en el medio libre.”* Supuestamente, el otorgamiento paulatino de libertad, permitiría pronosticar la socialidad, y a su vez, considerar *“la alternativa de dar acceso al condenado al régimen de libertad condicional, última etapa ineludible en cualquier condena de encierro que pretenda dirigirse hacia la reinserción social del condenado.”*<sup>152</sup> Esto es parecido a lo que en 1835 postulaba el coronel María Montesinos en la Cárcel de Valencia, y que sembró las bases de las Teorías de Prevención especial, se buscaba la reforma de los condenados, a través de premios y castigos, y la pena se asumía como un tratamiento o terapia destinada a adaptarlo a exigencias de la sociedad libre.

Es necesaria la devuelta del condenado a la vida libre, para los prevencionistas, porque el paso por la cárcel sólo busca reformar al condenado incapaz, hasta ese entonces, de respetar las normas penales.

- III. *“La reinserción social: objetivo de la ejecución de las condenas.”*<sup>153</sup> Esta es una de la afirmación más importante para reconocer el fin de las penas. De todas maneras, no queda claro si es un fin exclusivamente de la ejecución de la pena, o si bien, representa el fin de la pena en Chile. Me adelanto a decir- porque será tratado posteriormente- que es un tema no totalmente zanjado en sistema

---

<sup>152</sup> Ibid.

<sup>153</sup> Ibid.

jurídico nacional, existen diversas interpretaciones al respecto y se pasarán a revisar más adelante.

- IV. Otra cosa muy interesante de analizar es que afirma que *“el objetivo de reinserción social, presente en la etapa de ejecución de toda pena, naturalmente deriva del pensamiento acumulado tras años de desarrollo por parte de quienes se han dedicado al estudio de la criminalidad. Dichos propósitos, por lo demás, a estas alturas, han alcanzado recepción normativa en la mayoría de las regulaciones comparadas, debiendo destacarse adicionalmente el amplio margen de recepción que detenta en los más variados instrumentos internacionales.<sup>154</sup>”* Si bien puede ser muy correcto lo que se afirma, sería más transparente citar a los autores y las regulaciones comparadas que se han tenido a la vista para propiciar esta ley.

También señala que *“podemos afirmar que el fin resocializador no sólo detenta una base de fundamentos doctrinarios en nuestro medio, sino que además adquiere validez jurídica de rango constitucional, toda vez que ha sido recogido por la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyos textos fueren ratificados por nuestro país sin reservas<sup>155</sup>.”* El mensaje habla de un fin resocializador para aludir a las normas que contienen los instrumentos señalados y, lo cierto, es que en ninguno de ellos se presenta el vocablo resocializador, se habla de más bien de reforma y readaptación de los condenados. Siguiendo los postulados García-Pablos existe una ambigüedad total del concepto de resocialización y, parece que, en este caso su utilización sólo es una manera de alejarse del retribucionismo como fin de la pena. La verdad es que no se entiende muy bien si se quiere aludir a una idea más cercana al antiretribucionista o neoretribucionistas, o si, en definitiva, se postula un Derecho penal de carácter asistencial.

---

<sup>154</sup> Ibid.

<sup>155</sup> Ibid.

#### 2.1.2.9 Decreto N°943 de 2011, Estatuto Laboral y de Formación para el Trabajo Penitenciario

Se inspira este Decreto en las normas Mandela que establecen que los penados y penadas tienen derecho a trabajar en su establecimiento penitenciario, mas nunca puede ser de carácter forzoso. *“La formación profesional en un oficio útil que prepare a los y las reclusos(as) para la vida laboral, también ha de ser considerada como trabajo penitenciario.”*<sup>156</sup>

En nuestro país es Gendarmería de Chile quien se encarga del control del desarrollo laboral de los condenados, y su regulación está en el Decreto N°943 de 2011, Estatuto Laboral y de Formación para el Trabajo Penitenciario. En su artículo 1 se consagra que *“toda persona que se encuentre bajo control de Gendarmería de Chile, podrá acceder a las prestaciones de actividad laboral penitenciaria y/o de formación para el trabajo ofrecidas en los establecimientos penitenciarios, en las condiciones que establezca el presente Reglamento. Estas actividades tendrán por objeto entregar herramientas que fomenten la integración social del sujeto, de modo que el ejercicio de aquéllas propenda a su desarrollo económico y al de su familia.”*

Para un ordenamiento jurídico que cree que las penas deben tener un fin de prevención especial es muy importante fortalecer el trabajo al interior de las prisiones, *“la experiencia comparada indica que el desarrollo de habilidades y competencias relacionadas al mundo laboral es un factor fuertemente relacionado con la reducción de reincidencia delictiva, al facilitar en la población penada, la integración social mediante la actividad laboral lícita. De hecho, estadísticas de reincidencia de Gendarmería de Chile, indica que la población que egresa de los Centros de Educación y Trabajo, presenta un porcentaje de reincidencia significativamente menor que el de la población penal que egresa sin este tipo de intervención, a saber, 20, 8% y 395% de reincidencia respectivamente.”*<sup>157</sup>

---

<sup>156</sup> Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. La política de reinserción social en Chile, Estado Actual y proyecciones. Recuperado de <http://www.reinsercionsocial.gob.cl/media/2015/11/documento-reinsercin-baja.pdf>. P. 42.

<sup>157</sup>Ibid., p. 43

El régimen de trabajo penitenciario en Chile se regula según las normas del Código del Trabajo, las cuales deben ser ajustadas a las condiciones de encierro. Según lo recapitulado en el informe “La política de reinserción social en Chile, estado actual y proyecciones” del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del año 2017, *“durante el año 2016 y de acuerdo a estadísticas de Gendarmería de Chile para el sistema cerrado, 14.851 personas condenadas desarrollaron algún tipo de actividad laboral y 2.967 recibieron capacitación laboral, lo que corresponde al 50% y 10% de la población condenada privada de libertad, respectivamente.”* Sin embargo, esto de contrasta con lo expresado en el Informe del año 2013 sobre Condiciones Carcelarias en Chile del Instituto Nacional de Derechos Humanos que, si bien confirma que existe trabajo al interior de las cárceles de Chile, critica que la mayoría de los trabajadores condenados labora en actividades que consisten en una voluntariedad de reinserción, es decir, la mayoría de los trabajos son autogestionados por los propios internos, incluso los insumos son aportados por los mismos.

## **2.2 Doctrina**

Como se mencionó en el primer apartado, los estudiosos del derecho penal chileno han tenido un importante papel en la evolución de este porque sus conclusiones filosóficas sembraron los cimientos de los sistemas jurídicos penales actuales. De tal manera que, su opinión respecto de los fines de la pena puede ayudar a esclarecer de mejor manera cual es el fin de la pena en Chile.

### **2.2. 1 Mario Garrido Montt**

La pena según este autor es una de las formas de reacción que tiene el Estado frente a la comisión de un delito, y que consiste en causarle un mal a quien cometió dicho delito. Este mal está dispuesto y determinado por ley.

La tesis de Garrido Montt sobre el fin de la pena se puede resumir de la siguiente manera:

- I. Por naturaleza la pena es un mal porque implica una *“limitación o privación de uno o más derechos inherentes a la persona, como su vida, su libertad, su*

*patrimonio u otros*<sup>158</sup>". Pero, lo que realmente le da identidad a la pena es que la privación de un derecho se hace con el fin de lograr un objetivo que es beneficioso para la sociedad. *"Castigar por castigar no parece ser una actividad propia de un Estado socialmente aceptable.*<sup>159</sup>"

- II. La pena no es un elemento que integra al delito
- III. Si bien la doctrina está conteste con que la pena es un mal para el condenado, debe también explicarse por qué el Estado debe disponer de ella y aplicarla. Según Garrido Montt, la pena es una necesidad -triste- *"a la cual hay que recurrir debido que no se divisa otro medio igualmente efectivo para mantener el respeto al orden jurídico y la paz social.*<sup>160</sup>" Si ese objetivo no se lo logra con la pena el Estado no debe imponerla.
- IV. La mayoría de la doctrina, según Garrido Montt, apoya el poder intimidatorio de la pena, sin embargo, este autor no cree en dicho poder. La pena sería intimidatoria si se impusiera en todos los casos sin excepción, cosa que no ocurre. *"El peligro de la prevención general es crear la tendencia a exacerbar el rigor de la pena con el objeto de atemorizar más efectivamente a las personas.*<sup>161</sup>". Siendo así, el penado es utilizado para impresionar a sus semejantes lo que es completamente atentatorio con su dignidad.
- V. Otro de los puntos en contra de la prevención general para Garrido Montt es que, a pesar de las terribles sanciones que se han impuesto a lo largo historia, siguen existiendo la comisión de delitos.
- VI. Garrido Montt tampoco es un adepto de la prevención especial, para él es dudoso que los postulados de esa teoría puedan ser llevados a la práctica y efectivamente lograr la reeducación del condenado. Esto por los escasos recursos que constan las cárceles y las malas condiciones de estas, lo que no crean un buen ambiente para una resocialización efectiva.
- VII. Según este mismo autor, existe un cierto consenso en la actualidad sobre que la pena no tiene un objetivo único, y siguiendo un poco a Roxin, plasma que le parece interesante la tesis de este filósofo penalista *"cuando reconoce que la pena tiene diversidad de objetivos, pero que cada uno de ellos se*

---

<sup>158</sup> GARRIDO. Op. cit., p. 70

<sup>159</sup> Ibid., p.70

<sup>160</sup> Ibid., p.70

<sup>161</sup> Ibid., p.74

*concreta en momentos distintos.<sup>162</sup>". De esta manera, la ley al disponer una pena por la comisión de ciertos hechos que se consideran como delictivos cumple una función de prevención general; luego cuando esta pena se impone a un condenado se realiza la función retributiva (mera justicia); y el tercer momento es la ejecución de la pena que tiene objetivos como el de reeducación del condenado para evitar que vuelva cometer delitos, y que supone la reinserción *"en el ámbito familiar, laboral y participativo"*<sup>163</sup>*

## 2.2.2 Juan Pablo Mañalich Raffo

Para este autor las diferentes teorías que explican los fines de la pena estatal se sitúan en un nivel que se llama "indagación ética", es decir, constituyen un problema de carácter moral. Según el mismo, la pugna entre estas dos corrientes ha perdido toda orientación porque *"se funda en un malentendido, a saber: en una confusión de los conceptos de consecuencialismo y utilitarismo, los cuales no se encuentran en una relación de identidad sino de género y especie, respectivamente. Lo cual significa: toda variante de una ética utilitarista es, eo ipso, una variante de una ética consecuencialista, pero no al revés."*<sup>164</sup> Esta aclaración es muy importante pues traspassa el debate de una ética de la pena, que a juicio de Mañalich esconde su propia naturaleza, por uno llamado -por él mismo- como "La ideología de la pena estatal." Lo importante no es sólo que exista una discusión sobre la legitimidad o no del castigo estatal, sino que es necesario analizar ese castigo estatal como un objeto que también representa una ideología.

Pasaremos a revisar las reflexiones más importantes del profesor Juan Pablo Mañalich:

- I. La pena como un producto ideológico: La pena para este autor es un producto que representa algo, es un signo ideológico, creado por la comunicación humana, es un constructo interpretativo.

Es inviable circunscribir la pena a un estudio sobre sus consecuencias porque sería asumir que la expresión "pena" sería un objeto de investigación único. *"El problema consiste en que cualquier definición pre-teórica- esto es: pretendidamente 'ecuménica'- del concepto de pena lleva aparejado el riesgo de prejuzgar cuál haya de ser el espectro*

---

<sup>162</sup> Ibid., p. 78

<sup>163</sup> Ibid., p. 79

<sup>164</sup> MAÑALICH RIFFO, J., *Estudios sobre la Fundamentación y la determinación de la pena*. Chile: Legal Publishing Chile, 2018. P. 28



*de las teorías justificatorias pertinentes.*<sup>165</sup> El concepto de pena sólo será una conclusión, no un punto de partida. Un ejemplo de ellos es que el encierro de una persona adquiere para nosotros el concepto de pena de privación de libertad porque nosotros hemos puesto esa relación de significado intencionado entre encierro en un establecimiento y punición, de lo contrario, el mismo contexto de privar de libertad a un ser humano puede ser considerado un delito de secuestro.

- II. Mañalich sigue los postulados de Ernst von Beling, quien cree que la punición retributiva tiene un interés sui generis, que es el *“interés en la preservación de la propia autoridad del Estado*<sup>166</sup>”. Este es un interés de segundo orden, porque el primero es la salvaguarda de los bienes jurídicos importantes de la comunidad. Y esto no sería una prevención general positiva porque *“de la retribución no puede decirse, en todo caso, que ella sea ‘protección de bienes jurídicos por medio de lesión de bienes jurídicos’; ella es protección de un único bien jurídico: la autoridad del Estado.*<sup>167</sup> Para que efectivamente sea idónea la punición retributiva esta tiene que ser proporcional a la culpa del delincuente, eso impediría la arbitrariedad. *“La legitimidad de una pena retributivamente fundamentada tiene que descansar en el juicio de merecimiento personalizado.*<sup>168</sup>”
- III. Beling prefiere el concepto de reprochabilidad al de culpabilidad porque eso eleva a verificar si el comportamiento que se analiza para sancionar fue autodeterminado o no, esto obviando las circunstancias antecedentes, siendo así, *“la retribución punitivamente adecuada a la medida de la culpabilidad personal del hechor sólo fundamenta una prohibición de exceso, y no una prohibición de defecto.*<sup>169</sup>” Para Beling, una punición retributiva es aceptar que la legitimación de una respuesta punitiva por merecimiento no implica la obligación de pena, esto puede ceder por otro interés más importante.

---

<sup>165</sup> Ibid., p.33

<sup>166</sup> Ibid., p.40

<sup>167</sup> Ibid., p. 41

<sup>168</sup> Ibid., p.45

<sup>169</sup> Ibid., p. 49

- IV. Para Beling, una teoría retribucionista, como la que él plantea, es aquella que se orienta a fines éticamente fundados. No está de acuerdo con un sistema preventivo porque no cree la idea de que pueda existir un mundo sin delincuencia. Esto es pura utopía, si llegase a existir se acabaría el derecho penal, el Estado ya no tendría que preocuparse de asegurar su autoridad.

### 2.2.3 Alfredo Etcheberry

Para este autor la pena viene a ser la consecuencia del quebrantamiento de la norma e *“intrínsecamente, es una pérdida o menoscabo de derechos personales que sufre el autor de la transgresión.”*<sup>170</sup> Para el condenado, desde su punto de vista, la pena puede ser considerada un mal, pero para la sociedad no. Etcheberry plantea que incluso para el propio delincuente la ejecución de la pena *“puede significar un bien en el sentido de educarlo social y moralmente y alejarlo de futuras infracciones.”*<sup>171</sup>

Para este mismo profesor, el concebir a la pena como un mal para el condenado ha obligado al Estado a justificar filosóficamente el derecho que tiene éste para imponer castigos a sus propios miembros, lo que se conoce como *ius puniendi* o derecho a castigar. Sin embargo, esto es un problema distinto al de esclarecer cuál es el fin de la pena en un ordenamiento jurídico, digamos es un problema de otra índole.

La postura de Alfredo Etcheberry sobre el fin de la pena se puede resumir en los siguientes puntos:

- I. Desde el punto estrictamente jurídico *“la finalidad primaria y esencial del derecho pena es la prevención general”*<sup>172</sup>. La norma penal es de carácter imperativo, por lo que se busca que no se realicen ciertas conductas. La pena viene a ser justamente un refuerzo a ese mandato de la norma porque si se transgrede ella es la consecuencia jurídica.
- II. De todas maneras, para Etcheberry se debe evitar los delitos y no buscar suprimirlos, lo último sería utópico. Por eso mismo el profesor está en contra de las políticas que buscan aumentar las penas constantemente sugiriendo que ello va a terminar con la delincuencia.

---

<sup>170</sup> ETCHEBERRY. Op. cit., p. 30

<sup>171</sup> Ibid., p. 30

<sup>172</sup> Ibid., p. 34

- III. Este autor también separa el fin de la pena y el fin de la ejecución de esta, pero cree que su fin también es la prevención general. *“Para mantener el efecto intimidativo de la amenaza penal con respecto de los demás ciudadanos y los posibles delitos futuros, es preciso que la amenaza penal se cumpla efectivamente: de otro modo, nadie se sentirá intimidado por ella.”*<sup>173</sup>
- IV. Según él mismo, esto no significa que la naturaleza de la pena (a pesar de que sea un mal) y la ejecución puedan no pueden tender hacia una prevención especial. Es aconsejable que se busque la enmienda del condenado para que no vuelva a delinquir, es incluso práctico para los fines de la prevención general, que es justamente que no se cometan delitos. Esto además es acorde a los actuales principios de la sociedad contemporánea.

#### 2.2.4 Enrique Cury

Para este autor, el fin de la pena es la prevención general (positiva) *“mediante la amenaza de que quien infrinja determinados mandatos o prohibiciones del derecho, lesionando o poniendo en peligro un bien jurídico, sufrirá un mal que no podrá exceder el injusto culpable en que incurrió y cuya ejecución debe procurar, en la medida de lo posible, evitar perturbaciones accesorias de su desarrollo personal y su capacidad de reinserción en la convivencia pacífica.”*<sup>174</sup>

Cury confiesa en la primera edición de su texto “Derecho Penal Parte General” sostuvo que había que distinguir entre naturaleza y fines de la pena, siendo esta última la retribución. Sin embargo, en la segunda edición cambia de parecer y plantea que *“la pena no tiene naturaleza en sí. Consiste, más bien, en aquello que el ordenamiento jurídico decide destinarla, pues esto determina su contenido y su forma.”*<sup>175</sup> Según el profesor, se puede apreciar que la pena es como la devolución de un mal, pero en realidad, se emplea como prevención general. Para él, lo que mejor asegura la prevención general es el castigo.

Por otro parte, cree que es imposible la retribución justa de parte de los tribunales porque los hechos jamás serán conocidos con exactitud, es imposible reproducirlos fielmente en el proceso. Los jueces sólo pueden aspirar a velar por las garantías de imparcialidad, celeridad, protección a los intervinientes, *“en lo*

---

<sup>173</sup> Ibid., p. 34

<sup>174</sup> CURY. Op. cit., p. 76

<sup>175</sup> Ibid., p.76

*demás, tienen que cumplir sus funciones de aplicar coacción con criterio social, sin sentirse instrumentos de una justicia absoluta que está reservada a Dios.<sup>176</sup>*

Podemos resumir la postura del profesor en los siguientes puntos:

- I. Nuestro Derecho Penal es de tipos estrictos, el legislador explica minuciosamente las conductas que pueden ser castigadas y determina la pena que tendrá la realización de ellas. La ley se dirige a los ciudadanos para advertir que, de no respetar las normas penales, van a tener una consecuencia jurídica grave. En la mayoría de los casos: la privación de la libertad por algún tiempo determinado. Estas ideas la toma de Cesare Beccaria.

Para Cury no es posible que sea la retribución el fin de la pena porque *“lo justo o injusto de una conducta no depende de si la hayan descrito cuidadosamente por la ley<sup>177</sup>”*, es más, hay conductas que lesionan bienes jurídicos y que el legislador decidió no penar por algún motivo (por ejemplo, una razón política). Tampoco cree Cury que la pena tenga como fin la prevención especial porque para ello no es necesario principio de reserva tan minucioso, el mal comportamiento sería suficiente para ser resocializado. La pena, al ser un mal, no admite un tratamiento voluntario, este siempre sería coactivo y, por lo tanto, un castigo.

Es importante mencionar que la pena sólo podrá ser impuesta cuando el comportamiento que contravino la norma penal haya sido efectuado de manera libre. La culpa es un límite a la prevención general.

- II. La pena es prevención general no sólo cuando establece en la norma que realizada cierta conducta va a tener una consecuencia, sino que, la imposición de esa consecuencia en el caso concreto le da *“seriedad a la advertencia que hizo la ley<sup>178</sup>”*. El condenado es usado como un instrumento para hacer efectiva a la amenaza abstracta que se contiene en la ley. Para el profesor y magistrado es *“una situación de necesidad extrema. Si quieres sobrevivir como tal, tiene que preservar los estados que hacen posible la existencia en comunidad, esto es, los bienes jurídicos de más valor. Para ello*

---

<sup>176</sup> Ibid., p.77

<sup>177</sup> Ibid., p.77

<sup>178</sup> Ibid., p. 78

*sólo cuenta, en la última línea de defensa, con la reacción punitiva, es decir, con la violencia.*<sup>179</sup>”

- III. La retribución y la prevención especial son un límite a la prevención general.

En el caso de la retribución es un límite para evitar excesos de la prevención general, para que un castigo sea eficaz debe ser adecuado al hecho delictual (no exagerar las penas), de lo contrario, la prevención va a fracasar. También, la pena, debe estar destinada a velar por los bienes jurídicos cuya puesta en peligro pueda generar un caos general en la comunidad, esa la única razón que se otorga para emplear una sanción penal. El castigo siempre será el último recurso.

La prevención especial es también un límite a la prevención general y no un objetivo de la pena. Para Cury, la socialización, es un proceso de convivencia entre los miembros de una comunidad en la que se ven involucrados aspectos de educación, moral, arte, organización política y organización jurídica, y que propicia el desarrollo integro de los hombres y mujeres. Esto nos hace concluir que el objetivo de la socialización debe ser dirigido por instituciones distintas y previas a las que tiene el Derecho Penal, *“la pena (...) es siempre un recurso de que se echa mano cuando ya el afectado ha adquirido una socialización defectuosa.*<sup>180</sup>”

Lo anterior no es algo antojadizo, las consecuencias de estar en prisión son indeseables porque desocializan aún más al delincuente, por lo que la prevención especial – que justamente advierte lo anterior y busca proteger al condenado- viene a ser un límite a la prevención general. El problema de tener un meta preventivo especial, para Cury, es que se pretende hacer de la pena un tratamiento resocializador eficaz en condiciones incompatibles para llevarlo a cabo.

- IV. Para Enrique Cury existen casos en los que la prevención general no tiene sentido porque la pena no representa un disuasivo para evitar una conducta. Estos son los casos de los menores, personas que padezcan perturbaciones mentales determinadas clínicamente y los adictos a toxinas.

---

<sup>179</sup> Ibid., p.79

<sup>180</sup> Ibid., p. 82

Para él es necesario que, dada la situación extrema de estas personas, la sociedad les brinde posibilidades para superar sus problemas mediante las medidas de seguridad y la resocialización. Estas también deben regirse bajo las garantías de cualquier pena para la protección del imputado.

- V. El profesor no desconoce que en la actualidad se hayan creados numerosas leyes que toman las ideas naturalistas como, por ejemplo: la introducción del sistema de remisión condicional de la pena. Pero, a pesar de todo, el derecho penal chileno ha seguido siendo predominantemente clásico.
- VI. Por último, Enrique Cury cree que la pena en Chile es prevención general porque existe como posible sanción ante un delito el presidio perpetuo calificado. Eso dejaría cerrada la puerta a una pena con ideas de prevención especial porque el privado de libertad debería cumplir de por vida la condena y someterlo a un tratamiento resocializador que tenga por objeto prepararlo para la vuelta a la sociedad no tendría ningún sentido. Este punto también lo comparte con el destacado abogado penalista Sergio Politoff Lifschitz.

## **2.3 Jurisprudencia**

Para poder analizar como se ha entendido los fines de la pena privativa de libertad por parte de los Tribunales, analizaremos dos casos, uno radicado en el Tribunal Constitucional por la interposición de un requerimiento de inaplicabilidad; y otro que se inicia en la Corte de Apelaciones de Rancagua con la interposición de un recurso de amparo y que concluye en la Corte Suprema. Se advierte al lector que los nombres de las personas involucradas fueron abreviados para la reserva de su identidad.

### **2.3.1 Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 2959-16**

Como premisa al análisis, es importante señalar que, si bien, nos enfocaremos en la sentencia que acoge el requerimiento de inaplicabilidad de Rol N°2959-16, el fallo es idéntico en los siguientes requerimientos de inaplicabilidad: Rol N° 2959-16, Rol N°2995-16, ROL 3095-16, 3039-16, 3109-16, 3120-16, 3134-16 y 3177-16.

#### **I. El requerimiento**

Se presenta requerimiento de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional a favor de C. R.S. , quien el día 22 de julio fue acusado por el delito

de Porte ilegal de arma contemplado artículo 9 de la Ley de Control de Armas (Ley N° 17.798) en la calidad de autor y en el grado de consumado reconociéndose la atenuante de irreprochable conducta anterior del artículo 11 N°6 del Código Penal y solicita la pena de 3 años y un día de presidio menor en su grado máximo, las accesorias del artículo 29 del Código Penal, esto es, inhabilitación absoluta perpetua para ejercer derechos políticos y la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, comiso del arma y municiones incautadas, con costas. A la fecha en que deduce el requerimiento de inaplicabilidad, se encontraba pendiente la realización de audiencia de preparación de juicio oral ante el Juzgado de Garantía de Vicuña.

Las normas que se le solicita le sean inaplicable son el inciso: 1) Inciso 2° del artículo 1° de la Ley N° 18.216, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad y el 2) Inciso 2° del artículo 17 B de la Ley N° 17.798, sobre control de armas.

## II. Sentencia

En este caso se declara inaplicable el primer precepto del que se pide la inaplicabilidad por seis votos contra cuatro. Pasaremos a revisar algunos argumentos que se esgrimieron para la decisión, pero sólo nos enfocaremos en aquellos que tienen relación con los fines de la pena.

- a) Uno de los capítulos de la sentencia se titula “Fin de la reinserción de toda pena. El Principio Humanitario”, en el se expresa que las penas alternativas son penas porque restringen la libertad personal. Los fundamentos esgrimidos para instaurar las penas sustitutivas en la Ley N°20.603 descansan en criterios de *“reinserción social de los condenados, el uso racional de la privación de libertad y la mejor protección a la víctima.* <sup>181</sup>” Según los ministros, las penas privativas de libertad sólo deben sancionar las conductas delictivas más graves y que afecten a los bienes jurídicos más importantes. *“Históricamente los sistemas de prisión no han sido capaces de lograr la rehabilitación de las personas sujetas a régimen carcelario. Las penas sustitutivas, en cambio, constituyen medidas de mayor equilibrio entre los derechos de los*

---

<sup>181</sup> Sentencia Tribunal Constitucional, ROL 2959-16.

*delincuentes, los derechos de víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública*<sup>182</sup>.”

- b) Los ministros en su considerando cuadragésimo cuarto exponen *“Que en relación a la resocialización como un imperativo constitucional, que no puede ser desobedecido donde sea posible su cumplimiento, a partir del propio artículo 1° de la Constitución al establecer el principio de la dignidad de la persona, también, en segundo término no pueden excluirse los efectos preventivos generales de la pena, sino que, a lo sumo los debilita de forma difícilmente mensurable; pues también una pena atenuada actúa de forma preventiva general. Criterio que recoge la opinión de Claus Roxin (Tratado de Derecho Penal, 4 Edición, Madrid, 2006, S3, nm 41);*<sup>183</sup>”

### 2.3.2 Amparo D. I. V. V. con Comisión de Libertad Condicional

Causa que se inicia por la acción de amparo interpuesta a favor de D. I. V. V. contra de la Comisión de Libertad Condicional por negársela la libertad condicional

#### I. Sentencia Corte de Apelaciones de Rancagua ROL 176-2018

Se presenta un recurso de amparo a favor de D. I. V. V. contra de la Comisión de Libertad Condicional por negársele la libertad condicional aún cuando, según el abogado defensor, el amparado ha cumplido el tiempo necesario para acceder al beneficio de la libertad condicional y los demás requisitos establecidos en la ley.

Evacua informe el presidente de la Comisión de Libertad, respecto del caso presentado, mencionando que *“de los antecedentes que se presentan para su vista, estudio y posterior resolución, como son entre otros, los informes sociales y psicológicos que elabora Gendarmería de Chile, los que en este caso determinan que la conducta del penado no puede ser calificada de intachable y en dicho escenario no es posible dar por cumplido el N° 2 del artículo 2 del Decreto Ley 321.*<sup>184</sup>”

La Corte en su considerando tercero establece *“que, asimismo, cabe tener presente que en nuestro sistema jurídico el otorgamiento de la libertad*

---

<sup>182</sup> Ibid.

<sup>183</sup> Ibid.

<sup>184</sup> Sentencia Corte de Apelaciones de Rancagua, ROL176-2018



*condicional le corresponde a una Comisión formada por jueces, por lo que lógicamente el acceso a la misma no puede fundarse exclusivamente en el cumplimiento de requisitos objetivos, pues ello solo es propio de los sistemas en que la libertad condicional queda entregada a la autoridad administrativa, que no es el caso de nuestro país. De esta manera, junto con el cumplimiento de los requisitos objetivos la Comisión debe ponderar un conjunto de antecedentes para verificar si el interno está en condiciones de acceder a la libertad condicional, entre los cuales deben considerarse e informe social y psicológico unificado que emite la unidad respectiva ó de Gendarmería y si el interno ha tenido alguna aproximación al medio libre, a través de alguno de los beneficios intrapenitenciarios que contempla la legislación, pues resulta lógico concluir que para alcanzar una adecuada reinserción social, la libertad condicional ha de ser la última etapa del proceso gradual de acercamiento a la libertad.”*

La Corte de Apelaciones de Rancagua rechaza el amparo presentado porque existe un pronóstico desfavorable de reinserción social evacuado por la autoridad técnica sobre la materia y, porque no se le han otorgado beneficios intrapenitenciarios que permitan revertir el pronóstico desfavorable a que menciona la Comisión.

## II. Sentencia Corte Suprema ROL 30.004-2018

Se presenta recurso de apelación en contra de la Sentencia de la Corte de Apelaciones de fecha 22 de noviembre de 2018.

La Corte Suprema el día 18 de diciembre 2018 decide acoger el recurso de apelación y revocar la sentencia apelada dictada por la Corte de Apelaciones de Rancagua y, en su lugar, se acoger el recurso de amparo interpuesto a favor de D. I. V. V. Los argumentos vertidos para ello son los siguientes:

*“4º) Que, de esa manera, la decisión de la Comisión recurrida no fundamenta, ni siquiera de manera breve, por qué concretamente en relación al amparado el contenido del informe psicosocial le impide reintegrarse a la sociedad, sin que baste, como se ha dicho, la mera y general remisión a la opinión de los peritos informantes, porque ello en definitiva importaría radicar en éstos, y no en la Comisión, decidir el otorgamiento de la libertad*

*condicional y, además, aceptar que tal asunto se defina en último término, nada más que en base a apreciaciones subjetivas obtenidas en una entrevista llevada a cabo en un determinado momento del encierro, opacando de ese modo el cumplimiento de los demás extremos, en particular el observar una conducta intachable durante todo el período sujeto a calificación, lo que en definitiva haría vanos los esfuerzos concretos de los internos por mantener periódicamente una correcta conducta en el interior del recinto con el objeto de acceder a la libertad condicional.”*

Lo interesante del caso presentado es que se contrastan dos maneras de entender los programas resocializadores. Por un lado, tenemos los programas mínimos resocializadores, que creen que la ejecución de la pena no puede ser orientada a modificar la personalidad del condenado, sino a lograr un mantenimiento de la legalidad, tesis adoptada por la Corte Suprema en el caso en cuestión, al establecer que los criterios subjetivos no puede primar ante los elementos objetivos que cumplía el amparado; y, por otro lado, los programas máximos resocializadores, que aspiran a reforzar positivamente los valores de la sociedad para que la conducta externa del penado sea un reflejo de su convicción interna, meta que es adoptada por la Corte de Apelaciones de Rancagua en su fallo del 22 de noviembre de 2018.

### ***3. Problemas identificados en relación a la pena privativa de libertad y su fin en Chile***

Luego de analizada la pena privativa de libertad en Chile y con los antecedentes aportados en el primer capítulo de esta tesis, pasaremos a revisar, cuáles son los principales problemas que surgen sobre el fin de la pena privativa de libertad en Chile.

#### **3.1 Inexistencia de una declaración expresa sobre la finalidad de la pena en nuestra Constitución de la República**

No existe en nuestra Carta Magna una declaración expresa en una norma sobre el fin o los fines que se les asignarán a las penas. Esto genera que el legislador no pueda tener tan claro el mando constitucional respecto de un tema tan delicado como la sanción penal. Es más, hoy no existe acuerdo respecto de cual es el fin de la pena en Chile, a diferencia, de lo que ocurre en otros países que han definido el fin de la pena en su Constitución. Es importante señalar que pueden existir más de un tipo de fin de

la pena, pero lo fundamental, es que aquello esté consagrado en la Constitución. Hoy no existe esa aclaración, por lo que queda la duda sobre si existen penas, en Chile, que tengan distinto fin. Por ejemplo, existe contradicción absoluta entre el fin de la pena sustitutiva de la Ley N°20.603 y la consagración de la pena de presidio perpetuo calificado en nuestro ordenamiento.

Es cierto que los Tratados Internacionales ratificados por Chile están fuertemente asociados a las ideas de la prevención especial pero los pensadores más importantes del Derecho Penal Chileno no consideran que ese sea el fin de la pena.

### **3.2 No existe acuerdo sobre a qué etapa de la actividad penal rige el fin de la pena**

En Chile, es posible apreciar una confusión respecto a, si la meta que se le asigna a la pena es distinta a la que se le asigna a la ejecución de esta. Existen autores, como Juan Pablo Mañalich, que creen que el fin que se asigna a la pena es sui generis e irradia a toda la actividad penal; mientras que otros, como Mario Garrido Montt, consideran que la pena puede cumplir varias funciones dependiendo de la etapa en la que se encuentre la actividad penal.

Lo cierto, es que la pena será lo que en la práctica viven los que estén sufriendo el castigo penal, independiente de lo consagrado en la norma.

### **3.3 Falta de contenido sobre respecto del fin de la pena**

Al no existir expresamente el fin de la pena en nuestra Constitución, tampoco es claro el contenido. Normativamente existe la impresión de que el fin de la pena está inspirado en las teorías de prevención especial, pero el contenido asignado a ello es confuso. Existen multiplicidad de vocablos que aluden a las ideas de prevención especial como, por ejemplo: la palabra reforma, readaptación, reinserción social, rehabilitación, reintegración social, socialización y reeducación; pero, lo cierto, es que el contenido de cada una de ellas no está expresado claramente en las normas y se utilizan como sinónimos para hablar de prevención especial.

Tampoco está claro si se busca ajustar al condenado a pautas sociales, o bien, pueden ir más allá, y corregir la escala de valores del sujeto. Existe normativa que se apega mucho más a la teoría de la socialización, como en el Decreto Ley N°409 de 1932 sobre Eliminación de Antecedentes; y otra que, se apega mucho más a las ideas del correccionalismo, como la Ley N°19.856 de 2003, que "Crea un Sistema de Reinserción Social de los condenados sobre la Base de la buena conducta.

Al no estar determinado claramente el contenido de los vocablos que se utilizan en las distintas normas, el Ejecutivo puede asignarle el que desee y modificarlo en cada momento, a absoluta discreción. Un ejemplo de lo mencionado es la Política de Reinserción Social del gobierno de la presidenta Michelle Bachelet, en él se define a la “Reinserción Social como el proceso orientado a la plena integración a la sociedad de una persona que ha sido condenada por infracción a la ley penal<sup>185</sup>”, de esta manera, se establece que reinsertar a una persona es lo mismo que reintegrarla, cuando ambos vocablos tienen significados distintos y son acuñados por autores distintos.

La falta de contenido también afecta a los resultados que se esperan obtener con la imposición de penas, sobre todo en las penas que tienen un fin preventivo especial. Algunos apuestan por programas mínimos resocializadores, que son aquellos que estiman que la ejecución de pena no puede ser orientada a modificar la personalidad del condenado, simplemente se busca lograr un mantenimiento de la legalidad como fundamento de prevención a la reincidencia y, otros que apuestan por lo programas máximos resocializadores, pretenden reforzar positivamente los valores de la sociedad, de tal manera, que la conducta externa del penado sea un reflejo de su interna convicción.

---

<sup>185</sup> Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Política Pública de Reinserción Social 2017. Recuperado de [http://www.reinsercionsocial.cl/media/2018/02/Pol%C3%ADticas\\_P%C3%ABlicas\\_Reinserci%C3%B3n\\_Social\\_2ed2017.pdf](http://www.reinsercionsocial.cl/media/2018/02/Pol%C3%ADticas_P%C3%ABlicas_Reinserci%C3%B3n_Social_2ed2017.pdf). P.16

## CONCLUSIÓN

La cárcel no trae ninguna consecuencia positiva para quienes se encuentran encerrados en ella cumpliendo una pena privativa de libertad, sólo desocializa. Sin embargo, y tal como plantea Alessandro Baratta, es imposible abandonar el ideal resocializador como un principio humanitario, es necesario que la sociedad se haga cargo de ofrecer una alternativa de buena vida a quienes padecen del castigo penal, esto porque en la mayoría las ocasiones las condiciones de exclusión, que generó la propia sociedad, fueron las que provocaron las infracciones a las leyes penales. Los delincuentes no son seres anormales o enfermos que necesiten de un tratamiento para lograr la adherencia a los valores y normas del grupo, ello haría que se conviertan en ciudadanos sin autodeterminación. Para que existe una verdadera resocialización es primordial una interacción recíproca entre el individuo y la sociedad, para que el modelo al que se aspira resocializar sea un acuerdo de la comunidad entera.

Dado lo anterior, y considerando nuestro propio ordenamiento jurídico, y a modo de conclusión, pretendo proponer algunos postulados sobre la pena privativa de libertad que generen un marco de cómo hacernos cargo de la realidad actual de nuestras cárceles, sin abandonar el principio de que la mejor cárcel es la que no existe.

a. Necesidad de una declaración expresa sobre la finalidad de la pena en nuestra Constitución de la República

Según lo analizado en este trabajo, hoy no existe acuerdo sobre cuál es el fin de la pena en Chile. Es importante que el fin o los fines de las penas estén expresados claramente en Nuestra Carta Magna, ello permitirá guiar la labor del legislador en la concreción de estos objetivos en leyes que tengan relación con sanciones penales.

Tiendo a inclinarme por una pena que esté orientada en los principios de la teoría de la retribución, porque la pena es simplemente la preservación de la propia autoridad del Estado ante una infracción a las normas que rigen la comunidad y que, por cierto, son hechas para proteger a bienes jurídicos considerados importantes para mantener una convivencia pacífica como ciudadanos.

b. Olvidar la idea de que la pena privativa de libertad es la única pena que existe para reprochar la infracción a una norma penal

Se debe acabar con la creencia popular que la pena de cárcel es la única asociada a la comisión de delitos. La pena privativa de libertad sólo puede estar destinada a sancionar los delitos más graves asociados a la protección de los bienes jurídicos esenciales de nuestra nación porque las consecuencias que genera en la vida de un condenado son muy perjudiciales, no existe ningún beneficio al estar privado de libertad en una cárcel.

Es necesario que nuestros legisladores tengan la misión de proponer otro tipo de sanciones menos desocializadoras ante la comisión de delitos, como la multa, por ejemplo. Es importante generar la consciencia de que un delito trae aparejado una sanción penal, que no necesariamente es la pena privativa de libertad y que, de todas formas, no deja impune el hecho delictivo.

- c. Teoría retribucionista de la pena sin olvidar quienes son los que más viven las consecuencias del derecho penal

Guiar el fin de la pena desde los principios de las teorías retributivas no puede hacernos olvidar que quienes más sufren las consecuencias del Derecho Penal son la clase marginada de nuestro país. Por ello, y siguiendo los planteamientos de Baratta, creo que hay que mutar la idea de tratamiento, que proviene de las teorías de la prevención especial, por una de servicio a favor del penado, también del ex penado, de su familia y la estructura social donde regresa el ex condenado. La oferta de los programas que se tienen al interior de la cárcel también debe existir en el exterior de ella porque la sociedad tiene la obligación de hacerse cargo de los delincuentes que ella misma crea.

Algo muy importante de rescatar de Baratta, es que cree que los servicios ofrecidos deben estar separado del castigo penitenciario, ello permitirá evitar el incentivo perverso de participar de ellos simplemente por la concesión de beneficios. En Chile, un cambio significativo en el tratamiento sería identificar a los servicios y programas como derechos del penado y no una negociación para alterar la pena.

- d. No separar los fines de la pena con los fines de ejecución de esta

La pena es un mal siempre, los fines asignados en la ley deben ser los mismos que se asignen en su ejecución de la misma, independiente que se hagan esfuerzos para que la vida en prisión sea menos desocializadora. Los servicios brindados a los condenados

sólo buscan mejorar la vida para quien padece el castigo más cruel que nos hemos dado como sociedad, pero la pena sigue siendo un castigo.

La actuación del derecho penal en la vida de una persona debe ser siempre tardía porque sus efectos suelen ser muy destructivos. Es más, siempre el Estado tiene la incumbencia que la reacción penal sea de carácter subsidiario y ceder ante cualquier otro que sea más efectivo y menos estigmatizantes para el sujeto.

Es importante que como país limitemos nuestras pretensiones punitivas frente al delito porque es utópico pensar en una sociedad libre de ellos, sólo podemos tratar de generar políticas públicas orientadas a erradicar sus causas para evitar su ejecución, es decir, controlarlo mas no radicarlo.





## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Documentos y textos**

1. ARANCIBIA, C., CORNEJO J., GONZÁLEZ C. Pena de muerte en el Chile Colonial. Santiago de Chile: RIL editores, 2003.
2. BENTHAM, J. El Panóptico. Madrid: La Piqueta.
3. CASTRO, A., CILLERO, M., MERA, J., Derechos Fundamentales de los Privados, Guía Práctica con los estándares internacionales en la materia. Primera edición. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2010.
4. Cuneo Nash, S. *“Cárceles y pobreza: Distorsiones del populismo penal”*. Santiago de Chile: Uqbar Editores, 2018.
5. CURY URZÚA, E. Derecho Penal Parte General. Tercera Edición. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 1992.
6. “Evolución Histórica de la Cárcel”, GÓMEZ GRILLO, Elio, en: <http://elpresovenezolano.blogspot.com/2009/02/evolucion-historicade-la-carcel.html>
7. ETCHEBERRY, A. Derecho penal. Parte general, Tercera Edición, Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 1994.
8. FOUCAULT, M. Vigilar y Castigar: Nacimiento de la prisión. Segunda Edición. Argentina: Grupo Editorial Siglo Veintiuno.
9. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. “Estudios penales: La Supuesta Función Resocializadora del Derecho Penal, Problemas y Tendencias Actuales de la Ciencia Penal, Derecho Penal Político, la Criminalidad Financiera y de "Cuello Blanco", Protección Penal de la Libertad de Obrar de la Persona, Delincuencia Asociada: Criminalidad "Común" y "Terrorista", la Tutela Penal del Honor y la Intimidación como Límite de la Libertad de Expresión”, José María Bosch S.A. Editores, Barcelona, 1984.
10. GARRIDO MONTT, M. Derecho penal. Parte general. Tomo I. Primera edición, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de, 2001.
11. GUZMÁN DALBORA, J. *“La pena y la extinción de la responsabilidad penal”*. Buenos Aires, Argentina: Editorial B de f, 2009.
12. "La Resocialización: Objetivo de la Intervención Penitenciaria", de LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., Papers d'estudis i formació, núm.12, diciembre 1993, pp.9-21, en: [http://www.ivac.ehu.es/p278content/eu/contenidos/informacion/ivckei\\_jose\\_luis\\_delacuesta/eu\\_joseluis/adjuntos/ResocBarcelona.pdf](http://www.ivac.ehu.es/p278content/eu/contenidos/informacion/ivckei_jose_luis_delacuesta/eu_joseluis/adjuntos/ResocBarcelona.pdf)

13. LÓPEZ, Monserrat (2011). Los Derechos Fundamentales de los presos y su Reinserción Social (tesis doctoral). Universidad de Alcalá, Madrid, España.
14. MAÑALICH RIFFO, J., Estudios sobre la Fundamentación y la determinación de la pena. Chile: Legal Publishing Chile, 2018.
15. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Política Pública de Reinserción Social 2017. Recuperado de [http://www.reinsercionsocial.cl/media/2018/02/Pol%C3%ADticas\\_P%C3%ABlicas\\_Reinserci%C3%B3n\\_Social\\_2ed2017.pdf](http://www.reinsercionsocial.cl/media/2018/02/Pol%C3%ADticas_P%C3%ABlicas_Reinserci%C3%B3n_Social_2ed2017.pdf)
16. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. La política de reinserción social en Chile, Estado Actual y proyecciones 2017. Recuperado de <http://www.reinsercionsocial.gob.cl/media/2015/11/documento-reinsercin-baja.pdf>
17. MUÑOZ, F., RODRIGUEZ F., Fines de la pena y libertad condicional. Memoria para adquirir el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, 2009.
18. "Resocialización o Control Social" por un Concepto Crítico de "Reintegración Social" del Condenado. Ponencia Presentada en el Seminario "Criminología Crítica y Sistema Penal", Organizado por Comisión Andina Juristas y la Comisión Episcopal de Acción Social, en Lima, del 17 al 21 de septiembre de 1990, BARATTA, Alessandro, en: <http://www.inau.gub.uy/biblioteca/Resocializacion.pdf>.
19. SEPÚLVEDA CRERAR, Eduardo y SEPÚLVEDA BAZÁES, Paulina, "A 83 años del Establecimiento de la Libertad Condicional en Chile: ¿un Beneficio desaprovechado?", disponible en: [http://www.gendarmeria.cl/doc/reinsercion/revista\\_n13.pdf](http://www.gendarmeria.cl/doc/reinsercion/revista_n13.pdf)
20. VON LISZT, Franz. La idea del fin en el Derecho Penal. Valparaíso: Edeval, 1984.

### **Normativa Nacional**

1. Código Procesal Penal, aprobado por Decreto N° 1.001 del 30 de octubre de 2000, Chile.
2. Código Orgánico de Tribunales del año 1943, Edición reformada por la Ley N° 10.665 de 9 de marzo de 2000 y por la Ley N° 19.708, de 5 de enero de 2001. Aprobada por Decreto N° 439, de 6 de junio de 2003, Chile.
3. Código Penal de Chile, de 1873, Aprobada por Decreto N° 103, de 31 de enero de 1997, Chile.
4. Constitución Política de la República, 22 de septiembre de 2005, Chile.
5. Decreto Ley N° 321, Establece Libertad Condicional, publicado el 12 de marzo de 1925, Chile.

6. Decreto Ley N° 409, Sobre Eliminación de Antecedentes Penales, publicado en el Diario Oficial del 18 de agosto de 1932, Chile.
7. Decreto Ley N° 2.859, Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, publicado en el Diario oficial el 12 de septiembre de 1979, Chile.
8. Decreto 518, Aprueba Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, publicado el 21 de agosto de 1998, Chile.
9. Decreto N° 943, Estatuto Laboral y de Formación para el Trabajo Penitenciario, publicado en el Diario oficial el 14 de mayo de 2011, Chile.
10. Ley N° 18.216, sobre Penas Sustitutivas, publicado en Diario oficial el 14 de mayo de 1983.
11. Ley N° 19.856, Crea un sistema de Reinserción Social de los condenados sobre la base de observación de buena conducta, publicada el 4 de febrero de 2003, Chile.
12. Ley N° 20.594, Crea inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores y establece registro de dichas inhabilidades, publicada el 19 de junio de 2012, Chile.
13. Ley N° 20.931, Que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos, publicado en el Diario oficial el 5 de julio de 2016, Chile.

### **Normativa Internacional**

1. Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).
2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
3. Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
4. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (Las Reglas Mandela).
5. 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).
6. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio).