



**UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS  
PENALES**

**“LA IDEOLOGÍA DEL CASTIGO SUBYACENTE A LOS MENSAJES DE LEY EN EL PERÍODO 2006 A  
2019”**

**Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la  
Universidad de Chile**

**Nicolás Luciano Barberis García  
Profesor Guía: Gonzalo Berríos Díaz**

**Santiago – Chile**

**2020**

## ÍNDICE

ÍNDICE.....	1
ABSTRACT.....	4
I. INTRODUCCIÓN: EL CASTIGO COMO ACTO IDEOLÓGICO.....	5
II. EL DISCURSO DETRÁS DE CÁMARAS: IDEOLOGÍA (DEL FIN) DE LA PENA.....	10
II.1 Teorías absolutas.....	11
II.1.A Las teorías de la retribución.....	11
II.1.A.a El idealismo a priori de Kant. ....	12
II.1.A.b La concepción dialéctica de Hegel. ....	13
II.1.A.c Iusnaturalismo Católico-Liberal de Carrara.....	14
II.1.A.d La función expresivo-retributiva de Mañalich. ....	15
II.1.B Las teorías de la expiación. ....	18
II.2 Teorías relativas. ....	20
II.2.A Las teorías de prevención especial. ....	21
II.2.A.a La escuela positiva italiana.....	23
II.2.A.b La defensa social de Von Liszt.....	24
II.2.B Las teorías de la prevención general.....	27
II.2.B.a Teorías de la Prevención General Positiva. ....	27
II.2.B.b Teorías de la Prevención General Negativa. ....	29
II.3 Las teorías de la unión.....	32
II.4 Algunas posturas contemporáneas: la seguridad, la peligrosidad y el enemigo. ....	34
IV.4.A El retorno de la inocuización (del peligroso) y el discurso de la seguridad ciudadana. ....	36
II.4.B Derecho penal del enemigo. ....	38
III. MIRANDO TRAS LAS CÁMARAS: ANÁLISIS DE LOS MENSAJES. ....	41
III.1 Gobiernos de la Presidenta Michelle Bachelet Jeria. (2006 a 2010 y 2014 a 2018) .....	42
III.1.A “Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que modifica la Ley N° 18.314, que establece conductas terroristas y fija su penalidad.” .....	42
III.1.B “Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal en materia de seguridad ciudadana, y refuerza las atribuciones preventivas de las policías.” .....	45
III.1.C “Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que modifica el Código de Justicia Militar.” .....	48

III.1.D “Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que se inicia un proyecto de ley tendiente a modificar la Ley N° 18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad.” .....	50
III.1.E “Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley sobre delitos militares y sus penas.” .....	52
III.1.F “Mensaje de S.E. el Vicepresidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que aumenta en un grado la pena del delito de falsa alarma, cuando ocasione tumulto, conmoción pública o altere la seguridad o el orden público.” .....	52
III.1.G “Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que se inicia un proyecto de ley 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” .....	54
III.1.H “Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales” .....	60
III.1.I “Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que tipifica el delito de corrupción entre particulares y modifica disposiciones del Código Penal.” ...	62
III.1.J “Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que tipifica el delito de incitación a la violencia.” .....	63
III.2 Gobiernos del Presidente Sebastián Piñera Echenique (2010 a 2014 y 2018 a la fecha de este trabajo) .....	64
III.2.A “Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que crea inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores y establece registro de dichas inhabilidades” .....	64
III.2.B “Proyecto de ley sobre penalidad y juzgamiento de los delitos terroristas.” .....	66
III.2.C “Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que modifica el Código Procesal Penal en materia de suspensión condicional del procedimiento y prisión preventiva.” .....	67
III.2.D “Mensaje de S.E. el Presidente de la República, con el que inicia un proyecto de ley que modifica el actual régimen de libertad condicional y establece la prestación de servicios en beneficio de la comunidad como pena alternativa a la pena de prisión para casos de incumplimiento de la pena de multa.” .....	71
III.2.E “Mensaje de S.S. el Presidente de la Republica con el que se inicia un proyecto de ley que aumenta las penas del delito de robo de cajeros automáticos.” .....	73
III.2.F “Mensaje de S.E. el Presidente de la República, con el que inicia un proyecto de ley que establece medidas que indica en relación con los delitos sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes.” .....	75

III.2.G “Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que modifica el tratamiento de las penas de los delitos de robo y receptación de vehículos motorizados o de los bienes que se encuentran al interior de éstos.” .....	76
III.2.H “Proyecto de ley, iniciado en mensaje de S. E. el Presidente de la República, que sanciona conductas que afectan la convivencia ciudadana y aumentan la sensación de inseguridad en la población.” .....	80
III.2.I “Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que especifica y refuerza las penas principales y accesorias, y modifica las penas de inhabilitación contempladas en los incisos segundo y final del artículo 372 del Código Penal.” .....	82
III.2.J “Proyecto de ley, iniciado en mensaje de S. E. el Presidente de la República, que regula la sustitución de penas privativas de libertad por razones humanitarias para las personas que indica.” .....	83
III.2.K “Proyecto de ley, iniciado en mensaje de S. E. el Presidente de la República, sobre delitos ambientales y daño ambiental.” .....	86
Conclusión .....	87
Bibliografía .....	103

## **ABSTRACT**

Exploración de las justificaciones entregadas durante los gobiernos intercalados de Michelle Bachelet Jeria y Sebastián Piñera Echenique en busca de una postura ideológica consistente que informe sus mensajes de ley en materia penal, con tal de determinar la existencia de similitudes y/o diferencias ideológicas relevantes entre estas dos administraciones.

## **I. INTRODUCCIÓN: EL CASTIGO COMO ACTO IDEOLÓGICO.**

En la presente memoria me propongo investigar una muestra de discursos argumentativos del Ejecutivo en cuatro momentos políticos de nuestra historia reciente. Estudiar, concretamente, una selección de mensajes de ley correspondientes a los gobiernos intercalados de Sebastián Piñera Echenique y de Michelle Bachelet Jeria.

Pretendo determinar si es que existe una postura ideológica consistente que informe los mensajes que acompañan los proyectos de ley en materia penal correspondientes a estas dos coaliciones políticas y determinar si, en caso de que la haya y no obstante pertenecer a distintos partidos y opuestas coaliciones políticas, existen similitudes ideológicas relevantes subyacentes a estos cuatro gobiernos, si en cambio son marcadamente opuestas o bien, si caen juntas en la incongruencia ideológica.

El trabajo se enfocará en los mensajes presidenciales debido a que es en éstos donde más puramente se puede contemplar la argumentación del ejecutivo en la materia. Adicionalmente, podría sostenerse que en un sistema como el nuestro es la argumentación legislativa más relevante. Después de todo, como nos dicen Escobedo y Navia (2017, p. 1) “la Constitución otorga al presidente la exclusividad en proyectos de ley que impliquen gasto fiscal y el poder para controlar el ritmo de la agenda legislativa a través de urgencias”.

Ahora bien, no pretendo decir con esto que la argumentación ejecutiva sea la más abundante o la más frecuente. Como bien nota el autor ya citado, Escobedo y Navia (2017, p. 1), de los 8.483 proyectos presentados en los períodos comprendidos entre 1990 y 2014, sólo el 22% correspondían a un mensaje presidencial. Y, no obstante, de las 1982 leyes finalmente promulgadas en el mismo período, solo un 31,3% emana de mociones, proviniendo todo el resto de mensajes.

En cuanto a lo que se buscará en los mensajes, corresponde a lo que llamaré “Ideología del castigo”. Explico primero lo que, en abstracto, entenderé por ideología.

No obstante un uso cotidiano vago y usualmente peyorativo, para efectos de este estudio tomaré prestada fundamentalmente la definición de trabajo elaborada por van Dijk (2005, p. 17) en el marco del análisis crítico del discurso, aunque lo hare según la fórmula Juan Pablo Zambrano (2015, p. 72), es decir, “Las ideologías son creencias axiomáticas que tiene un grupo social y que generan identidad y sentido de pertenencia al mismo tiempo que, en tanto representaciones mentales, permiten entender, interpretar y comprender los discurso de la comunidad ideológica a la que se pertenece y las ideologías de los demás grupos ideológicos”.

Destaco de entre las características que van Dijk (2005, p. 18 a 21) da a la teoría que sustenta esta definición las siguientes: las ideologías no son necesariamente negativas, pueden pertenecer tanto a los grupos dominados como dominantes; se adquieren a lo largo de los años y tienden a la estabilidad; forman la base “axiomática” de creencias más específicas; constituyen, al menos en parte, la identidad de los grupos que las sostienen, colaborando a la cohesión y cooperación intergrupales; un mismo individuo puede ser parte de varios grupos y, por tanto, participar de varias ideologías; y, por último, en la medida que cese su discusión dentro de una comunidad ideológica y comiencen a asumirse como de sentido común, ciertas ideas dejarán de ser ideológicas *dentro de esa comunidad*.

Y es que aquello que los miembros de un grupo denominan *conocimiento*, los miembros de otros denominan *ideología*, mera creencia prejuiciada. Y viceversa.

“De hecho, es característico del discurso ideológico atribuir las ideologías solo a ‘nuestros’ antagonistas y la ‘verdad’ a ‘nosotros’” (van Dijk, 2005, p. 27)

Ahora bien, en lo que a “Ideología del Derecho Penal” se refiere, si vemos en la política el origen de la norma y pensamos, como van Dijk (2005, p. 1) que “la cognición política está, por definición, ideológicamente fundamentada; y las ideologías políticas son en gran medida reproducidas por el discurso”, el discurso legislativo relevante no puede sino estar ideológicamente cargado. Esa carga ideológica se traspasa, naturalmente, a la norma finalmente promulgada. Y, como ya se dijo, el más claro (además de, discutiblemente, el más relevante) discurso legislativo del ejecutivo es el mensaje presidencial.

Dicho lo anterior, ¿de qué manera se manifiesta esta carga ideológica en el derecho penal? Nos dice Jareborg (2000, p. 1) que “Una Ideología de la ley penal (o criminal) es una básica concepción del crimen y/o el castigo”<sup>1</sup>. Ahora bien, mientras su texto se enfoca en lo que denomina *ideología del crimen*, yo me enfocaré en la contracara, que él denomina *ideología del castigo*.

Y lo haré, en primer lugar, identificando el término con el concepto más tradicional de teoría de la pena.

No es éste un uso prístino del concepto de ideología de van Dijk, y es que no sostengo que sea una “ideología” en el mismo sentido que las grandes cosmovisiones a las que el usualmente aplica el término. En efecto, es de una mayor especificidad, los hablantes y discursos relevantes son más limitados y su toma de postura al respecto está más bien influenciada por otras “ideologías mayores”<sup>2</sup> de lo que estás influyen en ellas.

Y, sin embargo, el término es pertinente, pues dentro del subgrupo en que es relevante su influencia es manifiesta. Esta ideología del castigo constituye la creencia axiomática que fundamenta los diversos usos del monopolio de la violencia (y por extensión variables como la naturaleza y el tiempo del castigo, o la aplicabilidad misma de ese término), que agrupa a la doctrina en escuelas de pensamiento (símiles a los grupos ideológicos) según se decanten por las diversas opciones, y que brinda a cada uno de los grupos un grado de cohesión interna y una comprensión conjunta que permite interpretar y entender el discurso de la comunidad a la que se pertenece y aquel del grupo al que se enfrenta, posibilitando el debate “social”.

Así, la teoría de la pena no será vista en este trabajo como un concepto estrictamente técnico, sino como una inclinación “ideológica” previa, según la cual los participantes enmarcan el debate y sobre la cual se construyen posteriores conceptos técnicos.

---

<sup>1</sup> Traducción propia del original en inglés: “A penal (or criminal) law ideology is a basic conception of crime and/or punishment.”

<sup>2</sup> Es decir, el conjunto de creencias políticas a las que más usualmente se denomina con el nombre de ideología.



Ahora bien, aun así entendida, resta todavía justificar mi expectativa de una definición ideológica firme en la materia. Pero su importancia difícilmente será algo difícil de aceptar para quien imagine el lugar “donde yacen miles de hombres, sepultados vivos por otros hombres, en nombre de la justicia, en nombre de la libertad. Allí padecen, se les infringe la pena -el mal-, en nombre del bien común...” (Beristain Ipiña, A. 1962, p. 3), y es que aún si tenemos dificultades para llegar a un acuerdo de si y por qué ese estado de cosas es aceptable, podremos convenir en que tanto el delito mismo como lo que como sociedad hacemos en respuesta a éste intervienen en el desarrollo de derechos y libertades lo suficientemente importantes para justificar una cuidada reflexión individual y un razonable debate social.

Para responder a los actos que estimamos más graves y para hacerlo tomando las medidas que estimamos más graves, tenemos que tener muy claro por qué lo hacemos.

Así lo entiende también Enrique Bacigalupo (2010, P. 17-19), quien define la filosofía o la ideología de las teorías de la pena como “el conjunto de ideas que tienen la pretensión de *legitimar* una determinada limitación de la libertad mediante el ejercicio el *ius puniendi* en un estado de derecho”. Sugiere Bacigalupo que estas teorías expresan la función del derecho penal en la sociedad, siendo entonces indudablemente una expresión ideológica. Para el autor, “la parte especial del derecho penal marca el límite de la libertad en una sociedad”. Y la respuesta a la pregunta ¿para qué es necesaria la pena? pretenderá aclarar hasta dónde y en qué condiciones puede el estado reprimir a quienes vulneran los límites de esa libertad.

Finalmente, respecto de la muestra objeto de este estudio, los mensajes fueron seleccionados atendiendo a su pertinencia temática, pues sólo interesan para estos efectos aquellos que permitan entrever una subyacente *ideología del castigo*.

Concretamente, la selección se realizó mediante un proceso de descarte, en el que filtré la lista completa de mensajes presentados en el período estudiado primero, mediante la exclusión de todos los que correspondían a mociones parlamentarias, después por la firma de los ministros pertinentes a una investigación centrada en el derecho penal, luego por la presencia de palabras claves y finalmente mediante la lectura íntegra del mensaje, permaneciendo para su

estudio aquellos que estimé permitían entrever una ideología del castigo como aquí se ha definido, sin importar con cual de ellas.

Habiendo esclarecido aquello que buscaré y dónde pretendo buscarlo, en las siguientes secciones me abocaré a dotar de contenido las *teorías del castigo* que pretendo explicitar en la muestra de estudio.

## II. EL DISCURSO DETRÁS DE CÁMARAS: IDEOLOGÍA (DEL FIN) DE LA PENA

Hoy, la cárcel es parte de la cotidianidad. Es algo normal, tan connatural a nuestra comprensión del funcionamiento del estado que rara vez nos detenemos a pensar en su legitimidad, su pertinencia o sus limitaciones. Más deberíamos, pues es irresponsable pretender discutir cuánto tiempo o en qué condiciones deben sufrir quienes hayan cometido un delito si no sabemos con qué propósito les infringimos como sociedad ese sufrimiento. ¿Estamos siquiera seguros de que debe consistir en un sufrimiento?

Tal vez sea mejor preguntarnos, en lugar de qué propósito persigue la cárcel, palabra que se ha vuelto de uso muy cómodo, ¿por qué puede el Estado meter a la gente en jaulas? (Collado, R. (2014). A esa formulación aún no estamos acostumbrados. Ya que estamos en eso, preguntémosnos también: ¿es que tiene el derecho de hacerlo? ¿Tiene acaso el deber de hacerlo?

Una formulación clásica a la misma pregunta sería “*¿punitur quia peccatum est aut ne peccetur?*”<sup>3</sup>, es decir, ¿se pena porque se pecó o para que no se peque? La respuesta ha dividido a los autores durante siglos y no estamos más cerca ahora de una respuesta consistente de lo que estábamos cuando fue formulada por primera vez.

Nos dice Cury (2005, P. 64) que “Ningún problema del Derecho penal ha sido objeto de tan viva especulación como la teoría de la pena” y es que las respuestas unitarias que se han dado a esta pregunta suelen tener consecuencias lógicas posteriores con las que no se sienten ya cómodos adherentes posteriores, o incluso los originales, mientras que las respuestas mixtas suelen incurrir en las contradicciones propias de intentar congeniar teorías fundamentalmente excluyentes. Esto ha dificultado la llegada a un consenso en la doctrina.

---

<sup>3</sup> Pese al carácter clásico de la formulación, esta referencia particular la tomé de (Cury, E. 2005, p. 64), quien reconoce, su vez, haber citado a Roxin, quien citaba una cita de Seneca a Platón.

Diversas aproximaciones teóricas acerca de cómo contestar han dado lugar a categorías en las que enmarcar las respuestas a esta interrogante. A continuación, se hará un repaso de ciertas respuestas representativas. En lo posible, no se comentarán críticamente las posturas, por no ser éste un trabajo *sobre* la teoría de la pena, sino uno que requiere su comprensión para otros fines.<sup>4</sup>

## II.1 TEORÍAS ABSOLUTAS.

Las teorías absolutas de la pena se denominan tales debido a que sostienen que la pena se justifica en sí misma, es decir, con independencia de toda consideración utilitaria. Es casi contradictorio afirmar que constituye una teoría del *fin* de la pena, pues se rechaza que esta tenga una función que cumplir en la sociedad, afirmándose en cambio que “la pena tiene la misión trascendental de realizar el valor Justicia. Por lo tanto, no se encuentran informadas por criterios de utilidad social” (García Caveró 2008, p. 2) .

Sostiene Roxin (1997, p. 82) “Se habla aquí de una teoría ‘absoluta’ porque para ella el fin de la pena es independiente, ‘desvinculado’ de su efecto social”, sosteniendo además que esta concepción de la pena se encuentra desde antiguo presente, fuertemente emparentada con el Talión y con la venganza privada y permaneciendo en la conciencia profana con cierta naturalidad hasta nuestros días. (Roxin 1997, p. 82)

Respondiendo entonces a la pregunta inicial, al autor se le castiga *porque* “pecó”. Esta categoría tiene, a su vez, subcategorías.

### II.1.A Las teorías de la retribución.

Estas teorías descansan sobre la posibilidad de reproche social, presuponiendo entonces el libre albedrío del agente. Es *porque* podemos presumir como sociedad que el sujeto actúa libremente que podemos reprochar su actuar cuando no se conforma con los mandatos y

---

<sup>4</sup> Por lo mismo, no se hará mención en este trabajo a las teorías abolicionistas. Esto se debe a su escasa o nula presencia en la discusión parlamentaria nacional, al menos en aquella estudiada para estos efectos. Siendo este apartado meramente instrumental, me abstendré de comentarlas ya que cualquier referencia a ellas terminaría aquí sin uso.

prohibiciones del derecho. De esta forma, nos dice Cury (2005, p. 65), “El sujeto, que podía comportarse de la forma exigida por las normas, ha preferido transgredirlas; la pena es la consecuencia de esta conducta culpable, en la cual no sólo se funda, sino que, además, constituye la medida de la que se impondrá”.

Veamos algunas variantes.

### *II.1.A.a El idealismo a priori de Kant.*

Para Kant la idea de libertad humana no era cuestionable.<sup>5</sup> Razonaba que: “todo ser que no puede obrar sino bajo la idea de libertad es por eso mismo realmente libre, esto es, valen para él todas las leyes que se hayan indisolublemente vinculadas con la idea de libertad, tal como si su libertad también fuese dada por libre en sí misma y fuese válida en la filosofía teórica. Yo afirmo lo siguiente: a todo ser racional que tiene una voluntad también hemos de otorgarle necesariamente aquella libertad bajo la cual obra”. (Kant 2012, p. 169)

Establecida así (cuando menos) la idea de libertad en un ser racional, éste puede ser reprochado cuando no determina su actuar por la ley, como es su deber.

Presuponiendo lo anterior, Kant entiende el castigo como “el derecho que tiene el soberano de afectar dolorosamente al súbdito por causa de la trasgresión de la ley”. (Kant, I. 1873, P. 194) Y a la pena como algo que “no puede nunca aplicarse como un simple medio de procurar otro bien, ni aun en beneficio del culpable o de la sociedad; sino que debe siempre serlo contra el culpable por la sola razón de que ha delinquido” (Kant, I. 1873, P. 195); y es que el sujeto, aunque culpable y por tanto susceptible de sufrir el merecido castigo, es un ser racional, *una persona*, y por tanto un fin en sí mismo (Kant 2012, p. 137). Siendo entonces un ultraje someterlo a la indignidad de ser empleado como medio para, por ejemplo, intimidar a los demás.

---

<sup>5</sup> Téngase presente que aquí Kant se excusa de demostrar la libertad desde un punto de vista teórico, estimando suficiente para sus propósitos demostrar la existencia de una necesaria “idea de libertad”.

Así las cosas, el mismo Kant se pregunta: ¿Qué castigo corresponde al culpable? Contesta: “No puede ser otro más que el principio de igualdad apreciado en la balanza de la justicia, sin inclinarse más a un lado que a otro. Por consiguiente, el mal no merecido que haces a otro de tu pueblo, te lo haces a ti mismo” (Kant, I. 1873, P. 196). No es otra la fórmula Kantiana que el Talión y ahí donde sea imposible su idéntica aplicación material, se buscará que produzca idéntico efecto sobre el sujeto penado. Así, en su conocido ejemplo de la isla, el pueblo que se apronta a disolverse y abandonarla debe antes ejecutar al último asesino, pues, si no, dicho pueblo puede ser considerado cómplice del crimen. Y es que, no obstante, la define como un “derecho” del soberano, para Kant la pena es un *imperativo categórico* (Kant, I. 1873, P. 195 y 198) obliga, por tanto, incondicionalmente.

#### *II.1.A.b La concepción dialéctica de Hegel.*

También la postura Hegeliana sobre la pena presupone la capacidad del sujeto de autodeterminarse con libertad (Hegel, G.W.F. 1968, p. 46). De hecho, tan libre es el delincuente que, “en su acción, como acción de un ente racional, está implícito un universal: el que por medio de ella esté instituida una ley, a la que el delincuente ha reconocido por sí, y bajo la cual puede ser asumido, como bajo su Derecho” (Hegel, G.W.F. 1968, p. 108). Concluye al respecto Mizrahi (Mizrahi, E. 2004, p. 14) que la acción de castigar lleva entonces implícito el reconocimiento de la racionalidad del delincuente, pues no es más que subsumirlo a la ley que él mismo se ha dado.

Pero no basta con honrar al delincuente con la pena (Hegel, G.W.F. 1968, p. 109). Es menester, reconstituir la integridad lesionada del derecho y de esta forma, el castigo *debe* imponerse, pues es una necesidad dialéctica: se debe vulnerar la vulneración del delincuente, superando la transgresión con la pena (Hegel, G.W.F. 1968, p. 109), pues la contradicción que constituye el delito debe ser resuelta: “La exigencia de que sea resuelta la contradicción, que es aquí como superación de lo Injusto, consiste en la exigencia de una Justicia emancipada del interés y del aspecto subjetivo, como de la accidentalidad del poder; una justicia no vindicativa, sino punitiva” (Hegel, G.W.F. 1968, p. 111).

“El delito es, pues, la negación del derecho. La pena es, entonces, la negación de la negación” (Politoff, S., Matus, J. P. y Ramírez, M.C. 2003, p. 56).

Y la mencionada emancipación del interés se deja ver en la misma obra Hegeliana, al estimar el autor que las consideraciones referentes a lo que otros autores considerarían la justificación de la pena (la intimidación, por ejemplo), son dignas de todo interés y consideración, más sólo en referencia a la *modalidad* de la pena, pues las justificaciones por otros intentadas presuponen que el imponer la pena es justo en sí y ante sí (Hegel, G.W.F. 1968, p. 108).

Respecto al quantum de la pena, nos dice Esteban Mizrahi que, a diferencia de la Kantiana, la postura Hegeliana no es tanto *retributiva* como es *restitutiva*: no es menester la dureza del Talión, la pena correspondiente a un delito ha de ser la mínima que permita la restitución del derecho como tal (Mizrahi, E. 2004, p. 19).

#### *II.1.A.c Iusnaturalismo Católico-Liberal de Carrara.*

En el segundo tomo de su *Programa*, Carrara sostiene que se debe distinguir entre el origen histórico y el origen jurídico de la pena (Carrara, F. 2000, p. 7). El origen histórico sería la *venganza*, primero privada, luego religiosa y finalmente estatal. Esto es para el autor un hecho, más una vez alcanzado cierto estado de civilización se pasó a investigar si ese hecho, repetido durante siglos, era un mero abuso de la fuerza o, en cambio, el ejercicio de un derecho (Carrara, F. 2000, p. 14).

¿El resultado de esa investigación? “El fin principal de la pena es el restablecimiento del orden externo de la sociedad” (Carrara, F. 2000, p. 31). Y es que para Carrara el delito ofende doblemente. Ha ofendido materialmente al sujeto pasivo, algo que la pena no puede solucionar, pero adicionalmente, el delito ha ofendido a todos los ciudadanos, al disminuir en ellos la sensación de la propia seguridad y amenazando con crear un mal ejemplo (Carrara, F. 2000, p. 31) y la pena, si bien no puede reparar el daño sufrido por el “ofendido primario”, puede restablecer el orden turbado y devolver el orden y la paz.

Adicionalmente, la reparación que hace la pena lleva implícitos resultados asociados: La corrección del culpable, la confortación de los buenos y la advertencia a los malos. El fin de la pena para Carrara es, entonces, el bien social representado por el orden que se asegura protegiendo la ley (Carrara, F. 2000, p. 31).

Así las cosas, ¿qué justifica su presencia en esta sección? Esto se debe a que el mismo autor distingue entre el fin de la pena y la razón de su legitimidad. Podría afirmarse que asigna a la pena un fin ulterior, pero lo cierto es que justifica el derecho a castigar como ley natural, siendo esta “una ley eterna, absoluta, formada del conjunto de los principios que dirigen la conducta externa del hombre, la cual ha revelado Dios a la humanidad por medio de la conciencia” (Carrara, F. 2000, p. 19). Y dado que esta divina ley concede a las personas derechos, resulta forzoso que tengan también el derecho de ejercer la defensa, aun mediante la coacción.

No obstante, su clasificación sigue siendo objeto de debate en la doctrina. Sobre esto se pronuncia Ferrando Mantovani: “El primer punto consiste en que en la primera summa divisio entre las teorías absolutas del *quia peccatum est* y las relativas del *ne peccetur*, la doctrina de la defensa del derecho parece que se coloca, sustancialmente en virtud del mismo jusnaturalismo carrariano, entre las primeras, porque el castigo de los culpables es una necesidad absoluta impuesta por la ley eterna del orden, y es reconocida, ‘no como necesidad política, sino como una necesidad de la ley natural, que exige que el precepto jurídico tenga una sanción eficaz y no permanezca como un simple consejo’” (Mantovani, F. 1989, p. 163).

#### *II.1.A.d La función expresivo-retributiva de Mañalich.*

Mañalich, apoyándose en la experimentación mental de Moore, invita a imaginar un caso, improbable pero posible, en que un sujeto al que se imputaban delitos por violencia sexual y robo sufre, con posterioridad a los hechos, pero antes de la sentencia, un accidente que socava las bases fisiológicas de sus deseos sexuales y, adicionalmente, recibe una herencia millonaria, siendo posible, además, fingir que sea sancionado (Mañalich, J.P. 2007, p 133-134).

El accidente y la herencia cumplen los propósitos de la prevención especial y la fingida sanción cumple los propósitos de la prevención general. Así las cosas, aún conforme a una teoría mixta,



el sujeto no debería ser sancionado. Pero, sostiene Moore, eso “desafía el juicio moral que ante tales casos parecemos formarnos, en el sentido de que el sujeto sí debería ser sancionado” (Mañalich, J.P. 2007, p 134).

Así, concluye Mañalich, una teoría de la combinatoria (así como cualquier otra que no se base en la retribución como condición necesaria y suficiente para pena) cae inevitablemente en contradicción, pues “necesariamente culmina en una neutralización recíproca entre los propósitos preventivos y el sentido retributivo de la imposición de la pena” (Mañalich, J.P. 2007, p 135).

La pena, entonces, debe ser entendida como función expresiva, como reproche. Reproche a la falla personal de un co-agente moral, a su falta de sentido de justicia y reciprocidad, pues “cuando se actúa sin reconocer la norma como una razón para la acción pretende beneficiarse unilateralmente del cumplimiento generalizado de la norma” (Mañalich, J.P. 2007, p. 143).

Se enfrenta aquí a una clásica objeción ¿Cómo es posible el reproche (y por extensión, la culpabilidad) si el libre albedrío es indemostrable? Sugiere el autor una respuesta compatibilista (Mañalich, J.P. 2007, p 144), según la cual el determinismo causal del agente no obsta a su capacidad para haber actuado de otro modo, pues “la libertad de voluntad supone una capacidad de tomar decisiones, eficaces para la acción, de acuerdo a preferencias personales, que pueden ser reconducidas a preferencias más básicas, que son constitutivas de la propia identidad del agente. En la medida en que una acción esté determinada por condiciones que son internas a la identidad del agente, esa determinación del actuar puede ser reformulada como autodeterminación”<sup>6</sup> (Mañalich, J.P. 2007, p. 145).

Y es que, si se retrocede lo suficiente en la cadena de condiciones causales, se alcanzará un punto en que las condiciones aparecerán como constitutivas de la persona, co-definiendo su identidad. Llegado a este punto, “la pregunta de si yo soy libre de mí mismo carece de sentido,

---

<sup>6</sup> (El subrayado es mío).

porque entonces el pronombre ‘yo’ carecería de objeto de referencia” (Mañalich, J.P. 2007, p. 147).

Habiendo concluido que el sujeto era susceptible de reproche, ¿cómo llega el autor a legitimar con el reproche la punición?

Analizando la pena como acto de habla. Siguiendo la teoría de Austin<sup>7</sup>, Mañalich entiende el reproche como un acto ilocucionario y estos actos se caracterizan por tener, como condición de felicidad, la sinceridad del hablante, no solo requiriendo la noción de culpabilidad sino, además, impidiendo su utilización para la obtención de una consecuencia ulterior (Mañalich, J.P. 2007, p. 170). Así, “en tanto el reproche tiene como objeto, típicamente, un comportamiento por el cual alguien es responsable, el hablante necesariamente tiene que presuponer, para que el reproche pueda ser aceptado, la efectividad de estas circunstancias” (Mañalich, J.P. 2007, p. 160). Adicionalmente, toda vez que un reproche conlleva una pretensión de corrección, presupone necesariamente un horizonte normativo (Mañalich, J.P. 2007, p. 160).

“La formulación de un reproche penal, por ende, puede ser vista como la realización de un acto ilocucionario, y más específicamente, como un acto ilocucionario institucionalmente ligado” (Mañalich, J.P. 2007, p. 160). La irrogación del mal que es la pena es la manera institucionalizada de expresar esa reprobación. Y es que, a diferencia de situaciones de intimidad, el reproche penal ocurre en un contexto social anónimo, donde la mera declaración del reproche resultaría insuficiente para, en efecto, materializar el reproche (Mañalich, J.P. 2007, p. 162), pues como también ocurre con otros actos de habla, como los insultos, las condolencias y las felicitaciones, no es lo mismo decir “yo te reprocho” que realizar un reproche (Mañalich, J.P. 2007, p. 163).

---

<sup>7</sup> Por acto *locucionario* Austin entiende el acto de emitir o proferir una oración con una cierta referencia y un cierto sentido, o sea, con cierto significado. Por acto *ilocucionario*, en cambio, Austin entiende el acto que se realiza *en* la ejecución del acto locucionario bajo ciertas condiciones que, convencionalmente, determinan una cierta fuerza (ilocucionaria). (Mañalich, J.P. 2007, p. 157).

Por último, para el autor éste reproche sólo puede ser legítimo políticamente si aquel que quebranta la norma puede ser visto también como autor de la norma que quebranta (Mañalich, J.P. 2007, p. 172). Sí y solo si las normas de comportamiento infringidas son legítimas, en el sentido de otorgadas por los individuos en cuanto ciudadanos a sí mismos, es posible reprochar a aquel miembro de la comunidad que falló en su cumplimiento (Mañalich, J.P. 2007, p. 180-185). En ese sentido, penar implica reconocer al otro como un agente moral (Mañalich, J.P. 2007, p. 157) un otro también miembro de la comunidad, sobre el que recaen expectativas sociales. De esta forma, como en Hegel, la pena puede considerarse un honor negativo (Mañalich, J.P. 2007, p. 172).

### **II.1.B Las teorías de la expiación.**

Las teorías de la expiación se caracterizan por justificar la pena en el efecto moralizante que esta tiene en el individuo que la sufre. Sea mediante el dolor y el sufrimiento de la pena corporal, sea mediante la soledad y penuria del encierro, “lo característico de la expiación moral radica en que el sujeto la experimenta de manera inmanente, como sentimiento de culpa” (Cury, E. 2005, p. 66).

Roxin, por su parte, la define de la siguiente manera: “Con la ‘expiación’ se piensa a menudo que el autor acepta interiormente la pena como justa compensación de la culpabilidad, que asimila moralmente su comportamiento delictivo, se purifica y recobra por dicha expiación su integridad humana y social”<sup>8</sup>(Roxin, C. 1997, p. 85).

Dejando de lado la concepción medieval de esta idea, que pecaría de ahistórica, es interesante revisar la evolución que ha tenido la postura de la Iglesia Católica, especialmente a partir de los años 90.

Pio XII se expresaba a mediados del siglo pasado con estas palabras: “La esencia de la falta consiste en la oposición libre a la ley reconocida como obligatoria, en la ruptura y la violación consciente y querida del orden justo. Una vez que se ha producido es imposible lograr que ella

---

<sup>8</sup> (El subrayado es mío).

no exista. Pero, no obstante, en cuanto se pueda dar satisfacción al orden violado, hay que dársela. Lo exige fundamentalmente la justicia” (Irarrázabal, G. 2012, p. 196).

Pero ya el año 1992 se expresaba en el Catecismo de la Iglesia Católica que “la pena tiene, ante todo, la finalidad de reparar el desorden introducido por la culpa. Cuando la pena es aceptada voluntariamente por el culpable, adquiere un valor de expiación” (Irarrázabal, G. 2012, p. 201). Ofreciéndose en este texto tres efectos a la pena: compensar el desorden ocasionado por el delito, la defensa social y un fin medicinal, para enmendar al culpable (Irarrázabal, G. 2012, p. 202-203).

Siguiendo esa línea, en el *Evangelium Vitae*, de 1995, “la autoridad debe reparar la violación de los derechos personales y sociales mediante la imposición al reo de una adecuada expiación del crimen, como condición para ser readmitido al ejercicio de la propia libertad” (Irarrázabal, G. 2012, p. 205).

Un poco más adelante, respecto del Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia de 2005, comenta Irarrázabal que “para CDS la pena ya no tiene, como en el magisterio anterior, un fin principalmente retributivo (...). En el texto que analizamos, la pena es un instrumento para defender a la sociedad corrigiendo al delincuente: desaparece la idea de «compensar el desorden» (CEC), el fin defensivo y retributivo/expiativo son puestos en el mismo nivel como correlativos. Pero estos fines esenciales, que definen a la pena como tal, sólo pueden procurarse legítimamente a través de penas que sean en sí mismas aptas para hacer posible la reinserción del delincuente y la reconstitución de los vínculos sociales” (Irarrázabal, G. 2012, p. 213).

En su opinión, el magisterio católico asume un ideal de justicia reconciliadora, en virtud de la cual la pena es incapaz de reparar el desorden del delito, debiendo pensarse “una respuesta al delito que constituya un recorrido o proceso potencialmente significativo para el autor: no un mal, aunque sí una negación del delito” (Irarrázabal, G. 2012, p. 216).

Por su parte, Valenzuela escribe, comentando a Duff, respecto de la posibilidad de entender la pena como penitencia secular. Bajo esta concepción, lo que estaría en juego no sería el

merecimiento del autor, sino su dignidad en tanto sujeto que puede acceder a un mecanismo de recomposición entre él y la comunidad (Valenzuela Saldías, J. 2010, p. 261).

Desde este punto de vista, “La pena, en esta perspectiva, puede ser vista como un proceso comunicativo entre el autor y la comunidad política. Por él se comunica al ofensor la censura que merece por la comisión del delito. Se busca traerlo hacia el reconocimiento y arrepentimiento del crimen como un error por el que tiene el deber de realizar una reparación en términos morales” (Valenzuela Saldías, J. 2010, p. 261). La pena es, entonces, reformativa y moralizante. Su objetivo es el arrepentimiento y mediante éste, la reincorporación del ofensor a la comunidad. Después de todo, sostiene el autor, debe considerarse la creciente utilización de la sensación de comunidad para presidir las razones de uso del derecho penal (Valenzuela Saldías, J. 2010, p. 263).

## **II.2 TEORÍAS RELATIVAS.**

El punto definitorio de las teorías relativas de la pena es la heteronomía en su justificación. Mientras las absolutas justifican la pena en sí misma, las teorías relativas subordinan la pena a la consecución de una finalidad social determinada, siendo por regla general la prevención de futuros delitos. “Nadie castiga a los injustos con la atención puesta en, o a causa de, que cometieron injusticias, a menos que se venga irracionalmente como una bestia. El que se pone a castigar con la razón aplica el castigo, no por la injusticia pasada, pues no conseguiría que lo que fue dejase de ser, sino pensando en el futuro. para que ni él ni quien ve su castigo vuelvan a cometer injusticias. Y si lo hace con esta intención, es porque piensa que la virtud es enseñable, pues castiga en prevención” (Platón, 1980 p. 15).

En el mismo sentido nos dice Mazger que “toda acción humana tiene un fin. Este constituye la esencia conceptual de la acción. No existe una acción que no tenga un fin. Y por consiguiente también la pena debe tener un ‘fin’, como acción humana y estatal en el ámbito del derecho. Este fin consiste en la prevención del delito. *‘Punitur, ne peccetur’*” (Mezger, E. 1958, P. 370).

## II.2.A Las teorías de prevención especial.

De la prevención especial son aquellas teorías relativas que se enfocan en el delincuente mismo, actuando bajo la esperanza de que, influyendo directamente sobre éste, se eliminará un factor de peligro social. “La prevención especial tiende a prevenir los delitos que puedan proceder de una persona determinada. Es decir, el fundamento de la pena está en evitar que el delincuente vuelva a delinquir en el futuro” (Vallejo, M.J. 1998, p. 144).

Ahora bien, esta influencia puede realizarse tanto mediante la neutralización violenta del delincuente como mediante el actuar “terapéutico/educativo” sobre este (Politoff, S., Matus, J. P. y Ramírez, M.C. 2003, p. 63). Si bien esa disyuntiva suele separar estas teorías en positivas y negativas, es frecuente que ambas versiones sean desarrolladas por el mismo autor como respuesta a diferentes tipos de crímenes o criminales.<sup>9</sup>

Así, nos dice Séneca: “Al que vaga a través de los campos por ignorar el camino, mejor es conducirlo al camino correcto, que echarlo de él. De modo que el que se equivoca debe ser corregido con consejos y por la fuerza, suavemente y con rudeza, y ha de pasar a ser mejor, tanto para sí, como para los demás, no sin castigo, pero sí sin ira: pues ¿quién se encoleriza con el que está curando?”<sup>10</sup> (Séneca, L.A. 1994 p. 80).

Más el mismo continúa respecto de los que estima incorregibles: “Es que no pueden ser corregidos y nada en ellos es aceptable ni ofrece esperanza. Suprímase de la sociedad a los destinados a corromper lo que tocan, y dejen de ser malvados de la única manera posible, pero sin odio. En efecto, ¿Qué razón hay para odiar a quien más beneficio cuando lo aparto de sí mismo? ¿Es que alguien odia las partes de su cuerpo en el justo momento en que las corta?

---

<sup>9</sup> Me abstendré de distinguir en este punto, como hace un porcentaje de la doctrina, entre prevención especial positiva y negativa, por considerar ambas posturas lo suficientemente emparentadas. Von Liszt, por ejemplo, varía frecuentemente su adherencia dependiendo del autor consultado. En su artículo “*La evolución de los fundamentos de las penas y el surgimiento de políticas actuariales basadas en la sociedad del riesgo*”, Jaiza Sâmbara de Araújo Alves (2017, P. 74 y 75). cita a Von Liszt a propósito de ambas corrientes y afirma que “*Las teorías de la prevención especial negativa y positiva caminan en conjunto, sin que una excluya a la otra*”. Ahora bien, esta última circunstancia es cierta en cuanto al trato que se les da a estas teorías en la doctrina, pudiendo estar más claramente delimitadas en los actos del legislativo. Si es el caso, se señalarán de forma separada, pues muchas veces un llamado a la reinserción no implica la eliminación si esta fracasa o viceversa.

<sup>10</sup> (El subrayado es mío).

Eso no es ira, sino tratamiento penoso. Acabamos con los perros rabiosos, matamos al buey feroz e indomable, y hundimos el hierro en el ganado enfermo para que no contagie al rebaño; nos deshacemos de los fetos monstruosos, incluso ahogamos a los hijos si han nacido débiles y con malformaciones; y no es ira, sino razón, aparar de los sanos a los seres inútiles<sup>11</sup> (Séneca, L.A. 1994 p. 80-81).

Platón, por su parte, pone en labios de Sócrates: “Así el castigo proporciona el verse libre del mayor de los males, de la maldad. (...) Porque obliga a volverse en sí y hacerse justo; como que el castigo es la medicina del alma” (Platón. 2009, p. 552) (...) de suerte que, si la falta que ha cometido merece latigazos, se presente a recibirlos; si hierros, tienda las manos a las candelas; si una multa, la pague; si el destierro, se condene a él; y si la muerte, la sufra<sup>12</sup> (Platón. 2009, p. 552).

Un punto que frecuentemente se presupone en estas teorías es que el sujeto, en algunas versiones solo el delincuente, por cuanto es “distinto”; en otras, la totalidad la especie humana, está a tal punto determinado por sus características físicas, psicológicas, sociológicas, todas o cualquiera, que no resulta pertinente efectuar un reproche, pues el libre albedrío sería una afirmación sin demostrar. “En efecto, la idea de que al delincuente es preciso resocializarlo en lugar de castigarlo presupone la de que el hecho no puede reprochársele porque constituye el resultado de una constelación de factores causales que el autor no puede controlar”<sup>13</sup> (Cury 2005, P. 69).

La respuesta del estado al delito debe consistir entonces no en un castigo, sino más bien en una medida que tienda a reconducir al sujeto a un comportamiento socialmente aceptado. Si no una cura, cuando menos un tratamiento al delito (Cury (2005, P. 68).

---

<sup>11</sup> (El subrayado es mío).

<sup>12</sup> (El subrayado es mío).

<sup>13</sup> (El Subrayado es mío).

Y es dentro de este marco que “en Italia, la Escuela positiva llevó la prevención especial a su última consecuencia: la sustitución de las penas por las medidas de seguridad” (Vallejo, M.J. 1998, 145).

### *II.2.A.a La escuela positiva italiana.*

La escuela positiva surge de la determinación de su fundador, Cesare Lombroso, médico de cárceles en Turín, de “ver al delincuente, y no al delito para poder estar en posibilidad de un eficaz combate a la delincuencia” (Leija, M. 1989 p. 32).

La escuela positiva estima que la justicia penal debe enfocarse en el delincuente, es decir, en el autor de la infracción, pues el delito mismo no es más que un síntoma de su estado peligroso. La sanción penal, como consecuencia, no es más que un mecanismo de defensa contra el sujeto desviado, y debe ser proporcional no al injusto del delito cometido, sino al nivel de peligrosidad del autor. La pena, entendida como castigo, debe dejar paso a las medidas de seguridad, que el juez podrá establecer indeterminadamente en virtud de su análisis del sujeto concreto. El régimen penitenciario, por su parte, tendrá la misión de reeducar a los delincuentes readaptables y de segregar a los incorregibles (Leija, M. 1989 p. 33-34).

El principal supuesto de Lombroso es que existen criminales natos<sup>14</sup>, hombres menos evolucionados que conviven en sociedades civilizadas (Da Re, V. y Maceri, S. 2008, p. 110) y que son reconocibles en virtud de características precisas, corporales y anímicas propias de la humanidad primitiva (Da Re, V. y Maceri, S. 2008, p. 100). Así, por ejemplo, la frente huidiza, las fosas orbitarias grandes, o la excesiva altura de la mandíbula superior son alteraciones corporales que apuntarían a una criminalidad latente. Lo mismo pasa con características psíquicas, como la indolencia y la superstición. (Leija, M. 1989 p. 39-40)

---

<sup>14</sup> Enrico Ferri, también miembro de la escuela positiva, estimaba reduccionista la tesis de Lombroso, por cuanto no todo tipo de criminalidad podía explicarse acudiendo a la fisonomía del delincuente. El distinguía criminales locos, natos, habituales, pasionales y de ocasión. Además, enfatizó en su estudio al criminal como miembro del cuerpo social, introduciendo el estudio del medio como factor en el actuar criminal. Entendiendo al delincuente como un ser enteramente determinado por sus rasgos biológicos y por el medio, estimaba posible reconocer una “peligrosidad latente” aun en el sujeto que no ha delinquido, sugiriendo sustitutivos penales que se adelantaran a las penas que evitarían previniendo el crimen. (Galfione, M.C.)



Para Lombroso, estas y otras características son estigmas que señalarían un retroceso atávico (Da Re, V. y Maceri, S. 2008, p. 110), y aquel que las presente estaría predestinado a delinquir, por lo que su presencia en sociedad resultaría peligrosa (Leija, M. 1989 p. 40).

Además, “el profundo determinismo biológico de Lombroso le hace negar que los criminales tengan alguna posibilidad de elegir. Para él, los criminales natos delinquen obligados por su naturaleza primitiva y atávica” (Da Re, V. y Maceri, S. 2008, p. 93) y si no hay elección posible, se sigue que no puede haber reproche ni castigo. Se llega entonces a la sustitución de la pena por las medidas de defensa social, medidas que deben aspirar a la regeneración y si esta no es posible, a la segregación o la eliminación del delincuente (González, M. 1986, p. 67-71).

Aun hoy, si bien es cierto que muy, muy pocos se atreverían a profesar abiertamente ideas como las de Lombroso y la escuela positiva, es posible constatar su influencia. Además de considerársele el fundador de la moderna criminología, instituciones socialmente aceptadas como el sistema de libertad condicional, la reducción de las penas y las salidas alternativas ven su origen en sus ideas (Da Re, V. y Maceri, S. 2008, p. 95 a 97).

#### *II.2.A.b La defensa social de Von Liszt*

Famoso como jurista por su aporte a la teoría del delito (von Liszt, F. 1994, Prólogo p. 10) no son menos influyentes sus ideas respecto al origen, fundamento y contenido de la pena. Para Von Liszt, se engañan los que creen posible desterrar la discusión sobre la pena de los manuales de derecho, pues no se puede discutir la historia del derecho positivo ni determinar su futuro si no se comprenden los móviles de su evolución (von Liszt, F. 1994, p. 56-57).

Y es justamente del estudio histórico del derecho penal de donde comienza Von Liszt su teoría de la pena. Sostiene que, en los comienzos de la historia de todos los pueblos (von Liszt, F. 1994, p. 65), la pena era “una reacción de la sociedad frente a perturbaciones externas de las condiciones de vida, tanto del individuo como del grupo de individuos, ciega, instintiva y no intencional ni determinada por el fin” (von Liszt, F. 1994, p. 63). Esta reacción primitiva sería *instintiva*, es decir automática y no determinada por ningún propósito más allá del afán de

autoafirmación del individuo y su autoconservación, estando ésta inconscientemente al servicio de la conservación de la especie (von Liszt, F. 1994, p. 68-69).

Sin embargo, esta reacción instintiva se transforma a medida que se traslada desde los grupos directamente afectados a órganos no afectados ni comprometidos, capaces de analizarla en sus efectos. (von Liszt, F. 1994, p. 84)

Mediante esta progresiva objetivación, solo completa cuando se llega a un estadio de sanción estatal (von Liszt, F. 1994, p. 74), la violencia punitiva se convierte en derecho penal, con la también progresiva sofisticación que ello implica (von Liszt, F. 1994, p. 85-88). Y a medida que se desarrollan bienes jurídicos, se “hace recurrir a la pena en aquellos casos en que ciertos bienes jurídicos precisan protección contra determinadas perturbaciones, y recurre a ella en la forma y en el grado necesarios para la protección de esos bienes jurídicos contra esos delitos; (von Liszt, F. 1994, p. 89)” así, el proceso de objetivación de la pena conduce a que tanto los presupuestos de su acción como su contenido y extensión se subordinan a un fin (von Liszt, F. 1994, p. 89).

Así, para Liszt, la pena tenía un *origen* absoluto, más al convertirse en estatal *deviene* en relativa, por desenvolverse la pena con una idea del fin.<sup>15</sup>

Siendo así, ¿dónde encontrar su medida? Contesta Liszt que “no existe fundamentación metafísica de la pena capaz de resolver el problema de su medida. (...) Que a determinado delito concreto corresponda cinco años de prisión o diez de presidio correccional, seis semanas de arresto o mil marcos de multa, eso no lo puede decir ni puede pretender decirlo” (von Liszt, F. 1994, p. 95).

Es, nuevamente, en la idea de adecuación al fin donde encuentra Liszt su respuesta. Si la pena es protección de bienes jurídicos, es una inexcusable exigencia que se aplique la pena necesaria para, a través de ella, proteger el mundo de los bienes jurídicos. La pena justa es la

---

<sup>15</sup> Von Liszt veía su propia opinión como una “teoría unitaria de la pena”. En esto se encuentra en desacuerdo con la historia y la doctrina, que lo considera una de las figuras más importantes de la prevención especial (von Liszt, F. 1994, p. 64).

pena necesaria y sólo la pena necesaria es justa (von Liszt, F. 1994, p. 106). Respecto de cómo determinar la pena necesaria, Liszt recurre a la sociología.<sup>16</sup> Afirma que sólo la estadística criminal puede llevar al objetivo de entender el delito como fenómeno social y comprobar la eficacia protectora de la pena (von Liszt, F. 1994, p. 108).

Tres efectos concretos persigue, en consecuencia, la pena: *La corrección, la intimidación y la neutralización*. Y estos efectos corresponden a diferentes categorías de delincuentes (von Liszt, F. 1994, p. 115).

Los delincuentes irrecuperables, señalados por la estadística de reincidencia, deben amputarse como un miembro enfermo. Sugiere Liszt que una tercera condena por los delitos que la estadística señale pertinentes lleve a la reclusión por tiempo *indeterminado*. Reclusión en condiciones de servidumbre, pérdida de los derechos civiles y políticos y la mayor explotación posible del reo como fuerza de trabajo, con la pena corporal como medida disciplinaria. Una comisión podría, de forma muy excepcional y cada cinco años, presentar una propuesta de liberación (von Liszt, F. 1994, p. 115-122).

Al delincuente que precisa corrección, el que corresponde a aquellos que “por predisposiciones heredadas o adquiridas han llegado a la delincuencia, pero que no son aún casos perdidos sin esperanza”, deberíamos intentar salvarlo. Tras la primera o segunda comisión del delito, el tribunal debería enviarlo a un centro correccional. Los derechos civiles y políticos sólo se suspenden y la duración de la pena no debería bajar de un año ni superar los cinco. La reclusión sería unicelular, pero un buen comportamiento podría hacerla devenir en comunitaria. Una vez al año, el consejo de vigilancia podría sugerir la liberación de aquellos que se hayan corregido. (von Liszt, F. 1994, p. 122-124)

Al delincuente de ocasión, aquel que se descarrió por alguna influencia momentánea y externa, no hace falta corregirlo. La pena simplemente tendría que restablecer la autoridad de la ley violada, debiendo ser intimidatoria. Un papel para pensar, adecuando el impulso egoísta

---

<sup>16</sup> Nos dice Rivacoba sobre Von Liszt en el prólogo de la obra: “Cabe sospechar que debe a los positivistas italianos, y especialmente a Ferri (1856-1929), más que lo que gusta de reconocer” (von Liszt, F. 1994, p. 14)

del delincuente. En su ejecución sería una pena de entre seis semanas y diez años, no necesariamente unicelular. (von Liszt, F. 1994, p. 124-126).

## **II.2.B Las teorías de la prevención general.**

Al igual que la prevención especial, la prevención general también pretende evitar la comisión de delitos futuros, pero más que intervenir directamente al delincuente, la nota definitoria de estas teorías es que pretenden actuar sobre la comunidad en su conjunto, en cuanto infractores potenciales. Sostiene Roxin (1997, p. 92) que, para estas teorías, en cuanto pretenden evitar la comisión del delito, no es suficiente actuar solo sobre aquellos que ya delinquieron, sino más bien, prevenir la comisión de delitos en general y desde un principio.

Así, en estas teorías el delincuente mismo pasa a un segundo plano, siendo desplazado por un esfuerzo motivacional sobre la sociedad como conjunto. "La forma como tiene lugar este proceso motivatorio es precisamente lo que diferencia las dos variantes que existen al interior de esta teoría: la prevención general negativa y la prevención general positiva" (García Caveró, P. 2008, p. 4).

Por supuesto, estas teorías comparten con las de la retribución el presupuesto necesario de que las personas son libres y auto responsables, pues deben ser capaces de ser intimidadas o reaseguradas de la vigencia de la norma, es decir, responder racionalmente a incentivos (Meini, I. 2013, P. 152).

### *II.2.B.a Teorías de la Prevención General Positiva.*

La variante positiva de las teorías preventivo generales "comúnmente se busca en la conservación y el refuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico" (Roxin, C. 1997, P. 91). La misión de la pena, entonces, es comúnmente contrarrestar la erosión que produce el delito en la confianza de la ciudadanía en la ley, pues si ésta puede ser impunemente infringida, no cabe tener confianza alguna en su cumplimiento. De esta forma, se previenen delitos mediante la afirmación del derecho (Meini, I. 2013, P. 152).

Dos grandes corrientes de prevención general positiva diferencia Meini. Una *integradora*, para la cual la pena reafirma en la sociedad la conciencia de validez en la norma al demostrar una reacción pública contra el delito y una *estabilizadora*, según la cual la pena restablece la vigencia de una norma cuestionada por el delito, explicitando que es la norma penal, y no la conducta delinciente, la que fija la pauta a seguir (Meini, I. 2013, P. 152).

Como puede verse, la corriente estabilizadora tiene una profunda influencia Hegeliana. De forma similar, sostiene Jakobs que, “en primer lugar, está la coacción en cuanto portadora de un significado, portadora de la respuesta al hecho: el hecho, como hecho de una persona racional, significa algo, significa una desautorización de la norma, un ataque a su vigencia, y la pena también significa algo, significa que la afirmación del autor es irrelevante y que la norma sigue vigente sin modificaciones, manteniéndose, por lo tanto, la configuración de la sociedad” (Jakobs, G y Cancio Meliá, M. 2003, P. 23) . Este es el derecho que Jakobs reserva al ciudadano, pues, en lo referente al sujeto condenado la situación es distinta. “En esta medida, la coacción no pretende significar nada, sino quiere ser efectiva, lo que implica que no se dirige contra la persona en Derecho, sino contra el individuo peligroso” (Jakobs, G y Cancio Meliá, M. 2003, P. 24).

No obstante, sí ofrece Jakobs una diferencia entre condenados, pues el condenado que ofrece garantías cognitivas suficientes será llamado, en cuanto ciudadano (en directo contraste al enemigo, que es meramente neutralizado en cuanto peligroso), a equilibrar el daño causado a la vigencia de la norma mostrando, mediante la pena, que se mantiene la expectativa por el autor defraudada, desautorizando a su vez la máxima de su actuar (Jakobs, G y Cancio Meliá, M. 2003, P. 36).

Para ver una postura integradora, podemos trasladarnos a nuestro territorio. Escribió Enrique Cury (1998, P. 695-696) que “un análisis desapasionado de esta situación lleva a concluir que la pena, por su naturaleza, las circunstancias y el momento en que se la llama a intervenir, solo puede tener por objetivo la prevención general; esto es, el reforzamiento de la vigencia de los bienes jurídicos más fundamentales, mediante la amenaza efectiva de una irrupción en la

esfera de derechos básicos de quien los lesione o ponga en peligro y la realización efectiva de esa amenaza cuando sean infringidos la prohibición o el mandato a los que se asocia”<sup>17</sup>.

Para el autor, la pena inescapablemente consiste, aún si se emplean los máximos esfuerzos para morigerar su efecto des-socializador, en la irrogación de un mal, procedimiento indeseable al que la sociedad precisa echar mano para enfrentar situaciones provocadas en gran medida por ella misma. (Cury, E. 1998, P. 695) Y el objeto de ese mal sería la prevención general positiva:

“La pena tiene por objeto la ‘afirmación y aseguramiento de las normas básicas’, reforzando la seriedad de sus mandatos. La amenaza de la imposición del castigo y la condena del culpable -que pone de manifiesto la seriedad de aquella- constituye una manera de subrayar la importancia de los valores en juego y de educar al grupo social para que los introyecte y los acate, respetando la prohibición de lesionarlos o ponerlos en peligro” (Cury, E. 2005, p. 73).

#### *II.2.B.b Teorías de la Prevención General Negativa.*

Para Cury, esta postura ha formado parte de virtualmente todos los sistemas punitivos (2005, p. 71). Históricamente, su forma más clásica consiste en la intimidación producida directamente por la ejecución de la pena. Mediante el castigo, frecuentemente difícil de ver, se pretende disuadir a los integrantes de la sociedad de la comisión de delitos.

Es una idea antigua. Así, relata Tito Livio un episodio del siglo primero: “Tulo, entonces, dice: ‘Metio Fufecio, si tú fueras capaz de aprender la lealtad y el respeto a los tratados, te dejaría con vida y yo mismo te impartiría esa enseñanza; pero, como tu manera de ser no tiene remedio, al menos tú con tu suplicio enseñas al género humano a tener por sagrado lo que tú has violado’ ...Acto seguido, hace traer dos cuadrigas y atar a Metio a sus carros con los miembros extendidos, espoleados, después, los caballos en sentidos opuestos, llevan a cada carro una parte del cuerpo despedazado, según las ataduras se habían clavado en los miembros. Todos apartaron la vista de tan repugnante espectáculo. Fue éste, por parte de los

---

<sup>17</sup> (El subrayado es mío).

romanos, el primer y último suplicio ejemplar poco acorde con las leyes de la humanidad: en los demás casos les cabe el orgullo de que ningún pueblo ha recurrido a castigos más humanitarios” (Politoff, S., Matus, J. P. y Ramírez, M.C. 2003, p. 19).<sup>18</sup>.

Esta idea no es exclusiva, sin embargo, del mundo clásico. Thomas Hobbes (2013, P. 254) definía en 1651 la pena como “un daño infringido por la autoridad pública sobre alguien que ha hecho u omitido 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 ese modo, mejor dispuesta a la obediencia”<sup>19</sup>. Agregando luego que el mal que se infringe sin ese expreso propósito no es pena, sino mero acto de hostilidad (Hobbes, T. 2013, P. 255).

Durante todo este largo período, y sin importar el optimismo de Tito Livio<sup>20</sup>, era la frecuencia, el carácter público y la cruel creatividad de las ejecuciones<sup>21</sup> lo que producía el efecto intimidatorio. Pero “con Beccaria comienza lo que en la historia del derecho penal se conoce como período humanitario” (Mejia, E. 1979, P. 1).

Partiendo de la misma idea contractualista de muchos de sus contemporáneos, Beccaria (Bonesana, C. 2000, P. 215) entiende la pena como un acto de defensa contra las usurpaciones privadas de cada particular, que de permitirse devolverían la sociedad al estado de guerra primitivo pues la ley, y la expectativa de su cumplimiento, son condición necesaria para que las personas se unan en sociedad.

El origen de la pena es, también en Beccaria, la intimidación: generación de móviles sensibles bastantes para contener el ánimo despótico de cada hombre (Bonesana, C. 2000, P. 215-2016). Más adelante sostiene que su fin es doble, aunque siempre preventivo: impedir al reo causar nuevos daños y retrotraer a los demás de la comisión de otros iguales (Bonesana, C. 2000, P. 238).

---

<sup>18</sup> (El subrayado es mío).

<sup>19</sup> (El subrayado es mío).

<sup>20</sup> Pues como le contesta Montesquieu: “Se equivoca: La ley de las Doce Tablas está llena de disposiciones cruelsísimas (sic)”. (Secondat, C. 2013, P. 82).

<sup>21</sup> Baste verse el castigo de Damiens, relatado por Foucault para abrir vigilar y castigar. (Foucault, 2018. P. 11)

Sin embargo, se pregunta: “¿Se podrá en un cuerpo político, que bien lejos de obrar con pasión es el tranquilo moderador de las pasiones particulares, se podrá, repito, abrigar esta crueldad inútil, instrumento del furor y del fanatismo de los débiles tiranos? ¿Los alaridos de un infeliz revocan acaso el tiempo, que no vuelve acciones ya consumadas?” (Bonesana, C. 2000, P. 238).

Uno de los principales aportes de Beccaria<sup>22</sup> está en la construcción de un límite a la pena. Para el autor sólo la necesidad forzó a los hombres a ceder parte de su natural libertad y éstos cedieron el mínimo indispensable, por lo que toda pena superior a la más estricta necesidad constituye tiránico abuso (Bonesana, C. 2000, P. 217-218).

Y concluye su libro con lo siguiente: “Para que toda pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser pública, pronta, necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes” (Bonesana, C. 2000, P. 323).

Solo algunos años después, Paul von Feuerbach dio un giro a la prevención general con su teoría de la coacción psicológica, mediante la cual “el momento en que la pena intimida fue desplazado hacia la conminación legal, por medio de la pena en abstracto” (Sâmbara de Araújo Alves, J. 2017, P. 71).

von Feuerbach sostenía que el padecimiento de la pena, por definición posterior al hecho, resultaba insuficiente para prevenir el delito. La clara amenaza de la sanción, en cambio, sería efectiva. “Así, para Feuerbach la amenaza penal constituye un contramotivo psicológico destinado a inhibir en los ciudadanos los impulsos delictivos. La función de la coacción psicológica corresponde a la ‘amenaza penal’, en tanto que la ‘imposición de la pena’ solo tiene por objeto confirmar la seriedad de esa advertencia” (Cury 2005, p. 65).

Para el autor, el apetito que mueve al delito debe ser contenido por otro. “La apetencia para realizar la acción prohibida es eliminada cuando el ciudadano sabe con certeza que el resultado de la misma será un mal mayor que el que puede resultar de no satisfacer su deseo de llevarla

---

<sup>22</sup> Entre muchísimos otros, destacándose el sentar las bases de los principios de legalidad y de proporcionalidad.



a cabo” (Politoff, S., Matus, J. P. y Ramírez, M. C. 2003, p. 59). Y esa certeza la obtendrá si la pena y el hecho penado están determinados con claridad, conminándolo con anterioridad a la perpetración del hecho.

Finalmente, respecto de ambas variantes, opina Welzel que tienen fuertes incentivos a un recrudescimiento de las sanciones que a la larga amarga y endurece, pues “ambas teorías deben medir la gravedad de la pena, no en base a la culpabilidad, sino de acuerdo con la intensidad del impulso a ejecutar el hecho, y, en vista que la conminación de la pena y la sanción ejemplarizadora deben detener ese impulso al hecho, tienen que fijar el mal de la pena lo más alto posible” (Politoff, S., Matus, J. P. y Ramírez, M.C. 2003, p. 59).

### **II.3 LAS TEORÍAS DE LA UNIÓN.**

Respecto de las teorías mixtas o de la unión, se hará de ellas solo una mención sucinta. Esto se debe a que estimo, como Silvio Cuneo (2016, p. 5) que las teorías mixtas constituyen en esencia una yuxtaposición de doctrinas absolutas y relativas, o de diversas vertientes de cada una, siendo entonces sus fundamentos una repetición de los ya vistos.

De estas teorías se dice, en su configuración principal, que han de mediar entre las teorías absolutas y relativas en busca de un equilibrio. Es decir, combinar la retribución de la culpa con la influencia rehabilitadora, intimidatoria o de aseguramiento, de forma tal que la medida de la culpabilidad ha de ser el punto de orientación de los fines preventivos, que no pueden sobrepasarla, pero si justificar la disminución de la pena con tal de no dificultar al autor el camino de la reinserción (Jakobs, G. 1998. p 9-10).

Como nos dice Manuel Jaén Vallejo (1998, p. 150-151), para estas teorías “la pena será legítima en la medida en que sea, a la vez, *justa y útil*”. Reconoce el autor dos direcciones, aquella que da prioridad a las exigencias de la justicia, concediendo la prevención un rol complementario y aquella que se orienta preferentemente hacia la utilidad, siendo la retribución un mero límite máximo, impidiendo que el interés lleve a penas superiores a las merecidas.

Roxin (1997, p. 93-96), por su parte, aboga por la unión no de teorías relativas y retributivas, sino de los fines de la prevención especial y general. Sostiene el autor que se debe renunciar al pensamiento retributivo<sup>23</sup>, justificando la pena en la mera prevención, persiguiéndose en simultaneo los fines preventivo especiales y generales.

Razona el autor que si las normas penales solo están justificadas cuando tienden a la protección del orden social y la libertad individual, entonces también la pena concreta debe perseguir eso, que es prevención. A sus ojos, la pena puede justificarse tanto cuando es efectiva para ambos fines como cuando sólo se basa en el componente preventivo general, por no existir peligro de reincidencia. “El fin preventivo de la pena también persiste cuando no se requiere una prevención desde todos los puntos de vista al mismo tiempo” (Roxin. 1997, p. 95). De hecho, contesta el autor a las objeciones que se hacen a la prevención general positiva en cuanto forzosa adaptación de la personalidad, que, al poder justificarse la pena con la sola prevención general, aun sería legítimo penar a quien reusara los esfuerzos resocializadores, reservado esos esfuerzos para los voluntarios, respecto de los cuales no podría decirse que son forzados.

La teoría de Roxin se distingue, además, por asignar diferentes fines a diferentes “momentos” de la aplicación del derecho penal. Así, “el fin de la conminación penal es de pura prevención general. Por el contrario, en la imposición de la pena en la sentencia hay que tomar en consideración en la misma medida las necesidades preventivas especiales y generales (...) Por último, en la ejecución de la pena pasa totalmente al primer plano la prevención especial” (Roxin. 1997, p. 97)

Finalmente, permítaseme concluir señalando que, junto con acusar a las teorías mixtas de intentar compatibilizar lo que en esencia es excluyente, parte de la doctrina reprocha a estas teorías que permitirían un uso antojadizo del derecho penal. Así, García Caveró (2008, p. 7)

---

<sup>23</sup> Valga notar, no obstante, que pese a su declaración de renuncia a la retribución, el autor si absorbe en su teoría el principio de culpabilidad como límite último de la pena, más allá de los intereses del tratamiento, la seguridad o la intimidación, pues le asigna “una función liberal absolutamente independiente de toda retribución” (Roxin. 1997, p. 99-100) La utilidad podría justificar una pena inferior a la culpa, pero jamás superior.

considera que el reproche más duro que se les hace es el crear niveles excesivos de discrecionalidad, pues tanto le juez como (en especial) el legislador podrían recurrir a cualquiera de las teorías de la pena en función de la decisión que quieran tomar.

Así, las penas que se deseen altas se podrían justificar en la necesidad de intimidar a los criminales, o de dar adecuada “justicia” a la víctima, mientras que las que se deseen bajas apuntarán a la piedad de la resocialización, o a evitar un nocivo contacto criminógeno.

La falta de compromiso con postura alguna conlleva que toda pena sea legitimable, pues para ello se recurrirá a posteriori a la teoría que mejor se ajuste al resultado deseado. Y esta ambigüedad no es una premonición futura, sino que ya permea nuestro medio.

#### **II.4 ALGUNAS POSTURAS CONTEMPORÁNEAS: LA SEGURIDAD, LA PELIGROSIDAD Y EL ENEMIGO.**

A medida que la discusión en estudio se acerca al presente, es posible constatar una cierta transición desde el enfoque “académico” que la caracterizaba al inicio a un enfoque *más* “político/social” o, al menos, más directa y francamente político y electoral.

En el debate de los últimos años la discusión no ha sido llevada adelante por académicos, sino principalmente por políticos, candidatos, gobernantes, funcionarios electos y similares. Los académicos, por su parte, se han visto relegados, en general, a construir modelos que permitan más bien explicar que dirigir la nueva línea de discusión acerca de la teoría del castigo.<sup>24</sup> Nos dice Bacigalupo (2010, p. 27), de hecho, que “Es posible suponer estemos próximos a entrar en una fase crítica en la que la ciencia penal y la opinión pública se opongan manifiestamente. Hoy parece que el público está más inclinado hacia la venganza y poco preocupado por el principio de proporcionalidad”.

Es por eso que, pese a estar fuertemente emparentadas con las teorías de la prevención, en especial con las teorías preventivo-especiales, he decidido tratar esta selección de posturas

---

<sup>24</sup> Jakobs mismo, de hecho, presenta su teoría como una reacción al estado actual del Derecho Penal.

contemporáneas como un ente separado de estas. Pese a sus tangibles similitudes, el discurso relevante es drásticamente distinto entre ellas.

Mientras las teorías de la prevención son definidas por su enfoque en el o los delincuentes, ya sea para intimidar a los potenciales o para reformar/neutralizar a los consumados, estas posturas contemporáneas, que es cierto, muchas veces recurren a las mismas técnicas, se enfocan en cambio en la ciudadanía como cuerpo social para, mediante el castigo de ese “otro” delincuente<sup>25</sup>, brindarle una sensación de seguridad, de estabilidad y de confianza en un gobierno atento y proactivo.

En realidad, en la discusión contemporánea parece ser mucho más importante que el sujeto delincuente, *la delincuencia*, entendida esta como *fenómeno* que aqueja a la comunidad política relevante, que exige soluciones.

Como consecuencia, a medida que nos adentramos en la sociedad de los riesgos, la teoría de la pena ve disminuida su importancia teórica y adquiere una mayor importancia política y electoral. De hecho, la discusión presente no es ya tanto de derecho penal como lo es de política criminal y la opinión del hablante en términos de teoría de la pena habrá que leerla entre líneas.

Adicionalmente, como extensión de esta erosión de su importancia teórica, esta transición va aparejada de una cierta vulgarización conceptual, que permite entre otras cosas que las nuevas posturas puedan sugerir medidas correspondientes a varias, y muchas veces opuestas, teorías del castigo, pues medidas que parecerían contradictorias desde un punto de vista tradicional se usan en conjunto efectivamente cuando se está mirando principalmente hacia la respuesta ciudadana.

---

<sup>25</sup> Esta era, justamente, la idea de Foucault (2018. p. 333), quien denunciaba como la permanente batalla interior contra este enemigo sin rostro, un otro que pertenece a un mundo distinto, sin relación con la vida cotidiana y familiar, temible y siempre presente vuelve aceptable el conjunto de controles policiales y judiciales que reticulan la sociedad.

#### **IV.4.A El retorno de la inocuización (del peligroso) y el discurso de la seguridad ciudadana.**

Actualmente, han tomado mucha fuerza en el discurso público conceptos como la guerra contra el delito, la seguridad ciudadana, la idea de limpiar las calles y el discurso de la ley y el orden, entre otros. En una sociedad caracterizada por su creciente desencanto respecto de la capacidad resocializadora del estado y por una elevadísima sensibilidad al riesgo (Silva Sánchez, J. 2001, p. 701) los argumentos que actualmente justifican la inocuización de determinados delincuentes o grupos de delincuentes son abundantes.

El eje del debate acerca de la acción estatal ha cambiado, pasando de la recuperación del infractor (o de su castigo en cuanto individuo) a la protección del público mediante la reducción de la victimización futura al mínimo costo. Así, la justicia pasa a ser una administración del riesgo futuro, llegándose incluso a legislarse activamente para la incapacitación selectiva de sujetos pertenecientes grupos de infractores que estadísticamente representan mayores riesgos (Morales, A. 2012, p. 116).

Para María Inés Horvitz (2012, p. 101-102), “un factor de innegable relevancia en la propagación de la inseguridad subjetiva está constituido por los medios de comunicación social, los que exacerban el espectáculo del crimen, produciendo, de forma inmediata, identificación y empatía con la víctima y su sufrimiento. Las encuestas de victimización no hacen sino reproducir, amplificadamente, las resonancias de los mass media, y crean realidades que, sin embargo, son difíciles de contrastar con estadísticas fiables y estudios que den cuenta acabada de las fuentes de información y la metodología empleada, así como de los medios de verificación de las mismas”.

De hecho, dice más adelante: “las altas cifras de encarcelamiento en nuestro país contradicen la existencia de márgenes relevantes de impunidad, a lo menos en el ámbito de los delitos violentos o que dan lugar a penas efectivas de privación de libertad” (Horvitz, M. 2012, p. 107).

Una política basada única o principalmente en la prevención de estos riesgos justificaría el aumento y flexibilización de los medios de intervención estatal. La compulsiva búsqueda de seguridad cognitiva por parte de la población consolida un sistema de populismo punitivo

(Horvitz, M. 2012, p. 105), una sensación constante de crisis que coloca una inmensa presión política sobre los candidatos para aumentar significativamente las penas, disminuir las garantías procesales, reducir los beneficios penitenciarios y las salidas alternativas y otorgar cada vez mayores espacios de discrecionalidad a la fuerza pública, que adicionalmente ha experimentado “un progresivo aumento de recursos humanos y materiales sin contrapartida de accountability (responsabilización)” (Horvitz, M. 2012, P. 105).

Para Karolina Víquez (2007, p. 8), esto sería un engaño, pues este tipo de medidas no son capaces de cumplir sus declaradas funciones y tienen el fin calculado de producir en la opinión pública la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido.

Esto es facilitado además porque, como nos dice Horvitz: “Los costos para el estado de derecho y las garantías de los ciudadanos son evidentes, pero éste piensa que jamás le tocará a él” (Horvitz, M. 2012, p. 111).

En cuanto a lo concreto de la situación política chilena, Ana María Morales (2012, p. 103) escribe: “Hacia finales de la década de 1990 y, especialmente en la campaña presidencial previa a la elección presidencial del año 2000, la delincuencia y las formas de enfrentarla, comenzaron a monopolizar la agenda política”. Y poco más adelante, se refiere a la campaña presidencial de 2005 como una “competencia de dureza” (Morales, A. 2012, p. 108), en la que se llegó a proponer adoptar una política análoga a las leyes “*Three strikes and you’re out.*”<sup>26</sup> Y la competencia continúa hasta la actualidad.

La misma autora, citando la *New Penology* de Feeley y Simon, escribe como la justicia penal ha transitado de un paradigma clásico, en que se castiga proporcionalmente a un sujeto que se considera culpable del daño causado, o positivista, en que se centra en las características del individuo para rehabilitarlo o inhibirlo, a uno basado en la administración de los riesgos. En este nuevo paradigma, las sentencias pretenden manejar el riesgo futuro, y, como se

---

<sup>26</sup> Modelo de origen estadounidense en el que “para determinados grupos de delitos (especialmente, los violentos), se dobla la pena por el segundo de ellos, llegándose a la prisión perpetua por el tercero; y también en el Reino Unido, la Criminal Sentence Act de 1997 establece, en algunos casos, la reclusión perpetua por el segundo delito.” (Sanz, A. 2012, p. 5) Adicionalmente, Scheunemann de Souza, D. 2008

mencionó, la incapacitación selectiva basada en criterios estadísticos juega un rol clave (Morales, A. 2012, 8. 117).

Silva Sánchez (2001, p. 707), comentado la “nueva política criminal alemana en materia de delincuentes sexuales peligrosos”, sostiene que la base ideológica del modelo es clara: “la sociedad, incluso en el caso de ciertos delincuentes no habituales, cuyo delito haya tenido, sin embargo, una especial incidencia, por el número de víctimas, por ejemplo, renuncia a asumir porcentaje alguno del riesgo de reincidencia. Todo el riesgo se hace recaer sobre el autor, quien de este modo es sometido a intervenciones asegurativas de la máxima intensidad”.

Para el autor, se estaría en camino a un derecho penal de la peligrosidad, centrándose ya el debate en algunas latitudes en si es razonable esperar la comisión de un hecho lesivo para la reacción estatal si existen bases para un juicio de peligrosidad y, existiendo además, a su juicio, indicios de que en la sociedad actual no se comparte ya la tesis de que la culpabilidad por un hecho concreto y reprochable define la frontera de la distribución de riesgos entre individuo y sociedad, pues parece admitirse la idea de que la constatación de una peligrosidad subsistente debería dar lugar a una medida de aseguramiento adicional, aun con posterioridad al cumplimiento íntegro de la condena (Silva Sánchez, J. 2001, p. 707-709).

#### **II.4.B Derecho penal del enemigo.<sup>27</sup>**

Frente a la incoherencia de incluir en el derecho penal tradicional normas que responden a criterios de peligrosidad, Jakobs ofrece una solución que permita mantener la coherencia interna del sistema de justicia: Declarar la enemistad hacia el enemigo abiertamente (Viquez, K. 2007, p. 5-6).

Apoyándose en Hobbes y en Kant, Jakobs argumenta, al menos en su versión ideal<sup>28</sup>, la existencia de dos derechos. Aquel que corresponde al ciudadano y aquel que corresponde al enemigo, entendido como un sujeto que, rebelándose, delinque con persistencia o por

---

<sup>27</sup> Solo el derecho penal del enemigo se tratará en este apartado, el resto del pensamiento de Jakobs se vio en la sección de prevención general positiva.

<sup>28</sup> Pues el mismo Jakobs sostiene que más que de dos derechos se debe hablar de dos esferas dentro del mismo derecho, siendo inescapable cierta comunicación entre las dos.

principio. Estos dos derechos se diferencian en que uno excluye, mientras que el otro deja incólume, el estatus de persona del delincuente (Jakobs, G y Cancio Meliá, M. 2003, p. 28-32).

El Derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos, el Derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, basta llegar a la guerra (Jakobs, G y Cancio Meliá, M. 2003, p. 32). Así, mientras la pena, en sentido estricto, tiene un significado para el ciudadano, la medida ejecutada contra el enemigo no significa nada, solo coacciona (Jakobs, G y Cancio Meliá, M. 2003, p. 32).

Sobre el primero de estos derechos, baste recordar aquí que la pena entre ciudadanos se justifica en la reafirmación cognitiva de la norma, más las personas no solo quieren tener derechos, sino también desarrollarse como individuos en paz. Sostiene Jakobs que los ciudadanos tienen derecho a exigir seguridad al estado (Jakobs, G y Cancio Meliá, M. 2003, p. 32) y que existen ciertos individuos que, en su actitud, en su vida económica, o mediante su incorporación a ciertas organizaciones “se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona” (Jakobs, G y Cancio Meliá, M. 2003, p. 39-40).

Ante estos individuos la respuesta estatal no es ya la compensación del daño causado a la vigencia de la norma, sino la eliminación de un peligro social, pues “un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona” (Jakobs, G y Cancio Meliá, M. 2003, p. 40). Y es que el derecho penal es para las personas, y el enemigo es para el autor un “no persona”. Así lo afirma sin sutilezas: “Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas” (Jakobs, G y Cancio Meliá, M. 2003, p. 47)<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> (El subrayado es mío).



Permítaseme solamente agregar que finalmente será siempre el rol de alguien, con toda probabilidad un agente estatal, quien determinará a quien otorga la etiqueta de “garantía cognitiva suficiente” para ser estimado persona. Y a quien no.

### **III. MIRANDO TRAS LAS CÁMARAS: ANÁLISIS DE LOS MENSAJES.**

En esta parte del trabajo, mediante el análisis de una selección de mensajes de los últimos cuatro gobiernos, pretenderé determinar si es que ha existido un compromiso ideológico gubernamental consistente con alguna de las posturas reseñadas en el capítulo IV.

Los mensajes seleccionados lo fueron como ejemplos del uso que las diferentes administraciones hacen, según las circunstancias, de estas posturas ideológicas para justificar las medidas que proponen. Se eligieron mensajes variados y se intentará explicarlos bajo el supuesto de que obedecen, en su conjunto, a un compromiso ideológico con alguna de las posturas estudiadas.

Por último, es pertinente decir antes de comenzar que se comentarán exclusivamente las partes argumentativas de los mensajes. El contenido del proyecto, así como la legislación concreta que contiene, sólo serán mencionados auxiliariamente en cuanto permitan una mejor comprensión de la argumentación, sin detenerme demasiado a evaluar sus méritos.

### III.1 GOBIERNOS DE LA PRESIDENTA MICHELLE BACHELET JERIA. (2006 A 2010 Y 2014 A 2018)

III.1.A “Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que modifica la Ley N° 18.314, que establece conductas terroristas y fija su penalidad.”<sup>30</sup> En adelante “Modifica la Ley N° 18.314, que establece conductas terroristas y fija su penalidad”.

Correspondiente al primer gobierno de la presidenta Bachelet, en el presente mensaje la legislación terrorista propuesta se justifica de diversas maneras, que pueden entenderse como compromisos diversos con ciertas teorías de la pena.

En el primer párrafo de antecedentes del mensaje, se señala que los delitos terroristas afectan a la sociedad toda, que atacan los cimientos de la institucionalidad democrática, que el terrorismo “en esencia” utiliza la violencia como herramienta para alcanzar el poder, afectando bienes jurídicos colectivos y, “más gravemente” atentando contra bienes jurídicos individuales de especial relevancia social.<sup>31</sup>

Así también, dice que la fundamentación de estos delitos se relaciona con la gravedad del atentado a la sociedad que constituyen y a su carácter por esencia contrario a los derechos humanos, siendo delitos de suma gravedad tanto en atención a sus medios como a sus fines<sup>32</sup>.

Sobre éstos se reconoce, además, que en general no son tipificaciones innovativas, sino los mismos delitos del Código Penal, como el homicidio, el secuestro, el incendio y la asociación ilícita, solo que estos delitos se sancionan con una pena mucho más alta que si fueran delitos comunes.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> Santiago, 3 de julio de 2006. Mensaje 185-354. Boletín 4298-07.

<sup>31</sup> Santiago, 3 de julio de 2006. Mensaje 185-354. Boletín 4298-07 Página 1.

<sup>32</sup> Santiago, 3 de julio de 2006. Mensaje 185-354. Boletín 4298-07 Página 2.

<sup>33</sup> Santiago, 3 de julio de 2006. Mensaje 185-354. Boletín 4298-07 Página 4.

Por último, se argumenta que la excepcional gravedad de esta legislación sólo puede justificarse en presencia de delitos de una gravedad también excepcional, por lo que habría que eliminar de esta los delitos contra la propiedad.<sup>34</sup>

Como puede observarse, no hay en este mensaje una referencia explícita a la retribución, de hecho, se hace mención expresa a la pena como protección de bienes jurídicos. Pero si se mira en su conjunto, puede apreciarse que no es esta la única consideración en juego:

No es frecuente que se haga mención a lo que un delito es “en su esencia”, pero al hablar de terrorismo suelen acompañarse este tipo de precisiones. El mensaje nos recuerda en todo momento la gravedad de estos delitos, pero no lo hace mencionando la profundidad o frecuencia de la afectación que hacen a los bienes jurídicos, ni se explaya demasiado sobre la importancia de estos bienes en particular, deteniéndose en cambio a calificar la transgresión misma y sus motivos, y por extensión al transgresor. Estos delitos se presentan como algo especialmente inhumano, contrario a priori a los derechos humanos y este especial carácter, se reconoce explícitamente, se lo otorgan sus fines, capaces de elevar delitos comunes a una nueva dimensión punitiva.

Ahora bien, el concepto de gravedad se usa aquí de dos maneras diferentes. La primera tiene pretensiones de objetividad, sugiriendo que la propiedad debe ser excluida de esta legislación por ser un bien jurídico inferior, para el que no se justifica una legislación especial como la terrorista.

La segunda es subjetiva y corresponde a la gravedad especial que le otorgaría el motivo terrorista a un delito común. El bien jurídico “vida” está amenazado por el delito de homicidio sea o no éste de carácter terrorista. Una misma “vida”, es decir, la de una misma persona, amenazada de idéntica manera en iguales circunstancias, será protegida con distinta intensidad si el delito se considera o no como terrorista, pero el bien jurídico es el mismo. Y es

---

<sup>34</sup> Santiago, 3 de julio de 2006. Mensaje 185-354. Boletín 4298-07 Página 5.

que los actos ponen en peligro bienes jurídicos, los motivos no. Los motivos, eso sí, pueden reprocharse. Y si la pena se justifica en el reproche, es que se está castigando retributivamente.

Desde esta óptica, la insistencia del ejecutivo en calificar este hecho cobra mucho más sentido: La idea de que las penas especialmente altas de esta legislación pueden justificarse mediante las duras calificaciones que recaen en el autor sólo es razonable si se presupone que, a un mayor reproche, a un mayor grado de culpa del agente, corresponde una respuesta punitiva más severa.

En contraste, y sin desmedro de lo previamente dicho, no puede obviarse que el fundamento principal de este mensaje lo constituye la protección de bienes jurídicos, idea inescapablemente relativa a la que el mensaje vuelve en quince oportunidades en el espacio de sus seis páginas.

Así, se justifica el aumento de penas que supone la legislación antiterrorista “por cuanto a través de estas acciones violentas encaminadas a destruir los cimientos de la institucionalidad democrática se afectan bienes jurídicos individuales que constituyen, a la vez, ‘derechos humanos fundamentales’ indispensables para la vida en sociedad”<sup>35</sup> enumerándose entre ellos la vida, la integridad física y psíquica y la libertad personal.

No considerándose a la propiedad como uno de estos “derechos humanos fundamentales”, el ejecutivo considera inadecuada su protección a través de la legislación antiterrorista, y propone excluirla de ella, señalando que “La no inclusión de la propiedad como uno de los bienes jurídicos directamente protegidos por la legislación antiterrorista, responde justamente a la necesidad de respetar los principios de proporcionalidad y ultima ratio”<sup>36</sup>.

Con esto, el ejecutivo ha generado un orden de prelación entre ciertos bienes jurídicos, considerando a la propiedad como un bien jurídico no fundamental.

---

<sup>35</sup> Santiago, 3 de julio de 2006. Mensaje 185-354. Boletín 4298-07. Página 5.

<sup>36</sup> Santiago, 3 de julio de 2006. Mensaje 185-354. Boletín 4298-07. Página 5 y 6.

III.1.B “Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal en materia de seguridad ciudadana, y refuerza las atribuciones preventivas de las policías.”<sup>37</sup> En adelante “modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal en materia de seguridad ciudadana, y refuerza las atribuciones preventivas de las policías”.

En primer lugar, este mensaje es bastante claro, aunque no explícito, en que el enfoque de algunas de sus disposiciones consiste en la eliminación de factores de riesgo social, es decir, de personas calificadas de peligrosas.

Así, el proyecto se presenta como resultado de un estudio en que “el Ministerio del Interior en conjunto con el Ministerio de Justicia, analizaron la forma en que las normas del nuevo proceso penal están siendo aplicadas, con el objeto de detectar aquellas situaciones que permitan que delincuentes habituales o peligrosos se encuentren en libertad o la recuperen fácilmente, y propongan aquellas modificaciones legales que den solución a esas falencias”<sup>38</sup>.

Este enfoque en la peligrosidad reaparece, luego, en los contenidos del proyecto, donde la reincidencia se vincula expresamente con la sensación de inseguridad, concluyéndose que, “Por ello, el presente proyecto de ley busca sancionar de manera más enérgica a aquellos que cometen delitos graves de manera reiterada.”<sup>39</sup> Esto mediante la orden de no considerar a su respecto el grado más bajo de la pena y la limitación de las atenuantes que podrían funcionar en su beneficio<sup>40</sup>, significándole un encierro más prolongado al condenado que, por reiterar, se presenta como más riesgoso.

En la misma línea, al justificar sus disposiciones respecto de la mantención en prisión del detenido cuya detención fue declarada ilegal mientras se tramita la apelación<sup>41</sup>, se justifica señalando que “De esta forma, *imputados eventualmente peligrosos*, cuya detención se

---

<sup>37</sup> Santiago, 7 de julio de 2006. Mensaje 188-354. Boletín 4321-07.

<sup>38</sup> Santiago, 7 de julio de 2006. Mensaje 188-354. Boletín 4321-07. Página 2.

<sup>39</sup> Santiago, 7 de julio de 2006. Mensaje 188-354. Boletín 4321-07. Página 5.

<sup>40</sup> Santiago, 7 de julio de 2006. Mensaje 188-354. Boletín 4321-07. Página 5 y 6.

<sup>41</sup> Apelación que este proyecto crea al efecto para ciertos delitos.

encuentra cuestionada, no saldrán en libertad mientras el tribunal de alzada no se haya pronunciado”<sup>42</sup>.

Similar disposición y justificación se encuentran más adelante en el mensaje respecto de la resolución que niega o revoca la prisión preventiva, proponiéndose que el imputado no recupere su libertad mientras ésta no se encuentre firme<sup>43</sup>.

En ambos casos, el ejecutivo es claro en cuanto a que prioriza el control del riesgo futuro y eventual que representa la libertad del imputado frente a la legalidad y justicia del acto o resolución que le otorga ese control, pues insiste en mantener en el encierro a quien se ha declarado debe estar en libertad.

Ahora bien, sin desmedro de esta visible inspiración preventivo especial, el mensaje puede leerse distinto, vista su especial atención al sentir ciudadano. Desde este prisma, el mensaje es desde el inicio interesante, por cuanto, luego del saludo de forma a la cámara, comienza afirmando que “Pese a todos los avances que nuestro país ha logrado en materia de modernización de su sistema de enjuiciamiento criminal; de la eficiente gestión del Ministerio Público en la persecución penal; la variada legislación aprobada por todos los sectores políticos representados en el Congreso Nacional; y el reforzamiento humano y material de las policías, la ciudadanía da señales de temor subjetivo ante el actuar de la delincuencia, que hace necesario introducir mejoras en el sistema, destinadas a reprimir con mayor energía al delito y disminuir esa sensación de temor”<sup>44</sup>.

Mediante este inicio y durante toda su extensión, el mensaje es transparente respecto a que se está legislando en respuesta a un sentimiento. Un sentimiento que puede que no comparta siquiera, pues comenzar el mensaje señalando que, pese a la larga lista de medidas objetivas concretas que se citan, la ciudadanía aun da señales de temor implica no solo reconocerlo como un sentimiento sino limitarlo a eso, pues toda evidencia indicaría lo contrario.

---

<sup>42</sup> Santiago, 7 de julio de 2006. Mensaje 188-354. Boletín 4321-07. Página 8 y 9. Énfasis agregado.

<sup>43</sup> Santiago, 7 de julio de 2006. Mensaje 188-354. Boletín 4321-07. Página 10.

<sup>44</sup> Santiago, 7 de julio de 2006. Mensaje 188-354. Boletín 4321-07. Página 1. El subrayado es mío.

En sus contenidos, el mensaje señala que “Una de las principales causas de la sensación de inseguridad se encuentra en el hecho de que un porcentaje importante de los delincuentes que cometen delitos graves son reincidentes en los mismos hechos.

Por ello, el presente proyecto de ley busca sancionar de manera más enérgica a aquellos que cometen delitos graves de manera reiterada”<sup>45</sup>. En esta cita se justifica, abiertamente, el aumento de una pena en su impacto en la sensación de inseguridad ciudadana, sin referencia alguna a su merecimiento o a su efecto concreto sobre el crimen, que podría verse inalterado.

De forma igualmente explícita, el mensaje se refiere a la ilegalidad de la detención, señalando que, si bien “el número de detenciones declaradas ilegales es porcentualmente pequeño; sin embargo, el que dicha declaración pueda incidir en causas por delitos graves, lesiona la política criminal del estado y produce desconfianza -a nuestro juicio injustificada- en la judicatura”<sup>46</sup>.

Aquí, el ejecutivo es nuevamente transparente respecto a que ni siquiera comparte el diagnóstico ciudadano de desconfianza en la judicatura y en que, aun si lo hiciera, el problema es porcentualmente poco relevante, pero, no obstante eso, ya que ese diagnóstico existe, y que lesiona “la política criminal del estado”, el gobierno propone y justifica una medida según la cual un detenido por ciertos delitos cuya detención fue declarada ilegal permanecerá detenido mientras se tramita su apelación, que el mensaje crea al efecto. Así, aun aquel cuya detención ha sido declarada ilegal permanecería encerrado con el propósito expreso de producir sentimientos reconfortantes a la ciudadanía.

Con esto a la vista, si bien es cierto que esta medida, así como aquella referente a la revocación de la prisión preventiva, constituyen a mi juicio un ejemplo de Prevención Especial Negativa<sup>47</sup>, lo que propongo es recontextualizar el mensaje como un mero *uso* de la Prevención Especial Negativa, sin necesidad de que exista un compromiso ideológico real con ella, bastando su

---

<sup>45</sup> Santiago, 7 de julio de 2006. Mensaje 188-354. Boletín 4321-07. Página 5.

<sup>46</sup> Santiago, 7 de julio de 2006. Mensaje 188-354. Boletín 4321-07. Página 8.

<sup>47</sup> Pues se acompañaba con “De esta forma, imputados eventualmente peligrosos, cuya detención se encuentra cuestionada, no saldrán en libertad mientras el tribunal de alzada no se haya pronunciado” Santiago, 7 de julio de 2006. Mensaje 188-354. Boletín 4321-07. Página 9.



mera adopción transitoria con tal de lograr algún fin político inmediato, a determinarse con el conjunto los proyectos en estudio.

III.1.C “Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que modifica el Código de Justicia Militar.”<sup>48</sup> En adelante “modifica el Código de Justicia Militar”.

Este mensaje resulta interesante por cuanto señala desde el principio que la justificación esgrimida en el pasado a favor de la pena de muerte se corresponde con la Prevención General Negativa, es decir, castigar con la muerte lograría la máxima disuasión frente a determinadas conductas punibles.

Sin embargo, este argumento se contesta en el mismo mensaje entendiendo que “la disuasión a través de la imposición de penas sobre personas supone una utilización instrumental de las mismas, menoscabando su dignidad humana”<sup>49</sup>, llegándose tan lejos como para decir que “La utilización de una persona humana como medida político criminal no sólo no es respetuosa de los derechos fundamentales sino también deslegitima el orden punitivo.”<sup>50</sup>

Así, puede observarse como el lenguaje del ejecutivo está aquí muy ligado al de las teorías absolutas. No sólo se está despreciando el uso de la persona penada como vehículo para lograr un fin político criminal, por constituir a su vez un desprecio a la dignidad de ésta, sino que se emplean además ideas inescapablemente kantianas, pues lo que se denuncia es, justamente, el uso de la pena y, por extensión, del ciudadano penado, como medio (y no como fin en sí mismo) para alcanzar un fin social que le es ajeno, la intimidación de otros.

No obstante, el segundo punto de interés del mensaje radica justamente en que, si bien en efecto se utiliza la objeción retribucionista a la pena como prevención, por cuanto sería indigna instrumentalización humana, a este argumento se acompaña su ineficacia preventiva, pues los tribunales se resistían a aplicarla y, cuando lo hacían, la ejecución tenía tal repercusión pública

---

<sup>48</sup> Santiago, 22 de junio de 2007. Mensaje N°369-355. Boletín 5159-07.

<sup>49</sup> Santiago, 22 de junio de 2007. Mensaje N°369-355. Boletín 5159-07. Página 7

<sup>50</sup> Santiago, 22 de junio de 2007. Mensaje N°369-355. Boletín 5159-07. Página 7

que lograba que la población se compadecía del condenado, menoscabando su efecto intimidatorio.

Adicionalmente, se argumenta en el mismo mensaje que la pena de muerte “va en directa contradicción con otros fines políticos criminales que se discuten en nuestro país. Tal es el caso de las políticas de reinserción y readaptación social, apelando a un sistema penitenciario que procure no sólo un bienestar individual sino también social, disminuyendo la posibilidad de reincidencia en la comisión de delitos”<sup>51</sup>. Así, llegado a este punto del mensaje, se rechaza el carácter Preventivo General Negativo de la pena de muerte no ya por la objeción retributiva a la prevención, sino por impedir los fines preventivo-especiales que se privilegian.

Se afirma que “Ciertamente, un sistema penal que permite la eliminación de uno de sus miembros no aspira a que el delincuente pueda reintegrarse a la sociedad”<sup>52</sup>. Con esto, el mismo gobierno pone en conflicto los incentivos de la Prevención General Negativa con los de la Prevención Especial Positiva, pues las medidas que producirían la máxima intimidación impedirían la reinserción y la readaptación social, que se privilegian.

En tercer lugar, si nos detenemos momentáneamente en estos nuevos objetivos a los que el mensaje dice dirigirse, resulta sumamente interesante que, a la vez que se argumenta en contra de la pena de muerte por cuanto va en directa contradicción con la reinserción y readaptación social, que pretende disminuir la reincidencia procurando a los condenados no solo un bienestar individual sino también social<sup>53</sup>, se sustituya esta por el presidio militar perpetuo calificado, que, al igual que su contraparte civil, por su naturaleza misma<sup>54</sup> impedirá la readaptación social del condenado en virtualmente todos los casos<sup>55</sup>.

Todos estos elementos considerados, el rechazo del ejecutivo a la pena de muerte es inequívoco, pero sus motivos poco claros:

---

<sup>51</sup> Santiago, 22 de junio de 2007. Mensaje N°369-355. Boletín 5159-07. Página 8

<sup>52</sup> Santiago, 22 de junio de 2007. Mensaje N°369-355. Boletín 5159-07. Página 8.

<sup>53</sup> Santiago, 22 de junio de 2007. Mensaje N°369-355. Boletín 5159-07. Página 8.

<sup>54</sup> Pues la libertad condicional solo podrá proceder pasados, a lo menos, 40 años de privación de libertad efectiva.

<sup>55</sup> Santiago, 22 de junio de 2007. Mensaje N°369-355. Boletín 5159-07. Página 17.

Es difícil creer en su uso de la objeción kantiana, pues el resto de su argumentación impide pensar en que se inspire ideológicamente en alguna teoría absoluta que alimente la objeción, pues si se pena en aras de obtener un bienestar “individual y social” que permita bajar las tasas de reincidencia, la instrumentalización de la persona humana para la obtención de fines político-criminales esta aun presente, si bien en un formato más gentil.

Por otro lado, aun ese compromiso es cuestionable, pues dada la persistencia de penas privativas de libertad lo suficientemente extensas para descartar que sean justificadas en la rehabilitación social, su justificación recaería presumiblemente en la misma Prevención General Negativa que se denuncia.

III.1.D “Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que se inicia un proyecto de ley tendiente a modificar la Ley N° 18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad.”<sup>56</sup>, en adelante “modifica la Ley N° 18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad”.

A primera vista este mensaje, también, se refiere de forma explícita y favorable a la Prevención Especial Positiva, pues al referirse a las medidas alternativas señala que “existe consenso en cuanto a su rol en la reinserción social de las personas condenadas por delitos, evitando por su intermedio la formación de carreras delictivas”<sup>57</sup>. Les concede entonces, un doble papel: “servir como una real herramienta en el ámbito preventivo especial, esto es de reinserción, y ser un arma efectiva en el control del delito.”<sup>58</sup>

Por otro lado, si se mira con detenimiento lo dicho, lo que en realidad se afirma en este mensaje no es que la pena cumpla un rol preventivo especial, al menos no la de prisión, sino lo contrario.

---

<sup>56</sup> Santiago, 31 de marzo de 2008. Mensaje 66-356. Boletín 5838-07.

<sup>57</sup> Santiago, 31 de marzo de 2008. Mensaje 66-356. Boletín 5838-07. Página 1.

<sup>58</sup> Santiago, 31 de marzo de 2008. Mensaje 66-356. Boletín 5838-07. Página 1.

Al vincular las salidas alternativas a la prisión con la reinserción, afirmando que así se evita la formación de carreras delictivas, lo que se implica es que la prisión misma dificultaría la Prevención Especial Positiva, que fomentaría esas carreras delictivas. Solo entonces es razonable liberar de ella a quienes se anhela reinsertar y solo entonces puede decirse que se constituyen como un mecanismo de control del delito<sup>59</sup>. Consecuentemente con esta idea, se menciona más adelante que este sistema sería una oportunidad para una delincuencia menor, no procediendo la libertad vigilada para los delitos especialmente graves o de alta connotación social<sup>60</sup> que, presumiblemente, serían penados con otros objetivos.

Quien sostenga simultáneamente que la cárcel es criminógena y que a ciertos delitos hay que castigarlos con ella esta activamente renunciando a la reinserción como justificación de la pena de cárcel. Y es que, al afirmar, refiriéndose a las medidas alternativas, que existe consenso en cuanto a su rol en la reinserción toda vez que evitan la formación de carreras delictivas que de otro modo se formarían, se le asigna a la pena privativa de libertad características criminógenas inherentes que hacen incompatible que, mediante la misma pena, se intimide y se reinserte.

Resulta elocuente, también, la vinculación que se hace entre la reinserción y la voluntad. En el mensaje en comento se hace referencia a las medidas alternativas como una “oportunidad” para un tipo de delincuencia menor y a como esta tendería a lograr los “anhelos de reinserción y alternativa a la prisión”, con lo que se ahonda en la incompatibilidad práctica de los fines Preventivo Especial Positivo con los Preventivo Especial Negativo y Preventivo General Negativo, pues se crea en la práctica dos sistemas penales diferentes: el de aquel que acepta la oportunidad que se le ofrece y el de aquel al que no se le ofrece o no que no la acepta, pero que es aún penado.

---

<sup>59</sup> Santiago, 31 de marzo de 2008. Mensaje 66-356. Boletín 5838-07. Página 2.

<sup>60</sup> Santiago, 31 de marzo de 2008. Mensaje 66-356. Boletín 5838-07. Páginas 2 y 3.

III.1.E “Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley sobre delitos militares y sus penas.”<sup>61</sup>, en adelante “sobre delitos militares y sus penas”.

Este corto mensaje destaca dado que contiene un infrecuente gesto a la Prevención General Positiva pues, entre otros objetivos, pretendía crear un nuevo catálogo de delitos y penas militares, configurando “un sistema que excluye a la muerte como sanción punitiva y que privilegia la privación de libertad como mecanismo de castigo.”<sup>62</sup>

Pero, para conductas de menor lesividad, se contempló aplicar como principal la pena de pérdida del estado militar, Pretendiendo con ello “castigar conductas de menor lesividad penal pero que exigen una sanción que despliegue *consecuencias simbólicas lo suficientemente importantes para mantener el orden y la disciplina* dentro de los cuerpos armados.”<sup>63</sup>

Esta función simbólica podría describirse, en palabras de Roxin (1997, P. 91), como “la conservación y el refuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico”. Es decir, la reafirmación del derecho, el restablecimiento del orden.

III.1.F “Mensaje de S.E. el Vicepresidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que aumenta en un grado la pena del delito de falsa alarma, cuando ocasione tumulto, conmoción pública o altere la seguridad o el orden público.”<sup>64</sup> En adelante “aumenta en un grado la pena del delito de falsa alarma, cuando ocasione tumulto, conmoción pública o altere la seguridad o el orden público”

Este mensaje resulta interesante por cuanto se manifiesta que la pena del delito de falsa alarma es más bien menor “ya que, por tratarse de una situación falsa, la afectación al bien jurídico no es de gran intensidad”<sup>65</sup> y, no obstante ese entendimiento, se argumenta que la reiterada

---

<sup>61</sup> Santiago, 29 de septiembre de 2009. Mensaje 1256-357. Boletín 6734-02.

<sup>62</sup> Santiago, 29 de septiembre de 2009. Mensaje 1256-357. Boletín 6734-02. Página 4.

<sup>63</sup> Santiago, 29 de septiembre de 2009. Mensaje 1256-357. Boletín 6734-02. Página 5. Énfasis agregado.

<sup>64</sup> Santiago, 30 de noviembre 2009. Mensaje 1639-357. Boletín 6791-06.

<sup>65</sup> Santiago, 30 de noviembre 2009. Mensaje 1639-357. Boletín 6791-06. Página 2.

instalación de bombas reales y de falsos avisos, a la fecha del mensaje, han generado un clima de inseguridad en la población y un extenso despliegue de seguridad, que cuando resulta deberse a avisos falsos se transforman en pérdidas cuantiosas de recursos<sup>66</sup> y “En consideración a todo lo anterior es que el proyecto de ley que someto a vuestra consideración pretende complementar el tipo penal del artículo 268 bis, elevando en un grado la pena”<sup>67</sup>.

El mensaje no ahonda más en su justificación, pero su uso de “en consideración a todo lo anterior” denota causalidad, es decir, que es debido a que esta situación genera temor y es costosa que se le va a elevar la pena, y dado que expresamente se nos dijo que la gravedad de la conducta es menor, pues la afectación al bien jurídico no es de gran intensidad, entonces su razonamiento solo puede dotarse de sentido si se entiende que la pena reforzada pretende desincentivar la conducta penada, pues sólo entonces se puede aspirar a disminuir el temor y dejar de malgastar esos recursos, que son los motivos con que se justificó la medida. La medida entonces se justifica mediante la Prevención General Negativa.

Ahora bien, cuando en el mensaje se reconoce, expresamente, que la afectación del bien jurídico de la falsa alarma no es de gran intensidad, siendo justamente por ello la pena más bien baja, esa es una consideración de “justicia”<sup>68</sup>.

Pero, inmediatamente después de señalar esto, se justifica aumentar la pena de un delito que, de nuevo, se reconoce que afecta el bien jurídico correspondiente de forma poco intensa, en el clima de inseguridad y cuantiosa pérdida de recursos que ocasionan los frecuentes avisos de bomba, falsos y reales, al tiempo del mensaje.

De esta forma, no solo se está optando por la Prevención General Negativa por sobre criterios retributivos que el mismo mensaje menciona, sino que, abiertamente, se está renunciando al límite de la culpa en orden de aumentar la capacidad intimidatoria de la pena, y con ello, la

---

<sup>66</sup> Santiago, 30 de noviembre 2009. Mensaje 1639-357. Boletín 6791-06. Página 2.

<sup>67</sup> Santiago, 30 de noviembre 2009. Mensaje 1639-357. Boletín 6791-06. Página 2.

<sup>68</sup> En el sentido que Vallejo emplea el término.

expectativa preventiva de la misma, con lo que se descarta, además, la presencia de un compromiso con una teoría mixta.

Adicionalmente, el mensaje bien podría interpretarse como un nuevo “uso” de la Prevención General Negativa, toda vez que sus medidas se justifican tanto en los recursos públicos que se pierden como en que se ocasiona “un clima de inseguridad en la población ante un eventual atentado explosivo”<sup>69</sup>, pudiendo entenderse este proyecto como un acto de aseguramiento cognitivo destinado no ya al delincuente presente o potencial, sino al electorado. La pena sería solo un medio, carente de carga ideológica.

III.1.G “Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que se inicia un proyecto de ley 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”<sup>70</sup>. En adelante “facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos”

Este mensaje también adopta un compromiso con la Prevención Especial Positiva, señalando entre sus ejes uno de “institucionalidad para la reinserción”, que introduce de la siguiente forma: “no basta con medidas más rigurosas, sino que también se requiere legislar con miras a la reinserción en la sociedad”<sup>71</sup>, señalándose la próxima presentación de un nuevo proyecto que creará la “institucionalidad para el trabajo de reinserción y reintegración de los condenados. De esta manera, aquellos que tengan la voluntad de salir del circuito delictual tendrán la posibilidad de hacerlo”<sup>72</sup>

Sin desmedro de esta manifestación de intención, el citado eje de “institucionalidad para la reinserción” se constituye de solo tres párrafos en un documento de veintitrés páginas que

---

<sup>69</sup> Santiago, 30 de noviembre 2009. Mensaje 1639-357. Boletín 6791-06. Página 2.

<sup>70</sup> Santiago, 23 de enero de 2015. Mensaje 1167-362. Boletín 9885-07.

<sup>71</sup> Santiago, 23 de enero de 2015. Mensaje 1167-362. Boletín 9885-07. Página 6.

<sup>72</sup> Santiago, 23 de enero de 2015. Mensaje 1167-362. Boletín 9885-07. Página 6. Estableciéndose como en el anterior una dimensión volitiva que implica dos sistemas.

emplea el resto de su espacio de otra manera, reforzándose la idea de dos sistemas, pero marcando una notable primacía de uno de ellos. Si la rehabilitación y reintegración son voluntarias, en circunstancias que la pena no lo es, la razón por la que se pena a quienes no participan de esa voluntad no puede ser la Prevención Especial Positiva, y este proyecto ahonda en la alternativa.

Se inicia declarando que ha habido un aumento de la actividad criminal y de la sensación de inseguridad y que “es sabido” que un pequeño grupo de reincidentes son los responsables de la mayoría de los delitos de mayor connotación social. Justifica, además, su especial atención en los delitos contra la propiedad por apropiación en que serían los de mayor ocurrencia y los que afectan en mayor medida a la población, lo que sostiene con estadísticas<sup>73</sup>.

Más adelante, en los objetivos del proyecto, se apunta expresamente a que las modificaciones legales propuestas pretenden intervenir en los factores “que la investigación criminológica estima podrían vincular el funcionamiento de los sistemas penales con el aumento o la disminución de la actividad criminal”<sup>74</sup>, señalando entre estos factores:

1) La modificación del sistema de determinación de penas para delitos contra la propiedad, de modo que los responsables reciban “la pena prevista por la ley”. 2) La imposición de una pena mínima de un año de privación de libertad seguida de una pena sustitutiva para los primerizos condenados por robo con violencia y robo con fuerza en lugar habitado. 3) La imposición de penas más severas, tales que impidan acceder a los beneficios de la ley 18.216, a los reincidentes por estos delitos, entre otras<sup>75</sup>.

Así, se concluye con meridiana claridad, este proyecto apunta a establecer “las bases normativas que permitan aumentar la probabilidad de que los responsables de los delitos de mayor connotación social y, especialmente, robos y hurtos, sean objeto de condenas efectivas, se impongan éstas por el tiempo que la ley establece y se pueda distinguir adecuadamente entre primerizos y reincidentes, para ofrecer a los primeros tratamientos en libertad y a los

---

<sup>73</sup> Santiago, 23 de enero de 2015. Mensaje 1167-362.Boletín 9885-07. Página 1, 2 y 3.

<sup>74</sup> Santiago, 23 de enero de 2015. Mensaje 1167-362.Boletín 9885-07. Página 7.

<sup>75</sup> Santiago, 23 de enero de 2015. Mensaje 1167-362.Boletín 9885-07. Página 7.



segundos, imponerles las penas y medidas de seguridad que corresponden al peligro de reiteración de nuevos delitos”<sup>76</sup>.

Consecuentemente, y sin nunca llamarla por su nombre, este mensaje se constituye como una especie de listado de las características de la Prevención Especial Negativa. Como toda prevención especial, se enfoca en el delincuente mismo, pues se espera que el actuar sobre éste contribuya a disminuir la actividad criminal, de la que se declara es uno de los pocos pero reiterativos responsables. La especial atención que se coloca en la peligrosidad, por sobre el grado de injusto, así como la preponderancia de las medidas de seguridad, evocan fuertemente las ideas de Lombroso y Ferri, mientras que el trato diferenciado que se hace entre reincidentes y primerizos, por la expresa razón de corresponderse con su “peligro de reiteración” apunta directamente a las ideas de von Liszt, según las cuales es necesario que la pena intimide a los delincuentes potenciales, corrija a los consumados y neutralice a los irrecuperables.

Por lo demás, la importancia que se da a la estadística también encuentra su origen en estas teorías, siendo resaltada especialmente por Ferri, que veía en ella evidencia de una peligrosidad latente, y por el mismo von Liszt, que fundaba en ella el quantum de la pena, pues al no existir una fundamentación metafísica de lo “merecido”, consideraba una inexcusable exigencia que ésta se adecuara a su fin, es decir, a cuanto sea necesario para proteger el bien jurídico del que se trate.

Que esta prevención especial es negativa, por lo demás, no puede dudarse. Además de limitar la procedencia de circunstancias atenuantes, establecer penas mínimas para los primerizos, agravar las de los reincidentes y limitar las salidas alternativas, los objetivos del proyecto se definen como “medidas que procuren impedir la ejecución de nuevos ilícitos mediante la captura, aplicación efectiva de las penas y la consiguiente permanencia de quienes los

---

<sup>76</sup> Santiago, 23 de enero de 2015. Mensaje 1167-362. Boletín 9885-07. Página 9.

cometen, sujetos a penas privativas de libertad”<sup>77</sup>. Esto es, evidentemente, la inocuización violenta del delincuente.

Es especialmente elocuente, además, que se restrinja la procedencia de las penas sustitutivas a la privación de libertad que en otros mensajes se asocian tan fuertemente con la Prevención Especial Positiva, aumentando la distancia entre esos objetivos y los de este proyecto. Si por un lado se asigna a la cárcel una inherente estigmatización y contacto criminógeno y se vincula la ley 18.216 con la reinserción, mientras que por otro se limita la procedencia de ésta, evidentemente no se está apuntando a lograr esa reinserción. La contradicción está a la vista.

Es en este esfuerzo preventivo que se proponen, entre otras medidas, la imposición de penas mínimas, privativas de libertad, para los infractores primerizos, la imposición de penas agravadas para los reincidentes, “que reduzcan las posibilidades de acceder a los beneficios de la ley Nº 18.216”<sup>78</sup>, la limitación de la concesión de salidas alternativas como el principio de oportunidad y la suspensión condicional del procedimiento, a una vez cada cinco años y la imposición de un límite al otorgamiento de la libertad condicional a los responsables de ciertos delitos de robo, entre los que se encuentra el robo por sorpresa y el de cajeros automáticos, hasta el cumplimiento de dos tercios de su condena.

Esta última medida es especialmente expresiva, pues esa limitación, que contraviene la regla general, que corresponde a la mitad de la condena, se justifica en nuestra legislación en la especial gravedad de ciertos delitos que se estiman especialmente atroces. Así lo reconoce también el mensaje en comento, señalando que se “debe recordar que bajo nuestra legislación los condenados por delitos especialmente relevantes y graves, tales como parricidio, homicidio calificado, robo con homicidio, violación con homicidio, violación de menores de 14 años, manejo en estado de ebriedad causando la muerte, sólo pueden optar a este beneficio cuando cumplan dos tercios de la condena, por lo que parece razonable incluir entre estos a los delitos de robo antes mencionados”<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> Santiago, 23 de enero de 2015. Mensaje 1167-362. Boletín 9885-07. Página 3.

<sup>78</sup> Santiago, 23 de enero de 2015. Mensaje 1167-362. Boletín 9885-07. Página 7.

<sup>79</sup> Santiago, 23 de enero de 2015. Mensaje 1167-362. Boletín 9885-07. Página 14.

Con todo esto a la vista, resulta especialmente interesante la inclusión propuesta, pues sugerir que la gravedad de delitos como el robo por sorpresa y el robo de cajeros automáticos está a la par con la de delitos como el robo con homicidio o la violación de menores de 14 años no solo no parece razonable, sin importar que así se afirme, sino también se contrapone abiertamente con el juicio de prelación contenido en un mensaje anteriormente visto, del mismo gobierno, que estimó la propiedad como un bien jurídico menor.

Y si el bien jurídico se reconoce menor, y no obstante se propone aumentar la pena y reducir los beneficios, y con ellos la posibilidad de reinserción, entonces la pena propuesta se impone en desmedro de y por sobre la culpa, y en directa contradicción con la posibilidad de una teoría mixta.

Hasta aquí, el mensaje parece ser un ejemplo claro de Prevención Especial Negativa, y esta teoría sin duda influye poderosamente en su contenido, más también aquí la invitación es a leerlo no ya como un *compromiso* con ésta, sino como un mero uso.

Cuando el mensaje abre señalando que “El aumento de la actividad criminal y de la *sensación de inseguridad* por parte de la ciudadanía, medido a través de encuestas de victimización y tasas de denuncia, hacen necesario combatir los delitos de mayor connotación social”<sup>80</sup>, no obstante mencionarse un “aumento en la actividad criminal” como algo concreto y en principio independiente de la sensación de inseguridad, no deja de ser relevante que se presenten ambas cosas como igualmente causantes de la nueva legislación. Aun si no es su sola razón, la invocación de sensaciones y encuestas, así como el rótulo “de mayor connotación social”, mucho más frecuente de lo que puedo permitirme citar, denotan un esfuerzo legislativo de cara al electorado.

Ahondando en esa idea, se señala luego “Existe en Chile una *sensación de inseguridad*, de acuerdo a los últimos estudios; por ello, debemos hacernos cargo de dicha situación”<sup>81</sup>, presentándose esa sensación ciudadana como motivo suficiente para legislar penalmente. Así

---

<sup>80</sup> Santiago, 23 de enero de 2015. Mensaje 1167-362. Boletín 9885-07. Página 1. Énfasis agregado.

<sup>81</sup> Santiago, 23 de enero de 2015. Mensaje 1167-362. Boletín 9885-07. Página 2. Énfasis agregado.

también, el mensaje es claro respecto a que actúa respondiendo a una demanda ciudadana, volviendo repetidas veces sobre frases como “Los delitos de mayor ocurrencia y que *afectan en mayor medida a la ciudadanía* son los delitos contra la propiedad por apropiación”<sup>82</sup>, “Una categoría delictual que incide fuertemente en la *percepción de inseguridad* corresponde a los robos con violencia o intimidación”<sup>83</sup> y “En consecuencia, *existe una necesidad ciudadana* absolutamente transversal de que esta categoría de delitos debe ser intervenida con medidas que procuren impedir la ejecución de nuevos ilícitos mediante la captura, aplicación efectiva de las penas y la consiguiente permanencia de quienes los cometen, sujetos a penas privativas de libertad.”<sup>84</sup>

Adicionalmente, la directa referencia que se hace a etiquetas propias de los medios de comunicación masivos, como es la limitación de las salidas alternativas como un intento por “trancar la llamada puerta giratoria”<sup>85</sup> o de las medidas de reclusión parcial como uno para terminar “con la llamada cuenta corriente”<sup>86</sup> da cuenta de un lenguaje originado desde y orientado hacia la pantalla, que denota un especial interés en la percepción y respuesta ciudadana, que presiona usando esos mismos términos.

De esta forma, el proyecto se justifica políticamente en cuanto respuesta a este diagnóstico y exigencia ciudadana. Es esa exigencia, y no un genuino compromiso con la prevención general o especial, lo que justifica en la práctica la limitación de la procedencia de las circunstancias atenuantes, la de la libertad condicional y las salidas alternativas, la imposición de penas mínimas para los primerizos y la agravación de las de los reincidentes, expresamente diseñada para impedir la aplicación de la ley 18.216<sup>87</sup>, entre otras medidas.

De hecho, como si para disipar toda duda de que este proyecto nace como un modo de influir en el sentir ciudadano, la limitación de las circunstancias atenuantes se justifica luego, en que “Con ello, *se otorga una meridiana certeza a la población* de que la pena legal tiene un reflejo

---

<sup>82</sup> Santiago, 23 de enero de 2015. Mensaje 1167-362. Boletín 9885-07. Página 2. Énfasis agregado.

<sup>83</sup> Santiago, 23 de enero de 2015. Mensaje 1167-362. Boletín 9885-07. Página 3. Énfasis agregado.

<sup>84</sup> Santiago, 23 de enero de 2015. Mensaje 1167-362. Boletín 9885-07. Página 3. Énfasis agregado.

<sup>85</sup> Santiago, 23 de enero de 2015. Mensaje 1167-362. Boletín 9885-07. Página 8.

<sup>86</sup> Santiago, 23 de enero de 2015. Mensaje 1167-362. Boletín 9885-07. Página 9.

<sup>87</sup> Santiago, 23 de enero de 2015. Mensaje 1167-362. Boletín 9885-07. Página 7 a 9.

en la pena concreta que recibirá el condenado y que esta no se ha visto alterada, como ocurre dramáticamente en algunos casos, impidiendo cumplir con una finalidad de prevención general eficiente”<sup>88</sup>.

III.1.H “Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales”<sup>89</sup>. En adelante “regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales”

Este mensaje, por su parte, correspondiente a su segundo gobierno, implica una concepción retributiva de la pena<sup>90</sup> en algunas de sus líneas.

El mensaje explica cómo en situaciones de riesgo para la vida de la madre, de inviabilidad fetal o de un embarazo producto de una violación, la amenaza de una pena privativa de libertad pondría a las mujeres afectadas en una disyuntiva imposible.

Así también, se reconoce en el mensaje que el estado no puede, en estas situaciones extremas, imponer una decisión a las mujeres, ni penalizarlas, sino entregarles alternativas que respeten su voluntad y sus derechos. En la sección de fundamentos, este argumento se complementa señalando que esta situación afecta desproporcionadamente a quienes se encuentran en mayor vulnerabilidad social, económica y cultural y que “La prohibición absoluta de interrumpir el embarazo no reconoce que existen circunstancias en las cuales no es exigible a una mujer, por medio de la amenaza de una pena privativa de libertad, que continúe un embarazo”<sup>91</sup>.

Esta idea se repite, más adelante, respecto de la justificación particular de la tercera causal, de violación, señalándose que “la mujer se encuentra embarazada por un acto realizado contra o

---

<sup>88</sup> Santiago, 23 de enero de 2015. Mensaje 1167-362. Boletín 9885-07. Página 11. Énfasis agregado.

<sup>89</sup> Santiago, 31 de enero 2015. Mensaje 1230-362. Boletín 9895-11

<sup>90</sup> O una mixta que adopta algunos de sus criterios, posibilidad que se considerará más adelante.

<sup>91</sup> Santiago, 31 de enero 2015. Mensaje 1230-362. Boletín 9895-11. Página 11.

sin su voluntad mediante violencia o coerción. En estas circunstancias no es posible exigir a la mujer la continuación del embarazo si es que ella no quiere mantenerlo debido a su origen”<sup>92</sup>.

En todos estos casos, el elemento central consiste en la imposibilidad de ejercer reproche sobre quien actuó empujado por circunstancias tan potentes que hacían imposible esperar, y menos aún exigir, otra conducta. En efecto, el aborto se despenalizaría en un set de tres circunstancias que el mismo ejecutivo califica como “situaciones extremas”<sup>93</sup> mientras que se alude explícitamente a la existencia de una disyuntiva y a la vulnerabilidad en que con frecuencia se encuentran quienes se enfrentan a ésta, argumentándose sobre la inexigibilidad de la conducta atípica en estos casos. Evidentemente, con esto se implica que, si la conducta no es exigible, o lo que es lo mismo, que, si la transgresión no es reprochable, la pena no debería aplicarse<sup>94</sup>.

No obstante, hay elementos adicionales que impiden afirmar la presencia de un compromiso ideológico completo con la retribución, siendo uno de ellos la ineficacia de la criminalización del aborto como método de prevención, pues no lo impedía en la práctica, ni podía hacerlo.

Es decir, se está ofreciendo como argumento para descriminalizar la interrupción del embarazo la circunstancia de que la pena no ha logrado desincentivar esa conducta, lo que solo es un

---

<sup>92</sup> Santiago, 31 de enero 2015. Mensaje 1230-362. Boletín 9895-11. Página 18.

<sup>93</sup> Santiago, 31 de enero 2015. Mensaje 1230-362. Boletín 9895-11. Página 3.

<sup>94</sup> Podría objetarse que la necesidad de reproche se refiere aquí al principio de culpabilidad, lo que correspondería al estudio de la teoría del delito y no reflejaría necesariamente una opinión acerca de la teoría de la pena. Así también, podría decirse que la conclusión de que, a falta de reproche la pena no puede aplicarse no es sino una manifestación de lo establecido en el artículo 10 N°9 de nuestro Código Penal, en que se exime de responsabilidad justamente por falta de culpa. A esto contesto que, primero, la teoría del delito no es necesariamente neutra en términos ideológicos, por lo que la presencia del principio de culpabilidad como uno de los pilares de la teoría del delito bien puede interpretarse como un reconocimiento al papel que juegan las teorías absolutas en el derecho penal. Segundo, el principio de culpabilidad en abstracto, así como el 10 N°9 del Código Penal en específico, operan sobre quien ha realizado una acción manifiestamente típica y antijurídica y se enfrenta a un tribunal en el que se le juzga en concreto, apreciándose sus excepcionales circunstancias para determinar si, no obstante eso, hay razones para estimarle irreprochable. Pero en el mensaje en estudio, además de ser, por definición, un acto legislativo y no jurisdiccional, se está apreciando la reprochabilidad como circunstancia previa y esencial para legitimar la existencia, y no la aplicación concreta, de una sanción estatal. Y se está eliminando una que se estima no cuenta con esa reprochabilidad.

argumento a favor de la descriminalización si se entiende que desincentivar el aborto era el objeto de la pena, o al menos uno de ellos<sup>95</sup>.

Así, el argumento legitima también la Prevención General Negativa, al llevar implícita la idea de que, si en efecto la pena pudiera impedirlo, sería razonable mantenerla, pero que no es el caso. Adicionalmente, se señalan las consecuencias negativas de la criminalización como argumentos para despenalizar<sup>96</sup>, lo que constituye una justificación heterónoma que excluye a las teorías absolutas, que no obstante inspiran el grueso de la argumentación.

III.1.1 “Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que tipifica el delito de corrupción entre particulares y modifica disposiciones del Código Penal.”<sup>97</sup> En adelante “tipifica el delito de corrupción entre particulares y modifica disposiciones del Código Penal”

Este mensaje, que crea el delito de corrupción entre particulares, amplía el tipo de negociación incompatible y endurece las penas de los delitos de soborno y cohecho, se presenta como el cumplimiento del compromiso de “impedir el tráfico de influencias, los conflictos de intereses y la corrupción en la política y en los negocios”<sup>98</sup>, que el gobierno asumió en el correspondiente discurso del 21 de mayo. Y si se trata de impedir en abstracto la realización de una conducta mediante el establecimiento de una pena, entonces claramente se pena en una lógica de Prevención General Negativa.

---

<sup>95</sup> Santiago, 31 de enero 2015. Mensaje 1230-362. Boletín 9895-11. Página 2.

<sup>96</sup> Como son las muertes que se podrían haber evitado de haber una ley de aborto y la incertidumbre que genera en los equipos médicos. Santiago, 3 de julio de 2006. Mensaje 185-354. Boletín 4298-07. Páginas 4-5 y 17 respectivamente.

<sup>97</sup> Santiago, 17 de junio de 2015. Mensaje 500-363. Boletín 10155-07.

<sup>98</sup> Santiago, 17 de junio de 2015. Mensaje 500-363. Boletín 10155-07. Página 1. Énfasis agregado.

III.1.J “Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que tipifica el delito de incitación a la violencia.”<sup>99</sup> En adelante “tipifica el delito de incitación a la violencia”

También aquí es posible apreciar una cierta influencia retribucionista, pues en él, primero, se justifica una sanción inferior para ciertas hipótesis de discurso de odio para las que “existen mecanismos menos severos que también constituyan un reproche legal”<sup>100</sup> y, segundo, se construye un supuesto agravado del delito de incitación a la violencia para responder a los casos en que el supuesto típico sea perpetrado por un funcionario en ejercicio o con ocasión de su cargo, justificándose esto de la siguiente forma: “*El reproche agravado* para los funcionarios públicos se funda en que el quebrantamiento del principio de igualdad y no discriminación infringe el deber de objetividad y trato igualitario y exento de discriminación que debe observar en sus decisiones y comportamiento la Administración”<sup>101</sup>.

Ahora bien, estas líneas no obstan a la presencia de otras teorías, encontrándose su justificación principal en un esfuerzo por limitar los efectos perniciosos de este tipo de discurso, que se estima peligroso y censurable, justificándose su peligrosidad en la generación de estereotipos negativos, del racismo, xenofobia e intolerancia que han sido el germen de genocidios y crímenes de lesa humanidad en un pasado que no se quiere repetir. La idea de reproche, aunque realmente presente, sólo justifica aquí medidas accesorias.

Así, la medida propuesta se justifica más que nada en la gravedad de las consecuencias eventuales de estos discursos y la enmarca como la manifestación local de una tendencia mundial, pues “los gobiernos democráticos en todo el mundo han hecho esfuerzos por limitar los efectos perniciosos que puede provocar este tipo de discurso”<sup>102</sup>, señalando más adelante que “La legislación que se haga cargo de los discursos que inciten a la violencia bajo la perspectiva del derecho penal debe ser una herramienta eficaz en el control de la barbarie que representa la

---

<sup>99</sup> Santiago, 4 de septiembre 2017. Mensaje 115-365. Boletín 11424-17

<sup>100</sup> Santiago, 4 de septiembre 2017. Mensaje 115-365. Boletín 11424-17. Página 4. El subrayado es mío.

<sup>101</sup> Santiago, 4 de septiembre 2017. Mensaje 115-365. Boletín 11424-17. Página 8. Énfasis agregado.

<sup>102</sup> Santiago, 4 de septiembre 2017. Mensaje 115-365. Boletín 11424-17. Página 2.



discriminación injustificada”<sup>103</sup>. En consecuencia, la creación de este nuevo tipo, que lleva asociado una pena, se entiende y justifica como un mecanismo para controlar una conducta pernicioso, desincentivándola.

### **III.2 GOBIERNOS DEL PRESIDENTE SEBASTIÁN PIÑERA ECHENIQUE (2010 A 2014 Y 2018 A LA FECHA DE ESTE TRABAJO)**<sup>104</sup>

III.2.A “Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que crea inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores y establece registro de dichas inhabilidades”<sup>105</sup>. En adelante “crea inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores y establece registro de dichas inhabilidades”.

Primero, en este mensaje apreciamos ideas potencialmente retribucionistas, como es la necesidad de legislar en la materia no obstante tratarse de un delito menos frecuente que otras categorías de delitos, debido a que se cometen con mayor frecuencia contra menores de edad y a la magnitud del daño sufrido por las víctimas<sup>106</sup>. Un poco más adelante, se señala que estos tipos lesionan más gravemente los bienes jurídicos y que, en consecuencia, la pena accesoria debe ser coherente con la gravedad de la pena principal<sup>107</sup>.

Sin embargo, esta no es, ni de cerca, la única consideración en juego, expresándose más adelante la necesidad de mejorar el sistema de penas con que se sancionan los delitos sexuales “como asimismo, la habilidad de éstas no sólo para lograr la reinserción del condenado, sino también, de minimizar el temor de la ciudadanía, los riesgos de reincidencia y perfeccionar los

---

<sup>103</sup> Santiago, 4 de septiembre 2017. Mensaje 115-365. Boletín 11424-17. Página 4.

<sup>104</sup> No obstante su vigencia presente, para efectos de este trabajo se estudiará el segundo gobierno del presidente Piñera sólo hasta octubre de 2019, pues los eventos posteriores, tanto en el ámbito nacional como internacional, resultaron tan anómalos que no encuentran paralelo alguno en los otros gobiernos estudiados, por lo que no hay con qué compararlos. Además, la fuerza de las circunstancias ejerció una presión tan intensa en la agenda legislativa que difícilmente podrían explicarse sus proyectos en los términos hasta aquí considerados.

<sup>105</sup> Santiago, 19 de mayo 2010. Mensaje 117-358. Boletín 6952-07

<sup>106</sup> Santiago, 19 de mayo 2010. Mensaje 117-358. Boletín 6952-07. Página 2.

<sup>107</sup> Santiago, 19 de mayo 2010. Mensaje 117-358. Boletín 6952-07. Página 3,

resguardos y mecanismos de protección de la población”<sup>108</sup>, todos estos fines contrapuestos con las teorías absolutas.

Como ocurre con la idea retributiva tratada al inicio, esta referencia a la Prevención Especial Positiva, aunque explícita, es también escasamente representativa, dando paso a otras, menos explícitas, influencias.

La argumentación comienza recordando la gravedad del daño que los delitos causan a la víctima y el temor social que generan, y si se vuelve a mirar el fragmento recién citado se verá que la referencia a la reinserción se acompaña, en igualdad de condiciones, con objetivos varios, como son la minimización del temor ciudadano, el manejo de los riesgos de reincidencia y el perfeccionamiento de los mecanismos de protección de la población<sup>109</sup>.

De igual forma, la creación (y aumentada publicidad) de una sección especial en el registro general de condenas se vincula con la disminución del temor ciudadano y con una prevención más efectiva del delito, aunque esta prevención no es ya especial positiva<sup>110</sup>.

De hecho, el mensaje en comento abre recordando las modificaciones introducidas al Código Penal por la Ley N° 19.927, por cuanto, junto con la incorporación de nuevas figuras relacionadas con la pornografía infantil “plasmaron aspectos relevantes del modelo penal de seguridad ciudadana y del derecho penal contemporáneo”<sup>111</sup>.

Adicionalmente, se justifica la medida propuesta, a partes iguales, en que “la gravedad del daño que los delitos sexuales causan a la víctima y el temor que generan en la sociedad, particularmente en los casos en que son cometidos contra niños, niñas o adolescentes, plantea la necesidad de mejorar el sistema de penas con el que actualmente se sanciona estas conductas, como asimismo, la habilidad de éstas no sólo para lograr la reinserción del

---

<sup>108</sup> Santiago, 19 de mayo de 2010. Mensaje 117-358. Boletín 6952-07. Página 2.

<sup>109</sup> Santiago, 19 de mayo de 2010. Mensaje 117-358. Boletín 8677-07. Página 2.

<sup>110</sup> Santiago, 19 de mayo de 2010. Mensaje 117-358. Boletín 8677-07. Página 3.

<sup>111</sup> Santiago, 19 de mayo de 2010. Mensaje 117-358. Boletín 6952-07. Página 1.

condenado, sino también, de *minimizar el temor de la ciudadanía*, los riesgos de reincidencia y perfeccionar los resguardos y mecanismos de protección de la población”<sup>112</sup>.

Evidentemente, influir en el sentir ciudadano no es la única consideración en juego, pero la reacción que estos delitos generan en el público es uno de los presupuestos principales de este proyecto, volviéndose sobre ella al señalarse primero, que “Por su parte, y a fin de lograr la *disminución del temor* en la población, así como una prevención más efectiva del delito, el presente proyecto de ley crea una sección especial en el actual Registro General de Condenas”<sup>113</sup>, destacando aquí la accesoriadad de incluso la finalidad preventiva frente a la perceptiva, y más tarde que “Por último, para fines de *tranquilidad de la ciudadanía* o prevención del delito, el proyecto de ley permite que la información de esta nueva sección pueda ser consultada por la ciudadanía”<sup>114</sup>, tratándose estas dos justificaciones como igualmente suficientes, con la perceptiva también por delante.

III.2.B “Proyecto de ley sobre penalidad y juzgamiento de los delitos terroristas.”<sup>115</sup> En adelante, “sobre penalidad y juzgamiento de los delitos terroristas”

Al referirse al terrorismo, este proyecto acompaña las mismas calificaciones “de esencia” que el gobierno anterior, por lo que me remito a lo dicho en referencia a sus vinculaciones con las teorías absolutas.

Me detendré brevemente, eso sí, en la revisión que realizó este mensaje de las penas de la legislación antiterrorista, justificándose su propuesta de aumentar algunas de ellas “de modo que éstas reflejen adecuadamente la gravedad de este tipo de conductas, pero que al mismo tiempo sean proporcionales”<sup>116</sup> y en su referencia al delito de financiamiento del terrorismo, en el que se aumenta el rango de la pena “con la finalidad de adecuar esta a la gravedad del

---

<sup>112</sup> Santiago, 19 de mayo de 2010. Mensaje 117-358. Boletín 6952-07. Página 1. Énfasis agregado.

<sup>113</sup> Santiago, 19 de mayo de 2010. Mensaje 117-358. Boletín 6952-07. Página 3. Énfasis agregado.

<sup>114</sup> Santiago, 19 de mayo de 2010. Mensaje 117-358. Boletín 6952-07. Página 4. Énfasis agregado.

<sup>115</sup> Santiago, 9 de septiembre de 2010. Mensaje 269-358. Boletín 7.207-07

<sup>116</sup> Santiago, 9 de septiembre de 2010. Mensaje 269-358. Boletín 7.207-07. Página 3.

injusto”<sup>117</sup>, por ser una aproximación más explícita a las mismas.

Por otro lado, el proyecto aún se subordina a ciertos fines sociales específicos distintos al reproche, siendo explícito en que el objeto de tutela penal de la ley N° 18.314 es la protección de bienes jurídicos trascendentales para la comunidad y el Estado de Derecho” y en que “Los perfeccionamientos a la ley N° 18.314, que por esta vía se someten a consideración del Congreso Nacional, se inspiran en la convicción que asiste a nuestro Gobierno de que la mantención del orden y la seguridad pública constituyen imperativos básicos e ineludibles para el buen gobierno”<sup>118</sup>, por lo que no puede buenamente afirmarse la existencia de un real compromiso con alguna teoría absoluta de la pena, pues esta perseguiría fines sociales ulteriores.

III.2.C “Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que modifica el Código Procesal Penal en materia de suspensión condicional del procedimiento y prisión preventiva.”<sup>119</sup> En adelante, “modifica el Código Procesal Penal en materia de suspensión condicional del procedimiento y prisión preventiva”

Este mensaje consiste en dos grandes medidas, aquella que tiende a la modificación de las reglas sobre prisión preventiva y aquella que propone limitar las salidas alternativas que podrían beneficiar a condenados por el delito de robo por sorpresa.

Respecto de la primera, el mensaje propone establecer “como antecedente para la *determinación del peligro que para la seguridad de la sociedad* pueda representar la libertad del imputado”<sup>120</sup>, la modalidad de la condena potencial, de forma que, si en el caso de ser condenado no fuera posible el cumplimiento de la pena en libertad, la prisión preventiva aparecería como naturalmente conducente a asegurar las finalidades del proceso.

---

<sup>117</sup> Santiago, 9 de septiembre de 2010. Mensaje 269-358. Boletín 7.207-07. Página 7.

<sup>118</sup> Santiago, 9 de septiembre de 2010. Mensaje 269-358. Boletín 7.207-07. Página 2.

<sup>119</sup> Santiago, 22 de noviembre de 2010. Mensaje 507-358. Boletín 7337-07.

<sup>120</sup> Santiago, 22 de noviembre de 2010. Mensaje 507-358. Boletín 7337-07. Página 4. Énfasis agregado.

De esta forma, tanto la norma original, contenida en el artículo 140 del Código Procesal Penal, como la modificación propuesta, responden a una situación de riesgo incierto mediante el encierro del sujeto eventualmente riesgoso, apuntando claramente a una finalidad Preventivo Especial Negativa.

En aparente contraste, en la segunda, el ejecutivo propone imponer limitaciones a la procedencia de la suspensión condicional del procedimiento respecto del delito de robo por sorpresa por estimar necesario que, en ese tipo de ilícitos, el sistema penal “actúe en plenitud, mediante la realización de un juicio oral y la posible imposición de una pena, lo que implica la materialización de los fines de la misma, particularmente sus fines preventivo especiales positivos”<sup>121</sup>.

Como puede verse, también en este gobierno existe innegablemente un cierto compromiso con la Prevención Especial Positiva, vinculándola este último mensaje no ya con ciertas salidas alternativas o programas sociales, sino expresamente con la privación de libertad misma. No obstante, también aquí el compromiso cede en múltiples ocasiones a otras consideraciones, aún a aquellas que importan contradicciones inherentes.

Y es que en el mismo mensaje se define la suspensión condicional del procedimiento como “un mecanismo que permite evitar los *efectos estigmatizantes del proceso penal* y las negativas consecuencias del *contacto criminógeno inherente a la privación de libertad*, respecto de imputados que eventualmente accederían a una pena no privativa de libertad”<sup>122</sup>. Es decir, se reconoce a la privación de libertad como un estado de cosas perjudicial para la Prevención Especial Positiva.

Ahora bien, la medida propuesta apunta a que esta salida esté vedada a quienes habiendo sido favorecidos por ella previamente, sean formalizados por el mismo delito, y esto se justifica, precisamente, en que “En relación a este tipo de ilícitos, y por las razones más arriba expuestas, se estima necesario que el sistema penal actúe en plenitud, mediante la realización de un juicio

---

<sup>121</sup> Santiago, 22 de noviembre de 2010. Mensaje 507-358. Boletín 7337-07. Página 4.

<sup>122</sup> Santiago, 22 de noviembre de 2010. Mensaje 507-358. Boletín 7337-07. Página 3. Énfasis agregado.

oral y la posible imposición de una pena, lo que implica la materialización de los fines de la misma, particularmente sus fines preventivo especiales positivos”<sup>123</sup>.

La cuestión es, entonces, que, si previamente se definió la suspensión condicional del procedimiento como una alternativa a los inherentes efectos estigmatizantes y criminógenos del proceso penal y de la pena privativa de libertad, ¿cómo entonces puede tenerse fe en los efectos Preventivo Especiales Positivos de la misma? Tal como dije antes, quien sostenga simultáneamente que la cárcel es criminógena y que a ciertos delitos hay que castigarlos con ella está activamente renunciando a la reinserción como justificación de la pena de cárcel.

Más aún, si no puede creerse en la declarada intención Preventivo Especial Positiva del ejecutivo, y esta contradicción se lee en conjunto con “las razones más arriba expuestas” a las que hace referencia la pasada cita, siendo estas “las especiales características de este ilícito, que afecta tanto la propiedad como la integridad de las eventuales víctimas; como también la circunstancia que atendida su alta connotación social”<sup>124</sup>, así como con el hecho de que solo aplicaría a quienes se presume reincidentes, puede verse que, más que un intento de resocializar, esta medida, como la anterior, en realidad pretende la neutralización mediante el encierro de ciertos factores de riesgo social, lo que se corresponde más bien con la Prevención Especial Negativa, pues es evidentemente insensato creer que el ejecutivo en efecto tiene fe en los efectos Preventivo Especiales Positivos de un estado de cosas que describe como inherentemente perjudicial para esos fines.

Teniéndose en cuenta que la consecuencia de esta medida consiste justamente en la eventual imposición de una pena privativa de libertad a quien previamente no habría recibido una, la prevención especial que inspira esta medida no puede sino ser negativa y la cómoda mención de su contracara no es más que una maniobra política poco honesta.

Por lo demás, en el texto se caracteriza la suspensión condicional del procedimiento como “una oportunidad para los sujetos que enfrentan el proceso penal por primera vez”, separándose

---

<sup>123</sup> Santiago, 22 de noviembre de 2010. Mensaje 507-358. Boletín 7337-07. Página 3 y 4.

<sup>124</sup> Santiago, 22 de noviembre de 2010. Mensaje 507-358. Boletín 7337-07. Página 3.

nuevamente nuestro sistema penal en dos: el de aquellos que se enfrentan al sistema penal por primera vez, a quienes se pretende reintegrar, y el de aquellos que ya se enfrentaron a él previamente, a quienes se les aplica una pena privativa de libertad que se reconoce como contraria a la rehabilitación, pues por eso se exceptuó de ella al primerizo.

Además, como con el gobierno anterior, la mayor contradicción radica en que, si la cárcel se reconoce criminógena y estigmatizante, y las penas extramuros se vinculan con la reinserción, fomentar la aplicación de la primera por sobre las segundas obedece a objetivos no solo no complementarios, sino en directa contradicción con los fines Preventivo Especiales Positivos que se afirma perseguir.

Finalmente, el mensaje en comento puede también verse como un mero uso. Así, justifica la limitación que propone a la suspensión condicional del procedimiento respecto del delito de robo por sorpresa “considerando tanto las especiales características de este ilícito, que afecta tanto la propiedad como la integridad de las eventuales víctimas; como también la circunstancia que *atendida su alta connotación social, requiere de un tratamiento diferenciado de otros delitos que también pueden ser objeto de la referida salida alternativa*”<sup>125</sup>.

Ahora bien, este argumento es de hecho impreciso, pues el artículo 436 del Código Penal, que trata del robo por sorpresa en su inciso segundo, lo diferencia del robo con violencia o intimidación, que trata en su inciso primero. Efectivamente, si durante el robo en efecto se atacara la integridad de la víctima eventual, es decir, si se empleara violencia o intimidación, el delito se penaría en los términos del primer inciso del artículo, o incluso del 433, en ambos casos con penas más elevadas. En cambio, para la configuración del delito en comento basta proceder “por sorpresa o aparentando riñas en lugares de concurrencia o haciendo otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento o confusión”. Así, el argumento es en realidad uno sólo, y es su alta connotación social.

De esta forma, la justificación ofrecida aquí por el ejecutivo es sumamente elocuente, pues lo que se propone es limitar la procedencia de la suspensión condicional del procedimiento,

---

<sup>125</sup> Santiago, 22 de noviembre de 2010. Mensaje 507-358. Boletín 7337-07. Página 3. Énfasis agregado.

institución procesal que en mismo mensaje se señala como un mecanismo que evita el estigma del del proceso y el contacto criminógeno de la pena, no en base a alguna teoría criminológica, o como consecuencia de una postura fundamental respecto a lo que la pena debe ser o pretender, sino a su “alta connotación social”<sup>126</sup>, es decir, en la importancia asignada al delito por el público, futuro electorado, que presumiblemente apreciará la nueva legislación, y al gobierno que la impulsó.

III.2.D “Mensaje de S.E. el Presidente de la República, con el que inicia un proyecto de ley que modifica el actual régimen de libertad condicional y establece la prestación de servicios en beneficio de la comunidad como pena alternativa a la pena de prisión para casos de incumplimiento de la pena de multa.”<sup>127</sup> En adelante, “modifica el actual régimen de libertad condicional y establece la prestación de servicios en beneficio de la comunidad como pena alternativa a la pena de prisión para casos de incumplimiento de la pena de multa”.

En este mensaje, se expresa la preocupación del gobierno en el mejoramiento de las condiciones de vida de las personas privadas de libertad, pues “En la medida que mejoremos las condiciones de habitabilidad, de rehabilitación y de reinserción de la población privada de libertad, comienza a ser verdaderamente posible la generación de condiciones propicias para que aquellas personas que egresan de los establecimientos penitenciarios no vuelvan a delinquir”<sup>128</sup>.

En el mismo tono, señala más adelante que “el otorgamiento de la libertad condicional se funda en la realización de conductas que revelan, de parte del condenado, indicios ciertos de

---

<sup>126</sup> Vale la pena notar aquí, no obstante, que la limitación aplicaría a aquellos que, ya habiendo sido favorecidos por esta salida alternativa, sean nuevamente formalizados por este delito. No critico aquí la medida misma, que podría haberse sostenido con otros argumentos que habría que analizar en su mérito, sino su aplicación a un delito específico obedeciendo a criterios de impacto estadístico.

<sup>127</sup> Santiago, 10 de marzo 2011. Mensaje 622-358. Boletín 7534-07.

<sup>128</sup> Santiago, 10 de marzo 2011. Mensaje 622-358. Boletín 7534-07. Página 1.



resocialización y rehabilitación”<sup>129</sup> y estos indicios se habrían dado durante la privación de libertad.

Así, que el mensaje se inspira en los principios de la Prevención Especial Positiva, es innegable aunque no consistente, pues aquí también parecen reconocerse implícitamente dos sistemas penales. De hecho, al considerar un nuevo mecanismo de conversión para la pena de multa, se refiere como iguales “a las necesidades de prevención especial y prevención general de la sanción”<sup>130</sup>.

En el inicio del mensaje, el mismo gobierno denuncia el alto nivel de hacinamiento y sobrepoblación en las cárceles que, se reconoce, compromete severamente los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, admitiendo que la posibilidad de generar condiciones propicias para evitar la reincidencia pasa por el mejoramiento de las condiciones de habitabilidad, rehabilitación y reinserción<sup>131</sup>.

Para el ejecutivo, entonces, la actual privación de libertad sería un medio inidóneo de Prevención Especial Positiva y es en ese contexto, y con el fin expreso de reducir la congestión en los recintos penitenciarios<sup>132</sup>, que se propone legislar para fomentar el uso de la libertad condicional.

Además, en su segundo eje, el mensaje es aún más claro, pues justifica la sustitución de la actual pena privativa de libertad por el no pago de una multa en que, de encarcelar a estas personas, se produciría un “efecto acusadamente desocializador y criminógeno respecto de personas que cometen ilícitos sancionados con penas pecuniarias y que, a virtud del sistema de conversión existente y en razón de su carencia de medios económicos, deben cumplir tales penas con privación de libertad”, afirmando así que el encarcelamiento no sería solo inidóneo, sino derechamente perjudicial para los fines Preventivo Especiales Positivos de la pena.

Así las cosas, en este mensaje, como ocurre en otros de ambos gobiernos, son las salidas alternativas a la prisión, y no la pena de prisión misma, las que llevan asociados objetivos

---

<sup>129</sup> Santiago, 10 de marzo 2011. Mensaje 622-358. Boletín 7534-07. Página 4.

<sup>130</sup> Santiago, 10 de marzo 2011. Mensaje 622-358. Boletín 7534-07. Página 5.

<sup>131</sup> Santiago, 10 de marzo 2011. Mensaje 622-358. Boletín 7534-07. Página 2.

<sup>132</sup> Santiago, 10 de marzo 2011. Mensaje 622-358. Boletín 7534-07. Página 3.

resocializadores, quedando en otros objetivos la justificación de quienes, sin acceder a estos beneficios, sufren la pena. Esto hace especialmente contradictoria la previamente citada afirmación del ejecutivo de que “el otorgamiento de la libertad condicional se funda en la realización de conductas que revelan, de parte del condenado, indicios ciertos de resocialización y rehabilitación”<sup>133</sup>, pues esos indicios sólo podrían revelarse en un contexto que se describe, en el mismo proyecto (pero en contra de lo dicho en otros), como desocializador y criminógeno.

Además, también aquí parece reconocerse las existencias de dos sistemas penales independientes, pues si bien se reconoce que “el alto nivel de hacinamiento y sobrepoblación que existe en nuestros recintos penales”<sup>134</sup> condiciona nuestra capacidad de hablar de una verdadera rehabilitación y reinserción, a la vez que se identifica como un problema que algunos ingresen a los establecimientos penales debido al no pago de multas, pues así se produce un efecto “acusadamente desocializador y criminógeno”<sup>135</sup>, la pena privativa de libertad se sigue imponiendo, obedeciendo entonces a otros objetivos.

III.2.E “Mensaje de S.S. el Presidente de la Republica con el que se inicia un proyecto de ley que aumenta las penas del delito de robo de cajeros automáticos.”<sup>136</sup> En adelante, “aumenta las penas del delito de robo de cajeros automáticos”

Este mensaje destaca por cuanto presenta un compromiso inusualmente explícito e intenso con la Prevención General Negativa, haciendo directa referencia a las ideas de von Feuerbach, al plantear el adecuado quantum de la pena como un balance de incentivos, en el que el mal que constituye la pena debe presentarse como mayor al pesar producido por no satisfacer el deseo de delinquir, pues dice el mensaje que “En atención a la baja pena asociada al robo en lugar no habitado, el análisis costo-beneficio del delincuente al momento de plantearse la opción de

---

<sup>133</sup> Santiago, 10 de marzo de 2011. Mensaje 622-358. Boletín 7534-07. Página 4.

<sup>134</sup> Santiago, 10 de marzo de 2011. Mensaje 622-358. Boletín 7534-07. Página 2.

<sup>135</sup> Santiago, 10 de marzo de 2011. Mensaje 622-358. Boletín 7534-07. Página 5.

<sup>136</sup> Santiago, 11 de abril de 2011. Mensaje 014-359. Boletín 7689-07.

cometer el delito resulta altamente favorable, pues puede obtener grandes cantidades de dinero arriesgando ser condenado, eventualmente, a una pena muy baja”<sup>137</sup>.

La inspiración de este autor puede verse, también, en una de las medidas complementarias del mensaje, que señala que “se desarrollarán campañas comunicacionales disuasivas en relación con la implementación de nuevas tecnologías de seguridad y un aumento de la pena asociada al robo de cajeros automáticos”<sup>138</sup>.

Ahora bien, si se mira con detenimiento puede observarse que la fundamentación del proyecto descansa sobre la importancia económico-social del servicio financiero que prestan los cajeros automáticos, que el ejecutivo se detiene a resaltar.

Es también sobre la relevancia de ese servicio financiero que se construye el nivel de injusto del delito de robo de cajeros automáticos, argumentándose que “el referente que mejor refleja el injusto cometido por quienes roban cajeros automáticos es la pena existente para el robo con fuerza en las cosas cometido en cosas que se encuentren en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación cuando con ocasión del delito se produce la interrupción o interferencia del suministro de un servicio público o domiciliario”<sup>139</sup>.

De esta forma, según dice el ejecutivo, el robo de un cajero automático encontraría su especial gravedad en la suspensión de servicio financiero de importancia homologable al suministro de un servicio público o domiciliario, por lo que la alta pena sería proporcional a esa gravedad.

Sin embargo, esta argumentación se derrumba cuando, inmediatamente después, el mensaje señala que “sin embargo, se propone que la agravación se establezca en función del objeto material (cajeros automáticos y dinero contenido en ellos), y no de la interrupción o interferencia en su funcionamiento”<sup>140</sup>, justificándose esto que 1) normalmente, este delito implique la interrupción del suministro, 2) pueden surgir problemas en la determinación de la causa del no funcionamiento del cajero, “como por ejemplo, el robo de uno que ha dejado de

---

<sup>137</sup> Santiago, 11 de abril de 2011. Mensaje 014-359. Boletín 7689-07. Página 2.

<sup>138</sup> Santiago, 11 de abril de 2011. Mensaje 014-359. Boletín 7689-07. Página 3.

<sup>139</sup> Santiago, 11 de abril de 2011. Mensaje 014-359. Boletín 7689-07. Página 4.

<sup>140</sup> Santiago, 11 de abril de 2011. Mensaje 014-359. Boletín 7689-07. Página 4.

operar antes por un desperfecto mecánico”<sup>141</sup> y 3) en que puede resultar compleja la asimilación de la función social de estos suministros con la de un cajero.

Esto es relevante pues, si la gravedad del delito, y por extensión lo alto de la pena, se justifica en la especial gravedad de un acto que interrumpe un servicio financiero tan relevante como un suministro público, pero se propone penar con esa especial gravedad aun aquellos casos en que no se interrumpe ese servicio o en que el servicio estaba interrumpido de antemano, entonces esos casos se estarán penando en desmedro de la falta de la culpa como el mismo mensaje la ha construido. Quien sea condenado por el robo en un cajero automático que en los hechos no vio interrumpido su suministro o que había interrumpido su suministro con antelación o por causas completamente ajenas, le será impuesta una alta pena que se justifica expresamente en una especial culpa de la que no participa, en un reproche que no puede hacérsele a cabalidad.

Este mensaje es valioso por cuanto si bien se fundamenta, como otros, en la Prevención General Negativa, se preocupó además de crear un estándar de culpa en que justificar lo alto de su pena, solo para luego establecer ciertos casos en que este se incumple flagrantemente, dejando de manifiesto lo feble de la culpa como límite a la intimidación.

III.2.F “Mensaje de S.E. el Presidente de la República, con el que inicia un proyecto de ley que establece medidas que indica en relación con los delitos sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes.”<sup>142</sup> En adelante “establece medidas que indica en relación con los delitos sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes”

En el contenido de este proyecto es posible apreciar ideas de inescapable inspiración retribucionista, como es el caso de la justificación de limitar el acceso a los condenados por estos delitos a la libertad condicional debido “al convencimiento que la criminalidad sexual que afecta a niños, niñas y adolescentes es especialmente grave, no solo en razón del bien

---

<sup>141</sup> Santiago, 11 de abril de 2011. Mensaje 014-359. Boletín 7689-07. Página 4.

<sup>142</sup> Santiago, 8 de noviembre de 2012. Mensaje 236-360. Boletín 8677-07.

jurídico protegido, sino también por los perniciosos efectos que en la víctima produce la comisión de estos ilícitos”<sup>143</sup>. Aquí, la gravedad a la que se alude contempla pero supera la importancia del bien jurídico correspondiente.

Luego, se justifica el aumento de la penalidad de los delitos de comercialización, importación, exportación, distribución, difusión o exhibición de material pornográfico infantil en que adecuar el efecto punitivo del juicio de reproche que recae sobre estos delitos funcionaría como un instrumento de inhibición<sup>144</sup>.

Por último, se determina ampliar la agravante del artículo 368 del Código Penal para que así comprenda también a personas que, sin estar actualmente comprendidas, aún mantengan vínculos parentales, religiosos o educativos con las víctimas, pues “la posición en que se encuentra el agresor en relación a la víctima es necesariamente de superioridad, constituyendo por lo mismo una conducta especialmente reprochable”<sup>145</sup>, con lo que se hace directa referencia a un criterio absoluto.

No obstante, como en otros, el mensaje atiende también a otros objetivos: la iniciativa de legislar se justifica, primero, en el aumento de las denuncias en el último tiempo, mientras que la limitación a la facultad de los condenados para acceder a la eliminación de antecedentes lo hace en impedir a éstos sustraerse de la publicidad de la condena y el aumento de la pena correspondiente a los delitos de comercialización, importación, exportación, distribución, difusión o exhibición de material pornográfico infantil ve su razón de ser en el “adelantamiento de la protección de la libertad e indemnidad sexual de los menores de edad, imposibilitando, formalmente, la consideración de éstos como objeto sexual”<sup>146</sup>.

III.2.G “Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que modifica el tratamiento de las penas de los delitos de robo y receptación de vehículos

---

<sup>143</sup> Santiago, 8 de noviembre de 2012. Mensaje 236-360. Boletín 8677-07. Página 5. Énfasis agregado.

<sup>144</sup> Idea de por sí confusa de clasificar.

<sup>145</sup> Santiago, 8 de noviembre de 2012. Mensaje 236-360. Boletín 8677-07. Página 4. Énfasis agregado.

<sup>146</sup> Santiago, 8 de noviembre de 2012. Mensaje 236-360. Boletín 8.677-07. Página 4.

motorizados o de los bienes que se encuentran al interior de éstos.”<sup>147</sup> En adelante, “modifica el tratamiento de las penas de los delitos de robo y receptación de vehículos motorizados o de los bienes que se encuentran al interior de éstos”

En este mensaje, también se establece clara pero limitadamente un cierto compromiso con la retribución, pues se justifica el alza en la penalidad de aquellos casos de receptación de vehículos motorizados apropiados mediante violencia o intimidación en circunstancias que el receptor conociera o no pudiere menos que conocer esa circunstancias, pues “Es precisamente este conocimiento o potencialidad de tal, lo que amerita un mayor reproche desde la perspectiva penológica”<sup>148</sup>.

No obstante, esta idea no es llevada más lejos y es remplazada rápidamente, señalándose entre sus antecedentes que “La seguridad ciudadana es actualmente una de las prioridades de los chilenos y *la ciudadanía reclama* la toma de medidas concretas para combatir la delincuencia y, específicamente, respecto de aquellas formas más dañosas y que están causando una mayor sensación de inseguridad a la población”<sup>149</sup>, expresando claramente el uso de la pena para la obtención de fines sociales por parte de este gobierno.

Así, el mensaje muestra desde el comienzo su interés en la disminución del riesgo, así como su apoyo en la estadística, pues abre estableciendo que, según la última Encuesta Urbana de Seguridad Ciudadana (a la fecha del mensaje), la victimización ha llegado a su punto más alto en los últimos años, siendo principalmente relevantes a este respecto ciertos delitos contra la propiedad.

La respuesta del ejecutivo a esta situación consiste principalmente en: 1) la tipificación y calificación como robo de la “apropiación material de un vehículo motorizado, no mediando violencia o intimidación, mediante sorpresa o valiéndose de la distracción de la víctima al momento en que ésta se apreste a ingresar o hacer abandono de su morada o de las

---

<sup>147</sup> Santiago, 11 de junio de 2018. Mensaje 044-366. Boletín 11.818-25.

<sup>148</sup> Santiago, 11 de junio de 2018. Mensaje 044-366. Boletín 11.818-25. Página 6.

<sup>149</sup> Santiago, 11 de junio de 2018. Mensaje 044-366. Boletín 11.818-25. Página 2. Énfasis agregado.

dependencias de la misma”<sup>150</sup>, 2) la creación de una figura agravada en caso de si haber mediado violencia o intimidación y 3) agravar la receptación de estos vehículos en circunstancias que el receptor sepa de su origen o no pudiere menos que saberlo, entre otras.

Producto de esta calificación, además, se incluyen estas figuras en las hipótesis de legítima defensa privilegiada y se imponen “serias restricciones para acceder a las penas sustitutivas previstas en la ley N° 18.216, así como ampliar el término en que el condenado al delito podrá solicitar el beneficio de libertad condicional”<sup>151</sup>

Al calificar como robo una hipótesis que no incluye violencia o intimidación lo que se hace es penar como robo una conducta que técnicamente corresponde a un hurto, aumentando así el tiempo de encierro y limitando el acceso a beneficios sin necesidad de legislar directamente para elevar las penas, que es una maniobra políticamente más delicada que recalificar las conductas para así aplicar tipos más duros.

La presencia de una intención Preventivo Especial Negativa es especialmente evidente al ahondar el mensaje, expresamente, en como estas figuras imponen serias restricciones a las penas sustitutivas y al beneficio de libertad condicional, lo que, además de per se prolongar otro tanto el tiempo de encierro, se manifiesta nuevamente como una renuncia a la Prevención Especial Positiva, pues si previamente establecimos que el ejecutivo ve una relación entre las penas extramuros y la reinserción, este encierro prolongado no puede sino estar siendo usado como inocuización.

La justificación específica que se da a estas medidas no se limita a la Prevención Especial Negativa, pero sin duda la incluye, aunque sea implícitamente. De igual manera, el mensaje atiende a criterios Preventivo Generales Negativos, pues el aumento de la pena de la receptación de vehículos motorizados se sostiene como una forma de “desincentivar el uso o la reducción de

---

<sup>150</sup> Santiago, 11 de junio de 2018. Mensaje 044-366. Boletín 11.818-25. Página 4 y 5.

<sup>151</sup> Santiago, 11 de junio de 2018. Mensaje 044-366. Boletín 11.818-25. Página 5.

los vehículos motorizados que sean despojados a las víctimas mediante violencia o intimidación”<sup>152</sup>.

Con todo, nuevamente la invitación es a encajar el uso que se hace de teorías diversas no ya como consecuencia de un compromiso ideológico con alguna, sino como un instrumento político.

Las primeras palabras del mensaje son “La última Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana 2017 (ENUSC) da cuenta que la victimización ha llegado a un 28%, alcanzando su punto más alto en los últimos cuatro años”<sup>153</sup>, resaltándose luego la importancia política de ese y otros datos estadísticos que se acompañan al afirmar que “La seguridad ciudadana es actualmente una de las prioridades de los chilenos y *la ciudadanía reclama* la toma de medidas concretas para combatir la delincuencia y, específicamente, respecto de aquellas formas más dañosas y que están causando una mayor *sensación de inseguridad* a la población”<sup>154</sup>, lo que vincula causalmente las medidas propuestas con el sentir ciudadano más claramente de lo que yo podría hacerlo.

Siguiendo la misma lógica, durante el mensaje se justifica un fuerte endurecimiento de la respuesta penal<sup>155</sup> a los “portonazos” en varias razones, siendo interesantes entre ellas: 1) que estos delitos se produzcan con frecuencia en residencias particulares, afectando a la víctima en su espacio más íntimo y personal<sup>156</sup>, 2) que esta práctica delictual importe un alto grado de violencia o amenaza lo que la “convierte actualmente en una de *las más temidas* por la población”<sup>157</sup>, 3) el que “la víctima del robo del vehículo motorizado no sólo sufre la pérdida de un bien de alto valor económico, sino que también se ve privado de un recurso propio y que va en beneficio del grupo familiar, fundamental para sus vidas cotidianas”<sup>158</sup> y 4) el que, como consecuencia de lo anterior, no haya sido infrecuente que cercanos o familiares salgan

---

<sup>152</sup> Santiago, 11 de junio de 2018. Mensaje 044-366. Boletín 11.818-25. Página 4.

<sup>153</sup> Santiago, 11 de junio de 2018. Mensaje 044-366. Boletín 11.818-25. Página 1.

<sup>154</sup> Santiago, 11 de junio de 2018. Mensaje 044-366. Boletín 11.818-25. Página 2. Énfasis agregado.

<sup>155</sup> El detalle del cual se encuentra en una sección previa.

<sup>156</sup> Santiago, 11 de junio de 2018. Mensaje 044-366. Boletín 11.818-25. Página 2.

<sup>157</sup> Santiago, 11 de junio de 2018. Mensaje 044-366. Boletín 11.818-25. Página 3. Énfasis agregado.

<sup>158</sup> Santiago, 11 de junio de 2018. Mensaje 044-366. Boletín 11.818-25. Página 3.



en defensa de la víctima, viéndose expuestos a responder penalmente por lesiones que causen a los agresores, de forma que “las familias chilenas no sólo sufren el connatural temor a sufrir la pérdida de sus vehículos motorizados en las proximidades de sus hogares, sino también por la propia amenaza penal que podría devenir del ejercicio de cuidar o negarse a que se les arrebatase aquello que les es suyo”<sup>159</sup>, todas estas, razones que apuntan con mayor claridad a un esfuerzo de aseguramiento cognitivo dirigido a una población temerosa que al resultado natural de la propia ideología.

Así también, el proyecto hace expresa referencia a las víctimas de estos delitos, señalando que resulta indispensable para la nueva legislación “entregar a éstas suficientes garantías procesales que *les permitan tener la tranquilidad* de que los perpetradores de los delitos recibirán una sanción adecuada a la gravedad de estos actos y, por contrapartida, que no serán sujetos de la amenaza penal por a una agresión ilegítima”<sup>160</sup>.

III.2.H “Proyecto de ley, iniciado en mensaje de S. E. el Presidente de la República, que sanciona conductas que afectan la convivencia ciudadana y aumentan la sensación de inseguridad en la población.”<sup>161</sup> En adelante, “sanciona conductas que afectan la convivencia ciudadana y aumentan la sensación de inseguridad en la población”

En este mensaje es particularmente clara la selectividad de motivos que emplea el ejecutivo, pues el gobierno reafirma su compromiso de “no dar tregua a la delincuencia, ya sea reprochando algunas conductas por su desvalor, o atacándolas por estimar que generan condiciones propicias para la comisión de otros ilícitos”<sup>162</sup>, estimándose entonces ambos motivos independientemente válidos para penar.

El mensaje en concreto, vale decirlo, apunta al segundo de estos, comenzando su argumentación, apenas termina de distinguir entre violencias e incivildades, señalando el

---

<sup>159</sup> Santiago, 11 de junio de 2018. Mensaje 044-366. Boletín 11.818-25. Página 3.

<sup>160</sup> Santiago, 11 de junio de 2018. Mensaje 044-366. Boletín 11.818-25. Página 3. Énfasis agregado.

<sup>161</sup> Santiago, 13 de julio de 2018. Mensaje 060-366. Boletín 11913-25.

<sup>162</sup> Santiago, 13 de julio de 2018. Mensaje 060-366. Boletín 11913-25. Página 3

aumento estadístico de las segundas y así como su impacto criminológico, basado en la “teoría de las ventanas rotas”, pues aumentarían la sensación de inseguridad y vulnerabilidad, mientras que debilitarían la cohesión social. La pena, en este esquema, sería un instrumento de lo contrario: seguridad y cohesión social.

Diversas partes del mensaje pueden leerse como gestos a diversas corrientes preventivas.

Por una parte, el ejecutivo sugiere “castigar o agravar la sanción de diversas conductas que comparten características propias de las incivildades”<sup>163</sup>, toda vez que son conductas “cuya perpetración transmite una sensación de inseguridad y ausencia de control de la autoridad gubernamental; acentuando la sensación de vulnerabilidad del individuo”<sup>164</sup>, pretendiendo restablecer, mediante la pena, la sensación de control de la autoridad de una manera que evoca bastante a la corriente estabilizadora de la Prevención General Positiva.

Por otra, al decirse que “El tratamiento de esta nueva figura, que persigue penalmente lo que se denomina comúnmente “tag”, contempla una pena más gravosa para el reincidente, ello con el objeto de desincentivar la práctica habitual de dichas conductas, cuando no cuente con la autorización respectiva”<sup>165</sup> se está activamente abogando por el uso Preventivo General Negativo de la pena.

Por último, como ha ocurrido en algunos mensajes previos, este mensaje, con sus ambivalencias, puede dotarse de mayor sentido si se lee como un uso de las ideologías penales que no comporta un real compromiso con teoría alguna.

Me explico. En el mensaje se señala que según la última ENUSC, las incivildades han aumentado sustancialmente en la última década, siendo el consumo de alcohol en la vía pública el que ha mostrado el incremento más significativo, argumentándose que “Lo anterior

---

<sup>163</sup> Concepto que el mismo mensaje define lista vagamente como “perros abandonados, consumo de drogas o alcohol en la vía pública, sitios eriazos o descuidados, acumulación de basura, comercio ambulante, rayados o grafitis, venta clandestina de alcohol y comercio sexual en la vía pública”. Santiago, 13 de julio 2018. Mensaje 060-366. Boletín 11913-25. Página 1.

<sup>164</sup> Santiago, 13 de julio 2018. Mensaje 060-366. Boletín 11913-25. Página 3.

<sup>165</sup> Santiago, 13 de julio 2018. Mensaje 060-366. Boletín 11913-25. Página 4.

no es un asunto baladí, si consideramos que la presencia en el espacio público y en los vecindarios de elementos considerados como incivildades o causantes de desorden, provocan un detrimento de la autoridad y un aumento en la *sensación de inseguridad* en la población”<sup>166</sup>.

El término incivildades se describe como “un término general que se tiende a utilizar para describir aquellas conductas cuyo efecto altera la sana convivencia al interior de las villas, poblaciones o barrios.”<sup>167</sup>, lo que sería especialmente relevante, pues la teoría criminológica en que se sustenta, la “Teoría de las Ventanas Rotas”, “hace énfasis en la relación entre el desorden urbano, las ofensas menores y el crimen violento; estableciendo una vinculación estrecha entre estos fenómenos, asociando el impacto que provoca esta clase de situaciones en la población, *umentando la sensación de vulnerabilidad e inseguridad.*”<sup>168</sup>

Y así, siendo claro que el énfasis se encuentra en la promoción de un sentimiento de seguridad del que el derecho penal es un mero instrumento, es más comprensible la selectividad de motivos observada, pues cuando el ejecutivo dice que “En el marco del compromiso del Gobierno de no dar tregua a la delincuencia, ya sea reprochando algunas conductas por su desvalor, o atacándolas por estimar que generan condiciones propicias para la comisión de otros ilícitos, es que se presenta este proyecto de ley”, la única referencia a un compromiso es el que se ha hecho con el electorado, que exige aseguramiento.

III.2.1 “Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que especifica y refuerza las penas principales y accesorias, y modifica las penas de inhabilitación contempladas en los incisos segundo y final del artículo 372 del Código Penal.”<sup>169</sup> En adelante, “específica y refuerza las penas principales y accesorias, y modifica las penas de inhabilitación contempladas en los incisos segundo y final del artículo 372 del Código Penal”

En este mensaje se explica que las penas de inhabilitación “*no solo* tienen una finalidad

---

<sup>166</sup> Santiago, 13 de julio de 2018. Mensaje 060-366. Boletín 11913-25. Página 2. Énfasis agregado.

<sup>167</sup> Santiago, 13 de julio de 2018. Mensaje 060-366. Boletín 11913-25. Página 2.

<sup>168</sup> Santiago, 13 de julio de 2018. Mensaje 060-366. Boletín 11913-25. Página 3. Énfasis agregado.

<sup>169</sup> Santiago, 22 de octubre de 2018. Mensaje 162-366. Boletín 12.208-07.

sancionatoria, sino que también la de disminuir los riesgos de reincidencia, protegiendo así prospectivamente a niños y niñas”<sup>170</sup>, lo que implica convencionalmente que sancionar sin necesidad de perseguir un fin social sería al menos uno de los fines de la pena.

Hecha esa salvedad, el mensaje es bastante explícito en subordinar la pena a fines preventivos, señalando que “una de las cautelas más relevantes con la cual debe contar un orden jurídico es su sistema de justicia penal, el cual, tiene entre otros propósitos, el de desincentivar conductas particularmente graves que mancillen bienes jurídicos de especial relevancia”<sup>171</sup> además de, la contracara de lo que se señaló previamente, admitir que las penas de inhabilitación contenidas en el proyecto “no solo tienen una finalidad sancionatoria, sino que *también la de disminuir los riesgos de reincidencia*, protegiendo así prospectivamente a niños y niñas”<sup>172</sup>.

Si bien no puede hablarse aquí de la neutralización violenta que suele asociarse con estas teorías, la inspiración ideológica de esta medida, por cuanto la inhabilitación es también una pena, continúa siendo la Prevención Especial Negativa, pues es mediante el actuar penal que se está inocuizando a una persona que se estima peligrosa para evitar que delinca en el futuro.

III.2.J “Proyecto de ley, iniciado en mensaje de S. E. el Presidente de la República, que regula la sustitución de penas privativas de libertad por razones humanitarias para las personas que indica.”<sup>173</sup> En adelante, “regula la sustitución de penas privativas de libertad por razones humanitarias para las personas que indica.”

Este mensaje es interesante por cuanto es bastante explícito al señalar que “La reinserción, como una de las finalidades esenciales de la pena, ha sido reconocida tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en la normativa internacional”<sup>174</sup> como justificación de una de las

---

<sup>170</sup> Santiago, 22 de octubre de 2018. Mensaje 162-366. Boletín 12.208-07. Página 2. Énfasis agregado.

<sup>171</sup> Santiago, 22 de octubre de 2018. Mensaje 162-366. Boletín 12.208-07. Página 2.

<sup>172</sup> Santiago, 22 de octubre de 2018. Mensaje 162-366. Boletín 12.208-07. Página 2. Énfasis agregado.

<sup>173</sup> Santiago, 28 de diciembre de 2018. Mensaje 212-366. Boletín 12.345-07.

<sup>174</sup> Santiago, 28 de diciembre de 2018. Mensaje 212-366. Boletín 12.345-07. Página 9.

medida que propone, pues vistas las circunstancias en que se encuentran los potenciales beneficiados (ancianos y enfermos terminales, en este caso) es prácticamente imposible su participación en los programas de reinserción social del establecimiento penitenciario, siendo impropio de un estado democrático imponer una pena que constituiría, entonces, inhumana retribución<sup>175</sup>.

Así, a las personas condenadas que se encuentran en los estados de vulnerabilidad descritos en el mensaje, “mantenerlas en un establecimiento penal haría que la sanción tuviese un fin puramente retributivo de carácter inhumano, atendidas las especiales condiciones en las que se encuentran estas personas, lo cual es impropio de un Estado democrático, defensor y promotor de la dignidad de la persona humana y de los derechos humanos”<sup>176</sup>.

Con esto, el ejecutivo simultáneamente descalifica la justificación absoluta de la pena mientras que adopta inequívocamente un compromiso con las finalidades preventivo-especiales de esta, dejando en una situación algo incomoda el uso de las primeras en otros mensajes del mismo gobierno.

Aun así, la inspiración Preventivo Especial Positiva que permea la mayoría del mensaje encuentra matices, por ejemplo, en que condenados de más de setenta y cinco años que quieran acceder a una sustitución de su condena en razón de su edad deben cumplir con el requisito de haber cumplido a lo menos la mitad de su condena para poder acceder, “evitando así que una persona, por ejemplo, a los setenta y cuatro años, cometa un delito con la expectativa de no cumplir a modo de sanción una privación de libertad”<sup>177</sup>.

De esta forma, aun cuando aboga por el excarcelamiento de ciertas personas, este mensaje lleva implícito un reconocimiento a la función Preventivo General Negativa de la pena, pues activamente vincula la existencia de la pena con la intimidación de delincuentes potenciales, pues solo entonces sería necesario limitar el beneficio con tal de no desactivar los

---

<sup>175</sup> Santiago, 28 de diciembre 2018. Mensaje 212-366. Boletín 12.345-07. Página 10.

<sup>176</sup> Santiago, 28 de diciembre 2018. Mensaje 212-366. Boletín 12.345-07. Página 10.

<sup>177</sup> Santiago, 28 de diciembre 2018. Mensaje 212-366. Boletín 12.345-07. Página 9.

desincentivos penales en personas de edad avanzada que aspiren a delinquir impunemente. El lenguaje empleado, de hecho, evoca fuertemente las ideas de von Feuerbach.

Así también, se establece expresamente que “si la persona ha sido condenada a presidio perpetuo o presidio perpetuo calificado, sólo podrá solicitar la sustitución de su pena una vez cumplidos veinte o cuarenta años de privación de libertad efectiva, respectivamente”<sup>178</sup>. Esta medida, a falta de un mayor desarrollo, puede interpretarse ya sea desde un prisma retributivo, ya sea desde uno Preventivo General Negativo, pero no preventivo especial positivo, pues la razón de la existencia del beneficio es, justamente, la inhumanidad de someter a adultos mayores a una corriente privación de libertad<sup>179</sup>.

Estas limitaciones, adicionalmente, nos permitirán descartar que el ejecutivo tenga un compromiso real con alguna teoría mixta:

En el mensaje, se presenta el encarcelamiento de las personas en condición de ser beneficiadas por el proyecto como una situación especialmente cruel debido a que “las mínimas condiciones de humanidad que deben considerarse dicen relación con evitar que estas personas convivan en un ambiente que pueda acelerar su deterioro físico, psíquico y social, que no les permitan enfrentar esta etapa de la vida con dignidad”<sup>180</sup>.

Ahora bien, si respecto de estas personas se ha abandonado toda pretensión preventivo especial positiva y se ha estimado que la retribución tendría un carácter inhumano “impropio de un Estado democrático, defensor y promotor de la dignidad de la persona humana y de los derechos humanos”<sup>181</sup>, entonces la limitación referente a que “la persona de setenta y cinco años o más deberá haber cumplido a lo menos la mitad de la condena impuesta antes de poder estar habilitada para solicitar la sustitución de la pena”<sup>182</sup>, que se justifica expresamente en que así se inhibiría a delincuentes potenciales que se confíen en su avanzada edad para

---

<sup>178</sup> Santiago, 28 de diciembre 2018. Mensaje 212-366. Boletín 12.345-07. Página 14.

<sup>179</sup> Santiago, 28 de diciembre 2018. Mensaje 212-366. Boletín 12.345-07. Página 8.

<sup>180</sup> Santiago, 28 de diciembre 2018. Mensaje 212-366. Boletín 12.345-07. Página 8.

<sup>181</sup> Santiago, 28 de diciembre 2018. Mensaje 212-366. Boletín 12.345-07. Página 10.

<sup>182</sup> Santiago, 28 de diciembre 2018. Mensaje 212-366. Boletín 12.345-07. Página 9.

delinquir con impunidad, se sostendría única y exclusivamente en la intimidación, a falta de la ya inútil reinserción y la despreciada retribución.

Adicionalmente, si se ha estimado que la privación de libertad de estos condenados sería una muestra de inhumanidad indigna, impropia de un estado democrático, por cuanto constituiría un desmedido sufrimiento, y aun así se impone por criterios de Prevención General Negativa, entonces necesariamente se está excediendo la retribución de la culpa, penándose desproporcionadamente unos con tal de intimidar más eficazmente a otros.

III.2.K “Proyecto de ley, iniciado en mensaje de S. E. el Presidente de la República, sobre delitos ambientales y daño ambiental.”<sup>183</sup>, En adelante, “sobre delitos ambientales y daño ambiental”

Este es, también, particularmente claro respecto a la finalidad con que se usa la ley penal.

En él, se justifica la dictación de una ley especial de delitos ambientales en que la ausencia de una legislación específica en la materia ha impedido perseguir penalmente conductas que menoscaban nuestro ecosistema, resaltando “la importancia de contar con un instrumento disuasivo de conductas graves que atenten contra el medio ambiente”<sup>184</sup> y agregándose más adelante que “Hoy queda de manifiesto que la actual legislación penal es insuficiente para sancionar las conductas que afectan gravemente a nuestro medio ambiente. Debemos fortalecer las medidas disuasivas y preventivas para evitar situaciones de daño ambiental”<sup>185</sup>

Así también, luego y con especial claridad, al señalar que “La función preventiva del proyecto se manifiesta de dos formas. Por una parte, tiene como objetivo la prevención general, al disuadir al conjunto de la sociedad de ejecutar conductas que afecten gravemente al medio ambiente”<sup>186</sup>.

---

<sup>183</sup> Santiago, 22 de enero 2019, Mensaje 339-366. Boletín 12398-12.

<sup>184</sup> Santiago, 22 de enero 2019, Mensaje 339-366. Boletín 12398-12. Página 2.

<sup>185</sup> Santiago, 22 de enero 2019, Mensaje 339-366. Boletín 12398-12. Página 5.

<sup>186</sup> Santiago, 22 de enero 2019, Mensaje 339-366. Boletín 12398-12. Página 6.

## Conclusión

Terminadas las reseñas individuales, es el momento de extraer lo posible del análisis en conjunto de los mensajes estudiados.

Primeramente, la idea de que cualquiera de los gobiernos justifique la pena en sí misma debe descartarse. Es relevante recordar sobre estas teorías que conllevan una esencial pretensión de exclusividad. Son teorías *absolutas* de la pena, en las que la culpabilidad se entiende como condición necesaria y suficiente para la procedencia de la pena y no solo eso, también suelen excluir el uso de la pena para la obtención de fines sociales ulteriores. Las teorías absolutas son, de hecho, más bien excepcionales en la argumentación estudiada, usadas principalmente para justificar supuestos agravados de tipos que a su vez se justifican en criterios preventivos y encontrándose posturas contradictorias en multitud de otros mensajes e incluso, dentro de los mismos que podrían ser usados para sostener el uso de estas teorías.

No obstante, es fácil ver que ambos gobiernos si se apoyan, en algunos de sus mensajes y para ciertas disposiciones, en teorías absolutas, en especial en las variantes retributivas de éstas. Sin embargo, las ambivalencias de los mensajes vistos, así como el respaldo explícito que se hace a otras posturas en los mismos mensajes, la superación de la culpa como límite e incluso la denuncia directa a la retribución en uno de los mensajes, fuerzan la conclusión de que no existe un compromiso ideológico con alguna teoría absoluta de la pena, sino más bien un uso por añadidura de éstas.

Descartadas las teorías absolutas, al menos como fundamentación consistente y principal de los mensajes de ambos ejecutivos, podemos concluir que, las más de las veces, la pena persigue en Chile un objetivo. Si existe un compromiso ideológico consistente en los mensajes del ejecutivo, será con alguna de las teorías relativas, pues se persigue un fin.

Por la claridad y frecuencia con que se manifiesta, sería fácil pensar que ese compromiso recae en la Prevención Especial Positiva. Después de todo, que un cierto compromiso con esta teoría existe, no puede dudarse: ambos gobiernos apelan explícitamente a la reinserción en varias



oportunidades, vinculándola con una baja en la reincidencia y por tanto con el control del delito, y presentan medidas en consecuencia.

Pero este compromiso tampoco es consistente. Si bien es cierto que muchos de los mensajes estudiados hacen referencia y a veces promueven instituciones u objetivos asociados a estas teorías, por regla generalísima estas propuestas contienen limitaciones o presuponen penas que no pueden justificarse en este tipo de prevención, sino que se apoyan en otra. Además, si bien los gobiernos se sienten cómodos invocando por su nombre a las teorías de la Prevención Especial Positiva, no son estas más frecuentes o relevantes que otras, como son las mucho menos políticamente seguras teorías de la Prevención Especial Negativa, utilizadas también con énfasis y frecuencia.

Sobre el compromiso con estas, si bien no es asumido tan abiertamente como con la positiva, en los mensajes de ambos gobiernos puede observarse claramente. Los dos bloques se apoyan en la estadística para identificar conductas o sujetos especialmente riesgosos o temidos y reaccionan a ellos con medidas que, en la práctica, pretenden neutralizarlos mediante la institución o prolongación del tiempo de encierro de aquellos sobre los que recae ese juicio de riesgo, en algunos casos, aún antes de la condena.

Así también, la Prevención General Negativa goza de una amplia presencia en el período estudiado. No obstante ser su uso más discreto en uno de los gobiernos que en el otro, ambos recurren a estas teorías como herramienta de control social, pretendiendo, mediante la intimidación que produce el encierro, desincentivar a la población en abstracto de la comisión de ciertas conductas criminalizadas, aumentándose las penas y limitándose beneficios donde se estimó que los incentivos eran insuficientes y, en uno de los casos, presentándose como argumento para descriminalizar justamente la incapacidad intimidatoria de la pena en relación a esa determinada conducta.

En estos ejemplos, salvo el caso de la ley de aborto, que es bastante excepcional, se verifica la tendencia denunciada por Welzel, pues el incentivo de las medidas basadas en la

intimidación<sup>187</sup> es al continuo aumento de las penas y a la disminución de los beneficios y garantías, pues así se obtiene la máxima intimidación. Y así ha ocurrido en nuestro medio.

Por último, sobre la Prevención General Positiva, esta es, por un abultado margen, la aproximación teórica a la justificación de la pena menos presente en nuestro medio. Solo encontré un par de ejemplos, por lo demás, no concluyentes<sup>188</sup>. Lamentablemente, en ambos casos, la muestra es tan escasa que no es posible estar seguro de si se corresponde con un genuino y deliberado uso de estas teorías o si es una mera coincidencia en el lenguaje empleado. Por lo demás, aun si en efecto es deliberada y genuina, su escasez en sí indica inescapablemente la debilidad de este potencial compromiso.

Con el punto anterior, ya hemos revisado todas las respuestas clásicas a la pregunta que nos plantea la teoría de la pena, a por qué el estado encierra a la gente en jaulas: Cuando exploramos la posibilidad de que el ejecutivo pene no en busca de un objetivo social, sino justificando la pena en cuanto tal, encontramos poca evidencia de penas que se justifican en, o se agravan por, el nivel de reproche que recae sobre el autor y, sin embargo, estas eran aún una minoría frente a aquellas que se justifican en base a criterios preventivos.

Alejándonos aún más de una respuesta satisfactoria, cuando exploramos luego ese criterio preventivo, preguntándonos si ¿se pena para rehabilitar una persona?, ¿Se pena para neutralizar un riesgo?, ¿Se pena para reafirmar la vigencia del derecho? O ¿se pena para intimidar a la sociedad?, nos encontramos con que todas estas preguntas encontraban, en variado tiempo y circunstancias, respuestas afirmativas<sup>189</sup>, por lo que no es posible decir que haya un compromiso ideológico consistente con ninguna de ellas.

Si me detuviera aquí, la conclusión sería un caos, pues en el período estudiado se ofrecieron todas las respuestas y *de cada una puede decirse que es un argumento en contra de la consistencia de las anteriores y de las siguientes, así como esas lo son también en contra de la de*

---

<sup>187</sup> Al mismo incentivo están sometidas las justificaciones que se basan en la neutralización y el riesgo, por lo demás.

<sup>188</sup> “sobre delitos militares y sus penas” y “sanciona conductas que afectan la convivencia ciudadana y aumentan la sensación de inseguridad en la población”.

<sup>189</sup> Sin desmedro de la falta de contundencia de los ejemplos de Prevención General Positiva.

*esta*. Así las cosas, en lugar de detenerme, exploraré dos alternativas que podrían dar orden a los resultados, siendo la primera de ellas la posibilidad de un compromiso consistente con una teoría mixta de la pena.

Recordando las dos direcciones en que Manuel Jaén Vallejo (1998, p. 150-151) afirma que fluyen las teorías unificadoras, aquella que da prioridad a la justicia<sup>190</sup>, mientras que concede a los fines preventivos un mero papel complementario, debemos descartarla de plano. Teniendo a la vista la escasez comparativa de las normas cuya justificación obedece a una lógica absoluta en la muestra de ambos gobiernos, así como la abundancia de normas que se justifican en criterios preventivos con independencia y a veces en desmedro de la culpa, esa dirección es insostenible. Si es que existe compromiso con una postura unitaria, esta se orienta preferentemente hacia la prevención.

En contraste, nos dice el mismo autor (Vallejo, M. 1998, p. 151), esta segunda dirección asigna a la retribución únicamente la función de límite máximo a las exigencias de la prevención, nunca sobrepasándose el límite de la culpa.

Refiriéndose también a aquella teoría unitaria que privilegia los fines preventivos, nos dice Jakobs que una consecuencia del rol de la retribución como mero límite consiste en “la posibilidad de fijar una pena considerablemente inferior a la medida adecuada a la culpabilidad si hay razones preventivas que aboguen por ello; sin embargo, también conforme a esta variante se considera ilegítimo sobrepasar la pena adecuada a la culpabilidad.” (Jakobs, G. 1998, p. 10).

Entender que el estado presenta un compromiso ideológico consistente con una teoría mixta de estas características es, en principio, atractivo, pues permitiría explicar tanto la presencia en los diversos mensajes de todas las teorías preventivas como el rol, innegable pero menor, que se da a las teorías absolutas.

---

<sup>190</sup> Significando con esto la retribución de la culpa.

No obstante, existen dos grandes objeciones a esa idea, lo suficientemente importantes como para dudar que exista un compromiso consistente con ella<sup>191</sup>.

La primera es la incompatibilidad, en la argumentación estudiada, de los mismos fines preventivos que esta teoría pretendería compatibilizar, lo que puede observarse en ambos gobiernos.

En los gobiernos de la presidenta Bachelet:

Mensajes como “modifica el Código de Justicia Militar”, ponen directamente en conflicto los incentivos de la Prevención General Negativa y la Prevención Especial Negativa con los de la Prevención Especial Positiva, que dicen privilegiarse, pues las medidas que producirían la máxima intimidación social y la más eficiente neutralización individual impedirían la reinserción y la readaptación social, que se dice privilegiar<sup>192</sup>.

Esta incompatibilidad está presente también en “modifica la Ley N° 18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad”, en que se asigna a la pena privativa de libertad características criminógenas inherentes que hacen incompatible que, mediante la misma pena, se intimide y se reinserte, lo que se suma al entendimiento de las medidas alternativas como “oportunidades para un tipo de delincuencia menor”, para ahondar en la idea de sistemas que persiguen objetivos diversos, no compatibles.

En la misma dirección, “facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos” además de presentar la reinserción como una posibilidad voluntaria<sup>193</sup>, manifiesta profundo interés en distinguir entre

---

<sup>191</sup> Además del hecho de que, por la complejidad que le aporta el carácter en principio contradictorio de sus elementos, un compromiso serio con una teoría unitaria requeriría una construcción técnica que no es siquiera intentada.

<sup>192</sup> Objeción que, como se mencionó en su momento, también aplica al presidio perpetuo calificado, del que el mensaje no se hace cargo.

<sup>193</sup> Implicando que la ejecución de la pena, que en contraste no lo es, no se justifica en la reinserción, lo que por lo demás es claro en un mensaje que señala como el objetivo de las medidas que contiene “que procuren impedir la ejecución de nuevos ilícitos mediante la captura, aplicación efectiva de las penas y la consiguiente permanencia de quienes los cometen, sujetos a penas privativas de libertad.” Santiago, 23 de enero de 2015. Mensaje 1167-362. Boletín 9885-07. Páginas 3 y 6.

primerizos y reincidentes “para ofrecer a los primeros tratamientos en libertad y a los segundos, imponerles las penas y medidas de seguridad que corresponden al peligro de reiteración de nuevos delitos.”, con lo que directamente dota de contenido esos sistemas diversos.

En los gobiernos del presidente Piñera:

También en estos gobiernos parece reconocerse las existencias de dos sistemas penales independientes: Mientras por un lado, en “modifica el actual régimen de libertad condicional y establece la prestación de servicios en beneficio de la comunidad como pena alternativa a la pena de prisión para casos de incumplimiento de la pena de multa” se reconoce que “el alto nivel de hacinamiento y sobrepoblación que existe en nuestros recintos penales”<sup>194</sup> condiciona nuestra capacidad de hablar de una verdadera rehabilitación y reinserción y se identifica como un problema que algunos ingresen a los establecimientos penales debido al no pago de multas, por su efecto “acusadamente desocializador y criminógeno”<sup>195</sup>.

Por otro lado, “modifica el código procesal penal en materia de suspensión condicional del procedimiento y prisión preventiva”, que también caracteriza ciertas medidas extramuros como un “mecanismo que permite evitar los efectos estigmatizantes del proceso penal y las negativas consecuencias del contacto criminógeno inherente a la privación de libertad”<sup>196</sup>, orienta su propuesta a impedir que un mismo sujeto sea favorecido por esta salida alternativa una segunda vez por el delito de robo por sorpresa, pues “se estima necesario que el sistema penal actúe en plenitud, mediante la realización de un juicio oral y la posible imposición de una pena, lo que implica la materialización de los fines de la misma, particularmente sus fines preventivo especiales positivos”<sup>197</sup>.

Así, los sistemas serían: el de aquellos que se enfrentan al sistema penal por primera vez, a quienes se pretende reintegrar, y el de aquellos que ya se enfrentaron a él previamente, a quienes

---

<sup>194</sup> Santiago, 10 de marzo de 2011. Mensaje 622-358. Boletín 7534-07. Página 2.

<sup>195</sup> Santiago, 10 de marzo de 2011. Mensaje 622-358. Boletín 7534-07. Página 5.

<sup>196</sup> Santiago, 22 de noviembre de 2010. Mensaje 507-358. Boletín 7337-07. Página 3.

<sup>197</sup> Santiago, 22 de noviembre de 2010. Mensaje 507-358. Boletín 7337-07.

se les aplica una pena privativa de libertad que se reconoce como contraria a la rehabilitación, pues por eso se exceptuó de ella al primerizo.

Adicionalmente, en ambos gobiernos estudiados, la mayor contradicción radica en que, si la cárcel se reconoce criminógena, estigmatizante, y propicia para la formación de carreras delictivas, y las penas extramuros se vinculan con la reinserción, fomentar la aplicación de la primera por sobre las segundas obedece a objetivos no solo no complementarios, sino en directa contradicción con los fines Preventivo Especiales Positivos que se afirma perseguir. Y esa contradicción argumenta por el descarte de un verdadero compromiso ideológico con una teoría mixta. En la balanza no hay equilibrio, pues más pesan los criterios Preventivo Generales Negativos y/o Preventivo Especiales Negativos que los Preventivo Especiales Positivos.

La segunda objeción, quizás más importante, consiste en que, en realidad, no se respeta el quantum de la culpa siquiera como límite máximo, cediendo ésta a la presión de los criterios preventivos y atentando así contra la noción de una teoría mixta.<sup>198</sup>

En los gobiernos de la Presidenta Bachelet:

En “aumenta en un grado la pena del delito de falsa alarma, cuando ocasione tumulto, conmoción pública o altere la seguridad o el orden público” se reconoce la afectación del bien jurídico de la falsa alarma como de poca intensidad, siendo justamente por ello la pena más bien baja. Inmediatamente después, se justifica aumentar la pena de un delito en el clima de inseguridad y cuantiosa pérdida de recursos que ocasionan los frecuentes avisos de bomba, falsos y reales, al tiempo del mensaje y así, abiertamente se está renunciando al límite de la culpa en orden de aumentar la capacidad intimidatoria de la pena, y con ello, la expectativa preventiva de la misma.

---

<sup>198</sup> Me abstendré de referirme a ocasiones donde en mi opinión se esté superando el límite de la culpa, pues si bien las hay bastantes y tengo un alto nivel de convencimiento en ellas, ese juicio es inescapablemente propio y por tanto altamente subjetivo. Sostuve esta objeción, en cambio, en la argumentación misma de los mensajes.

En “modifica la ley n° 18.314, que establece conductas terroristas y fija su penalidad” se justifica el aumento de penas que supone la legislación antiterrorista por cuanto estos delitos afectan bienes jurídicos individuales que constituyen, a la vez, “derechos humanos fundamentales”, de los que se propone excluir a la propiedad, generando con ello un orden de prelación entre ciertos bienes jurídicos en el que la propiedad sería uno no fundamental.

Así las cosas, resalta el especial énfasis 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” coloca en la propiedad, proponiendo inequívocamente su protección mediante la Prevención Especial Negativa al señalar que pretende “impedir la ejecución de nuevos ilícitos mediante la captura, aplicación efectiva de las penas y la consiguiente permanencia de quienes los cometen, sujetos a penas privativas de libertad”<sup>199</sup>.

Para esto propone una serie de medidas ya comentadas, de las que quiero volver a destacar la limitación al otorgamiento de la libertad condicional a los responsables de ciertos delitos de robo, entre los que se encuentra el robo por sorpresa y el de cajeros automáticos, hasta el cumplimiento de dos tercios de su condena, por resultar sumamente expresiva.

Esa limitación, que contraviene la regla general de la mitad de la condena, se justifica en nuestra legislación en la especial gravedad de ciertos delitos que se estiman especialmente atroces, ocupándose el mismo mensaje de recordarnos que “bajo nuestra legislación los condenados por delitos *especialmente relevantes y graves*, tales como parricidio, homicidio calificado, robo con homicidio, violación con homicidio, violación de menores de 14 años, manejo en estado de ebriedad causando la muerte, sólo pueden optar a este beneficio cuando cumplan dos tercios de la condena, por lo que parece razonable incluir entre estos a los delitos de robo antes mencionados.”<sup>200</sup>

Resaltan entonces las inclusiones propuestas, pues sugerir que la gravedad de delitos como el robo por sorpresa y el robo de cajeros automáticos está a la par con la de delitos como el robo

---

<sup>199</sup> Santiago, 23 de enero de 2015. Mensaje 1167-362. Boletín 9885-07. Página 3.

<sup>200</sup> Santiago, 23 de enero de 2015. Mensaje 1167-362. Boletín 9885-07. Página 14. Énfasis agregado.

con homicidio o la violación de menores de 14 años no solo no parece razonable, también se contraponen abiertamente con el juicio de prelación contenido en el mensaje anteriormente visto, que estimó la propiedad como un bien jurídico menor. Y si el bien jurídico se reconoce menor, y no obstante se propone aumentar la pena y reducir los beneficios<sup>201</sup>, y con ellos la posibilidad de reinserción, entonces la pena propuesta se impone en desmedro de la culpa, y en directa contradicción con la posibilidad de una teoría mixta.

En los gobiernos del presidente Piñera.

En “aumenta las penas del delito de robo de cajeros automáticos” la fundamentación del proyecto descansa sobre la importancia económico-social del servicio financiero que prestan los cajeros automáticos, sobre la que se construye el nivel de injusto del correspondiente delito al argumentarse que el robo de un cajero automático encontraría su especial gravedad en la suspensión de servicio financiero de importancia homologable al suministro de un servicio público o domiciliario.

No obstante, esta argumentación resulta imposible de sostener cuando, inmediatamente después, el mensaje propone que la agravación se establezca en función del objeto material (cajeros automáticos y dinero contenido en ellos), y no de la interrupción o interferencia en su funcionamiento<sup>202</sup>: si la gravedad del delito, y por extensión lo alto de la pena, se justifica en la especial gravedad de un acto que interrumpe un servicio financiero tan relevante como un suministro público, pero se propone penar con esa especial gravedad aun aquellos casos en que no se interrumpe ese servicio o en que el servicio estaba interrumpido de antemano, entonces esos casos se estarán penando en desmedro de la falta de culpa como el mismo mensaje la ha construido.

Por último, en “regula la sustitución de penas privativas de libertad por razones humanitarias para las personas que indica” se caracteriza la privación de libertad de personas que tengan setenta y cinco años o más como un estado de cosas en que los esfuerzos de reinserción, que

---

<sup>201</sup> Desoyendo los principios de proporcionalidad y ultima ratio, parte importante de la argumentación del otro mensaje y no tocados en este.

<sup>202</sup> Santiago, 11 de abril de 2011. Mensaje 014-359. Boletín 7689-07. Página 4.



se identifican como una finalidad esencial de la pena, pierden sentido debido a la imposibilidad de estas personas de participar de los programas de reinserción social del establecimiento penitenciario. Así, “mantenerlas en un establecimiento penal haría que la sanción tuviese un fin puramente retributivo de carácter inhumano”, debido a que “las mínimas condiciones de humanidad que deben considerarse dicen relación con evitar que estas personas convivan en un ambiente que pueda acelerar su deterioro físico, psíquico y social, que no les permitan enfrentar esta etapa de la vida con dignidad”<sup>203</sup>.

Ahora bien, si respecto de estas personas se ha abandonado toda pretensión Preventivo Especial Positiva y se ha estimado que la retribución tendría un carácter inhumano “impropio de un Estado democrático, defensor y promotor de la dignidad de la persona humana y de los derechos humanos”<sup>204</sup>, entonces la limitación referente a que “la persona de setenta y cinco años o más deberá haber cumplido a lo menos la mitad de la condena impuesta antes de poder estar habilitada para solicitar la sustitución de la pena”<sup>205</sup>, que se justifica expresamente en que así se inhibiría a delincuentes potenciales que se confíen en su avanzada edad para delinquir con impunidad, se sostendría *exclusivamente* en la intimidación: si se ha estimado que la privación de libertad de estos condenados sería una muestra de inhumanidad indigna, impropia de un estado democrático por cuanto constituiría un desmedido sufrimiento, su encierro por criterios de Prevención General Negativa necesariamente exceden la retribución de la culpa.

Con estas objeciones a la vista, me parece que la noción de que una postura ideológica unitaria por parte de nuestros últimos gobiernos debe ser completamente desechada<sup>206</sup>. Hay, sin embargo, una última alternativa que permite explicar el uso aparentemente antojadizo de

---

<sup>203</sup> Santiago, 28 de diciembre 2018. Mensaje 212-366. Boletín 12.345-07. Página 8.

<sup>204</sup> Santiago, 28 de diciembre 2018. Mensaje 212-366. Boletín 12.345-07. Página 10.

<sup>205</sup> Santiago, 28 de diciembre 2018. Mensaje 212-366. Boletín 12.345-07. Página 9.

<sup>206</sup> Respecto a la corriente unitaria liderada por el profesor Roxin, las objeciones previas también aplican. Si bien para el autor la conminación legal podría sostenerse en la mera prevención general, decir que en Chile la ejecución de la pena pretende la resocialización sería poco auténtico, pues ambos gobiernos estiman la cárcel criminógena y estigmatizante, mientras vinculan las penas alternativas a la privación de libertad con la reinserción, quedando entonces para los internos solo el otro tipo de prevención especial. Por lo demás, la segunda objeción es aún más incompatible con la teoría del profesor alemán, que le asigna al principio de culpabilidad como límite último de la pena “una función liberal absolutamente independiente de toda retribución. (Roxin, C. 1997, p. 99-100).

todas las teorías vistas hasta el momento: que la postura que informe los mensajes del ejecutivo sea *política, pero no ideológica*.

La falta de una convicción ideológica en la materia, aunque en si misma preocupante, no significa necesariamente que se esté actuando en la ignorancia o al azar, pues vale la pena preguntarse si es que, quizás, estos actos ideológicamente inconsistentes lo son, paradójicamente, debido a que obedecen a objetivos políticos.

Como se mencionó en el marco teórico, la discusión contemporánea se caracteriza por tener un enfoque *más* político que académico, por ser, más que una discusión de derecho penal, una de política criminal, con la consecuente vulgarización conceptual<sup>207</sup> que eso conlleva: La ciudadanía coloca una intensa presión política en su exigencia de seguridad cognitiva y en el esfuerzo por brindarla, y mostrarse frente al electorado como “un legislador atento y decidido” (Viquez, K. 2007, P. 8), las convicciones verdaderamente políticas pueden ser abandonadas, siendo su ausencia lo que permitiría explicar la coexistencia de mensajes ideológicamente incompatibles, pues el foco no está ya en lo que se hace, o siquiera en el por qué se hace, sino en la percepción ciudadana de aquello que se hace.

En este punto, renunciaré a la idea de que los mensajes de cada administración estén, en su conjunto, ideológicamente determinados y me centraré en cambio en intentar explicar su diversidad mediante la posibilidad de que las administraciones en estudio persigan un objetivo político ideológicamente neutro: Que hagan un *uso político desideologizado del derecho penal* en orden de obtener réditos partidistas y/o electorales.

Este “uso” del derecho penal puede observarse en varios de los mensajes reseñados, muchos de los cuales presenta características como:

- Una ausencia de compromiso con postura ideológica alguna.
- Un uso oportunista de ciertas posturas técnicas o ideológicas, variables según las exigencias políticas del momento.

---

<sup>207</sup> Y, por tanto, según se entiende en este trabajo, ideológica.

- Un especial interés en la percepción ciudadana, presentándola a veces como directa justificación de las medidas que adopta.
- Una tendencia al empleo de criterios estadísticos de riesgo y victimización.
- Una tendencia al alza de la duración y dureza de las penas y las medidas de seguridad como medida de disminución de ese riesgo.
- Una renuncia a la culpa como límite a la respuesta punitiva, por ser un límite ideológico que no se comparte o por el que no se interesa.

Así, en los mensajes de la Presidenta Bachelet, “modifica el código penal y el código procesal penal en materia de seguridad ciudadana, y refuerza las atribuciones preventivas de las policías” puede ser mejor entendido como un mero uso de la Prevención Especial Negativa que como una manifestación de compromiso con ella: después de todo, su ostensible atención al riesgo y la peligrosidad se acompaña con repetidas y explícitas alusiones al sentimiento de vulnerabilidad que impera en la ciudadanía, lo que se vincula causalmente con las medidas implementadas. En este caso, la prevención Especial Negativa sirve de instrumento a la política criminal del estado, y así se reconoce.

Así también, “aumenta en un grado la pena del delito de falsa alarma, cuando ocasione tumulto, conmoción pública o altere la seguridad o el orden público” bien podría interpretarse como un uso instrumental de la Prevención General Negativa, carente de compromiso ideológico, pues si bien se pretende la inhibición mediante la intimidación, esta no es el fin de la medida, sino un medio para, se admite, ahorrar recursos públicos y combatir el clima de inseguridad que esta conducta genera en la población.

En su segundo gobierno, “facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos”, se justifica políticamente en cuanto respuesta a una exigencia ciudadana por seguridad. Es esa exigencia, y no un genuino compromiso con la prevención general o especial, lo que justifica en la práctica la limitación de la procedencia de las circunstancias atenuantes, la de la libertad condicional y las salidas alternativas, la imposición de penas mínimas para los primerizos y la agravación de

las de los reincidentes, expresamente diseñada para impedir la aplicación de la ley 18.216<sup>208</sup>, entre otras medidas.

Entre los mensajes del Presidente Piñera, “crea inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores y establece registro de dichas inhabilidades”, justifica la medida propuesta, a partes iguales, en que “la gravedad del daño que los delitos sexuales causan a la víctima y *el temor que generan en la sociedad*, particularmente en los casos en que son cometidos contra niños, niñas o adolescentes, plantea la necesidad de mejorar el sistema de penas con el que actualmente se sanciona estas conductas, como asimismo, la habilidad de éstas no sólo para lograr la reinserción del condenado, sino también, de *minimizar el temor de la ciudadanía*, los riesgos de reincidencia y perfeccionar los resguardos y mecanismos de protección de la población”<sup>209</sup>.

Por su parte, “modifica el Código Procesal Penal en materia de suspensión condicional del procedimiento y prisión preventiva”, justifica la limitación que propone a la suspensión condicional del procedimiento respecto del delito de robo por sorpresa, además de en las características del delito<sup>210</sup>, en que “*atendida su alta connotación social, requiere de un tratamiento diferenciado de otros delitos que también pueden ser objeto de la referida salida alternativa.*”<sup>211</sup>

Las primeras palabras de “modifica el tratamiento de las penas de los delitos de robo y receptación de vehículos motorizados o de los bienes que se encuentran al interior de éstos” son destinadas al aumento estadístico de la victimización, concluyéndose que “La seguridad ciudadana es actualmente una de las prioridades de los chilenos y *la ciudadanía reclama la toma de medidas concretas para combatir la delincuencia y, específicamente, respecto de aquellas formas más dañosas y que están causando una mayor sensación de inseguridad a la población*”<sup>212</sup>.

---

<sup>208</sup> Santiago, 23 de enero de 2015. Mensaje 1167-362. Boletín 9885-07. Página 7 a 9.

<sup>209</sup> Santiago, 19 de mayo de 2010. Mensaje 117-358. Boletín 6952-07. Página 1.

<sup>210</sup> Lo que, como se señaló antes, es impreciso al punto de ameritar el descarte.

<sup>211</sup> Santiago, 22 de noviembre de 2010. Mensaje 507-358. Boletín 7337-07. Página 3. Énfasis agregado.

<sup>212</sup> Santiago, 11 de junio de 2018. Mensaje 044-366. Boletín 11.818-25. Página 2. Énfasis agregado.

Siguiendo la misma lógica, durante el mensaje “modifica el tratamiento de las penas de los delitos de robo y receptación de vehículos motorizados o de los bienes que se encuentran al interior de éstos” se justifica un fuerte endurecimiento de la respuesta penal a los “portonazos” en razones que apuntan con mayor claridad a un esfuerzo de aseguramiento cognitivo dirigido a una población temerosa que al resultado natural de la propia ideología<sup>213</sup>.

Por último, “sanciona conductas que afectan la convivencia ciudadana y aumentan la sensación de inseguridad en la población”, se justifica expresamente en como “la presencia en el espacio público y en los vecindarios de elementos considerados como incivildades o causantes de desorden, provocan un detrimento de la autoridad y un aumento en la sensación de inseguridad en la población”<sup>214</sup>.

Y así, siendo claro que el énfasis se encuentra en la promoción de un sentimiento de seguridad del que el derecho penal es un mero instrumento, resulta mucho menos confusa la selectividad de motivos constantemente observada, pues se está contestando a un reclamo igualmente constante del electorado, no debiendo sorprendernos entonces la alternatividad tanto de la técnica como de la ideología, que solo se emplean en cuanto son útiles.

Estas últimas líneas, y todo este trabajo en realidad, no son más que una invitación para, mediante su recontextualización como mero uso, explicar la disparidad ideológica vista en los mensajes de ley de los gobiernos estudiados. No solo de aquellos en que esa idea surgió expresamente, sino de todos. Y es que durante el estudio de los mensajes seleccionados han surgido contradicciones insalvables.

El mismo gobierno que sostuvo la imperatividad de la abolición de la pena de muerte por cuanto constituye una indigna instrumentalización del condenado como medio político criminal emplea el encierro de sus ciudadanos como herramienta de propaganda electoral, pues lo usa como medio de aseguramiento cognitivo de la ciudadanía.

---

<sup>213</sup> El detalle del cual se encuentra en una sección previa.

<sup>214</sup> Santiago, 13 de julio de 2018. Mensaje 060-366. Boletín 11913-25. Página 2. Énfasis agregado.

El mismo gobierno que señalaba la inhumanidad del encierro de algunas personas la mantiene en ciertos casos, expresamente como medio de intimidación general.

El mismo gobierno que clasificó a la propiedad como un bien jurídico no fundamental consideró razonable extenderle a delitos que la infringen la legislación excepcional que aplicamos a crímenes como el parricidio y el robo con homicidio.

El mismo gobierno que reconoce como efecto de las carencias materiales de los recintos penitenciarios la incapacidad de aspirar a una verdadera rehabilitación sugiere luego confiar en los efectos preventivo especiales positivos de la privación de libertad para los condenados por ciertos delitos.

El mismo gobierno que vincula las salidas alternativas con la reinserción y la privación de libertad con la formación de carreras delictivas instituye luego medidas con el expreso propósito de prolongar el encierro de los condenados, así como lo hace el mismo gobierno que ve en el proceso penal y la privación de libertad un efecto desocializador, estigmatizante y criminógeno.

Y es que no pueden permitirse el costo político de ser consistentes.

No obstante una aparente afinidad con la Prevención Especial Negativa en los gobiernos de Michelle Bachelet y con la Prevención General Negativa durante los de Sebastián Piñera, además de un declarado pero dudoso compromiso de ambos con la Prevención Especial Positiva, los gobiernos son más similares que diferentes, pues ambos salen de sus zonas presumiblemente ideológicas y se internan en otras según la presión política imperante en el momento, que plasman claramente en los mismos mensajes.

Por supuesto, este diagnóstico no permite explicar individualmente todos los mensajes del periodo estudiado, pero, por su naturaleza, no necesita hacerlo. Perfectamente puede ser que algunos de los mensajes, por cuanto no están sometidos al mismo nivel de presión política que otros, puedan permitirse ser inspirados por una sincera convicción. Lo que aquí denunció no es la completa falta de ideología en la materia, sino su uso oportunista o abandono selectivo.

Expresándome con la máxima claridad: la flagrante inconsistencia ideológica constatada en los mensajes estudiados puede ser explicada si se asume que las dos administraciones han legislado con total independencia y a veces en desmedro de su propia ideología con tal de dar respuesta a la creciente demanda ciudadana de seguridad cognitiva. El problema denunciado es la instrumentalización del derecho penal: un uso político, pero no ideológico.

No hablamos ya de prevención, sino de mera percepción, y es eso lo que nos permite dotar de sentido que ciertos mensajes presenten medidas que se argumentan mediante claros gestos a una teoría, solo para más adelante adoptar un compromiso aparente con otra o para enfrentarse por completo con lo dicho en otro mensaje. La mejor evidencia que tengo del desinterés ideológico que temo y del uso oportunista que denuncio es la persistencia de ciertos argumentos, presupuestos e ideas que participan de corrientes diversas y no obstante se alternan las declaradas convicciones de los gobiernos, pese a ser muchas de ellas imposibles de sostener en simultáneo.

La pregunta que nos plantea la teoría de la pena, vale decirlo, es en extremo compleja, por lo que no sería de buena fe juzgar con demasiada dureza la adopción de una teoría consistente al respecto, cualquiera sea<sup>215</sup>. Las diferencias así generadas serían, para efectos de este trabajo, ideológicas, y ese tipo de debate significaría una bienvenida diferencia.

Por el contrario, el uso desideologizado de estas teorías o, peor aún, su uso en desmedro de la propia ideología con tal de obtener réditos político/electorales, si es reprehensible, por cuanto convierte la política en mercenarismo ideológico al servicio de encuestas que se privilegian por sobre la propia integridad.

---

<sup>215</sup> Lo que en ningún caso obsta a oponerse a ella.

## **Bibliografía**

1. Bacigalupo, E. (2010). Filosofía e Ideología de las teorías de la pena. Derecho y humanidades. N° 16. Vol. 1. Páginas 17-30.
2. Beristain Ipiña, A. (1962). Fines de la pena (importancia, dificultad y actualidad del tema). Madrid, España.
3. Bonesana, C. (2000) De los delitos y de las penas. Ciudad de México, México. Fondo de Cultura Económica.
4. Carrara, F. (2000) Programa del curso de Derecho Criminal. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental.
5. Collado, R. (2014). Derecho Penal I. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. (Memoria de clase)
6. Cuneo Nash, S. (2016). Prisión perpetua y dignidad humana: Una reflexión tras la muerte de Manuel Contreras. Política criminal, 11(21). Recuperado el 21/04/2019 de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992016000100001>
7. Cury, E. (1998). La prevención especial como límite de la pena. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 41, Mes 3. Recuperado el 23/04/2019 de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46333>
8. Cury, E. (2005) Derecho Penal: Parte General. Santiago, Chile. Ediciones Universidad Católica de Chile.
9. Da Re, V. y Maceri, S. (2008) La antropología criminal de Lombroso como puente entre el reduccionismo biológico y el derecho penal (Primera Parte). Límite. Revista de Filosofía y Psicología, Volumen 3, N° 17.
10. Dijk, T. A. Van (2005) ideología y análisis del discurso. Utopía y praxis Latinoamericana, Vol. 10, N° 29, Abril – junio, 2005, Pp. 9 – 36) Recuperado el 21/04/2019 <http://www.discursos.org/oldarticles/Ideolog%EDa%20y%20an%E1lisis%20del%20discurso.pdf>



11. Dijk, T. A. Van (2005, B) política, ideología y discurso. Quórum Académico Vol.2, N°2, Julio-diciembre 2005, Pp. 15 – 47) Recuperado el 21/04/2019 de <http://www.discursos.org/oldarticles/Politica%20ideologia.pdf>
  
12. Eemeren, F. H. Van, (2015). Identifying Argumentative Patterns: A Vital Step in the Development of Pragma-Dialectics. Argumentation. 30. 10.1007/s10503-015-9377-z. Recuperado el 02/05/2019 de [https://www.researchgate.net/publication/282964997\\_Identifying\\_Argumentative\\_Patterns\\_A\\_Vital\\_Step\\_in\\_the\\_Development\\_of\\_Pragma-Dialectics/download](https://www.researchgate.net/publication/282964997_Identifying_Argumentative_Patterns_A_Vital_Step_in_the_Development_of_Pragma-Dialectics/download)
  
13. Emeren, F.H. Van, Grootendorst, R. (2006). Argumentación, comunicación y falacias. Una perspectiva pragma-dialéctica. (2 ed.). Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.
  
14. Escobedo, I. y Navia, P. (2017) Mociones por montones. Las motivaciones de los diputados chilenos para presentar proyectos de ley que nunca serán leyes, 1990-2014. Recuperado el 21/04/2019. De <http://www.congresoalacip2017.org/archivo/downloadpublic2?q=YToyOntzOjY6InBhcmFtcyl7czozNToiYToxOntzOjEwOiJJRF9BUiFVSZPjtzOjQ6IjI3NTkiO30iO3M6MT0iaCI7czozMjoiZjIiNzA4NGJhMzlhYTM0NjgwZmMOMTY3MGJjNTYyMWMiO30%3D>.
  
15. Fernández Cruz, J. (2013). Análisis crítico del discurso y criminología: Una aproximación interdisciplinaria. Política criminal, 8(16), 472-499. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992013000200004>
  
16. Fernández, J. A. (2013) Análisis crítico del discurso y criminología. Una aproximación interdisciplinaria. Polit. Cirm. Vol 8, N°16 (diciembre 2013), Art. 4, pp. 472-499.
  
17. Foucault, M. (2018). Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión. Buenos Aires, Argentina. Siglo XXI Editores.
  
18. Galfione, M.C. La sociología criminal de Enrico Ferri: entre el socialismo y la intervención disciplinaria (VII Jornadas de Sociología de la Universidad Nacional de La Plata “Argentina en el escenario latinoamericano actual: debates desde las ciencias sociales”) Paginas 1- 10) Recuperado el 21/04/2019 de

[http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/30336/Documento\\_completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/30336/Documento_completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

19. García Caveró, P. (2008) Acerca de la función de la pena. Université de Fribourg. Recuperado el 21/04/2019 de [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080521\\_80.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_80.pdf)
20. García Caveró, P. (2008). Acerca de la función de la pena. Recuperado el 21/04/2019 de [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20080521\\_80.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_80.pdf)
21. Garssen, B. (2016). Problem-Solving Argumentative Patterns in Plenary Debates of the European Parliament. *Argumentation*, 30(1), 25-43. <https://doi.org/10.1007/s10503-015-9378-y>
22. Gonzalez, M. (1986) Elementos de Criminología. San Nicolás de la Garza, Mexico. Departamento editorial de la facultad de derecho y ciencias sociales de la Universidad Autónoma de Nuevo León
23. Hegel, G.W.F. (1968) Filosofía del Derecho. Buenos Aires, Argentina. Editorial Claridad S.A.
24. Hobbes, T. (2013) Leviatán: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil. Oaxaca, México. Impresora y Encuadernadora progreso, S.A.
25. Horvitz L., M. (2012). Seguridad y garantías: derecho penal y procesal penal de prevención de peligros. *Revista de Estudios de la Justicia*, (16), pp. 99-118. Recuperado el 21/04/2019 de <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/29500/31281>
26. Irrazábal, G. (2012). La concepción de la pena en el magisterio actual. *Veritas*, (27), 193-220. Recuperado el 21/04/2019 de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-92732012000200009>
27. Jakobs, G y Cancio Meliá, M. (2003) Derecho penal del enemigo. Madrid, España, Civitas Ediciones, S. L.
28. Jakobs, G. (1998) Sobre la Teoría de la Pena. Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia.

29. Jareborg, N. (2000) Crime Ideologies. Stockholm Institute for Scandianvian Law. Recuperado el 21/04/2019 de <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/40-16.pdf>
30. Kant, I. (1873) Principios metafísicos del derecho. Madrid, España. Imprenta de José María Pérez.
31. Kant, I. (2012) Fundamentación para una metafísica de las costumbres. Madrid, España. Alianza Editorial, S.A.
32. Leija, M. (1989) Elementos de criminología. San Nicolás de los Garza, México. Departamento editorial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma de Nuevo León.
33. Mantovani, F. (1989) La teoría de la pena en el pensamiento de Francesco Carrara. Nuevo Foro Penal N°44. Recuperado el 21/04/2019 de <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:RsAlBTAKLF8J:publicacione s.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/download/4165/3420/+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=cl>
34. Mañalich, J.P.(2007) La pena como retribución. Estudios Públicos 108. Recuperado 21/04/2019 de [https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304094402/r108\\_manalich\\_lapena.pdf](https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304094402/r108_manalich_lapena.pdf)
35. Marmor, A. (2008) The Pragmatics of Legal Language. USC Law Legal Studies Paper No. 08-11. Recuperado el 21/04/2019 de <https://ssrn.com/abstract=1130863>
36. Meini, I. (2013) La pena: Función y presupuestos. Revista de la Facultad de Derecho PUCP. N°71, 2013 páginas 141-167) recuperado el 21/04/2019 de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8900/9305>
37. Mejia, E. (1979) La teoría del delito desde Von Liszt y Beling hasta hoy. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza. Número 4/5. Años: IV – V Recuperado el 21/04/2019 de <http://www.um.edu.ar/ojs-new/index.php/Idearium/article/view/697/678>

38. Mezger, E. (1958) Derecho Penal: Libro de estudio, parte general. Buenos Aires, Argentina. Pellegrini impresores.
39. Mizrahi, E. (2004) La legitimación hegeliana de la pena. Revista de Filosofía Vol. 29 Núm. 1. Recuperado el 21/04/2019 de <http://revistas.ucm.es/index.php/RESF/article/viewFile/RESF0404120007A/9626>
40. Morales, A (2012) La política criminal contemporánea: Influencia en Chile del discurso de la ley y el orden. Polít. crim. Vol. 7, Nº 13 (Julio 2012), Art. 3, pp. 94 - 146.) Recuperado el 21/04/2019 de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v7n13/art03.pdf>
41. Nin de Cardona, J. (1965) La nueva defensa social. Consideraciones sobre un libro de Marc Ansel. Buenos Aires, Argentina. Editorial La Ley S. A.
42. Platón. (1980) Clásicos El Basilisco: Protagoras. Oviedo, España. Pentalfa Ediciones.
43. Platón. (2009) Gorgias. Ciudad de México, México. Grupo editorial Tomo S.A.
44. Politoff, S., Matus, J. P. y Ramírez, M.C. (2003) Lecciones de derecho penal chileno, parte general. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile
45. Roxin, C. (1997). Derecho Penal: Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Madrid, España. Editorial Civitas S.A.
46. Ruiz Funes, M. (1948) La defensa social contra el delito y el peligro. Revista de la Universidad Nacional (1944 - 1992), Número 11, p. 209-220 Recuperado el 21/04/2019 de <http://bdigital.unal.edu.co/18388/1/14198-42245-1-PB.pdf>
47. Sâmmara de Araújo Alves, J. (2017) La evolución de los fundamentos de las penas y el surgimiento de políticas actuariales basadas en la sociedad del riesgo. Revista de Derecho, Escuela de Postgrado, Universidad de Chile. N°9, 2017. Páginas 62-90).
48. Sanz, A. (2012) El tratamiento del delincuente habitual. Polít. crim. Nº 4 (2012), pp. 1 - 16.) Recuperado el 21/04/2019 de

49. Scheunemann de Souza, D. (2008) La Doctrina de los 'Three Strikes and You're Out' y el Principio de Proporcionalidad en el Constitucionalismo y Jurisprudencia Estadounidense. Derecho y sociedad, Asociación Civil Derecho & Sociedad, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Per, 2008, N° 31
50. Secondat, C (2013) Del espíritu de las leyes. Ciudad de México, México. Editorial Porrúa.
51. Seneca, L. A. (1994) Diálogos, De la ira, Libro Primero. Barcelona, España. Litografía Rosés S.A.
52. Serrano Maíllo, A (2012) Reflexiones sobre la nueva defensa social en el marco de la modernidad reflexiva. Revista de Derecho UNED, Numero 11.
53. Silva Sánchez, J. (2001) El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales a los delincuentes sexuales violentos. En: ARROYO ZAPATERO. L, y BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I. (Dir.) (2001) Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca. Recuperado el 21/04/2019 de <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/15el-retorno-de-la-inocuizacion.pdf>
54. Valenzuela Saldías, J. (2010). LA PENA COMO PENITENCIA SECULAR: APUNTES SOBRE EL SENTIDO DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA. Revista de derecho (Valdivia), 23(1), 255-268. Recuperado el 21/04/2019 de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502010000100011>
55. Vallejo, M.J. (1998) La función social de la pena. Revista de la facultad de ciencias jurídicas Universidad de las palmas de Gran Canaria. Recuperado el 21/04/2019 de [https://accedacris.ulpgc.es/bitstream/10553/8006/2/0233586\\_00003\\_0008.pdf](https://accedacris.ulpgc.es/bitstream/10553/8006/2/0233586_00003_0008.pdf)
56. van Dijk, T.A. (2005). Ideología y análisis del discurso. Utopía y Praxis Latinoamericana. Recuperado el 21/04/2019 de <http://www.discursos.org/oldarticles/Ideolog%EDa%20y%20an%E1lisis%20del%20discurso.pdf>

57. van Dijk, T.A. (2005). Política, ideología y discurso. Quorum académico. Recuperado el 21/04/2019 de <http://www.discursos.org/oldarticles/Politica%20ideologia.pdf>
58. van Eemeren, F. H., & Garssen, B. (2013). Argumentative patterns in discourse. In D. Mohammed, & M. Lewiski (Eds.), *Virtues of argumentation: proceedings of the 10th International Conference of the Ontario Society for the Study of Argumentation (OSSA)*, 22-26 May 2013 Windsor, ON: OSSA.
59. Víquez, K. (2007) Derecho penal del enemigo ¿una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro”. *Polít. crim.* Nº 3 (Julio 2007), Art. 2, pp. 1 - 18.) Recuperado el 21/04/2019 de <http://www.conteudojuridico.com.br/livro-digital,derecho-penal-del-enemigo-%C2%BFuna-quimera-dogmatica-o-un-modelo-orientado-al-futuro-karolina-viquez-a,29686.html>
60. von Liszt, F. (1994) *La idea del fin en el Derecho*. Ciudad de Mexico, Mexico. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
61. Wodak, Ruth. (2015). *Critical Discourse Analysis, Discourse-Historical Approach*. 10.4135/9780857028020.d6.
62. Zambrano Tiznado, J. P. (2015). *DERECHO, IDEOLOGÍA Y DISCURSO*. *Alpha (Osorno)*, (40), 71-80. Recuperado el 21/04/2019 de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-22012015000100006>.

Mensajes de proyecto de ley considerados:

1. “MENSAJE DE S.E. LA PRESIDENTA DE LA REPÚBLICA CON EL QUE INICIA UN PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY N° 18.314, QUE ESTABLECE CONDUCTAS TERRORISTAS Y FIJA SU PENALIDAD.” Santiago, 3 de julio de 2006. Mensaje 185-354. Boletín 4298-07
2. “MENSAJE DE S.E. LA PRESIDENTA DE LA REPÚBLICA CON EL QUE INICIA UN PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL Y EL CÓDIGO PROCESAL PENAL EN MATERIA DE SEGURIDAD CIUDADANA, Y REFUERZA LAS ATRIBUCIONES PREVENTIVAS DE LAS POLICIAS.” Santiago, 7 de julio de 2006. Mensaje 188-354. Boletín 4321-07.

3. "MENSAJE DE S.E. LA PRESIDENTA DE LA REPÚBLICA CON EL QUE INICIA UN PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR." Santiago, 22 de junio de 2007. Mensaje N°369-355. Boletín 5159-07.
4. "MENSAJE DE S.E. LA PRESIDENTA DE LA REPÚBLICA CON EL QUE SE INICIA UN PROYECTO DE LEY TENDIENTE A MODIFICAR LA LEY N° 18.216, QUE ESTABLECE MEDIDAS ALTERNATIVAS A LAS PENAS PRIVATIVAS O RESTRICTIVAS DE LIBERTAD" Santiago, 31 de marzo de 2008. Mensaje 66-356. Boletín 5838-07.
5. "MENSAJE DE S.E. LA PRESIDENTA DE LA REPÚBLICA CON EL QUE INICIA UN PROYECTO DE LEY SOBRE DELITOS MILITARES Y SUS PENAS." Santiago, 29 de septiembre de 2009. Mensaje 1256-357. Boletín 6734-02.
6. "MENSAJE DE S.E. EL VICEPRESIDENTE DE LA REPÚBLICA CON EL QUE INICIA UN PROYECTO DE LEY QUE AUMENTA EN UN GRADO LA PENA DEL DELITO DE FALSA ALARMA, CUANDO OCASIONE TUMULTO, CONMOCIÓN PÚBLICA O ALTERE LA SEGURIDAD O EL ORDEN PÚBLICO." Santiago, 30 de noviembre 2009. Mensaje 1639-357. Boletín 6791-06.
7. "MENSAJE DE S.E. LA PRESIDENTA DE LA REPÚBLICA CON EL QUE SE INICIA UN PROYECTO DE LEY QUE FACILITA LA APLICACIÓN EFECTIVA DE LAS PENAS ESTABLECIDAS PARA LOS DELITOS DE ROBO, HURTO Y RECEPCION Y MEJORA LA PERSECUCIÓN PENAL EN DICHOS DELITOS." Santiago, 23 de enero de 2015. Mensaje 1167-362. Boletín 9885-07.
8. "MENSAJE DE S.E. LA PRESIDENTA DE LA REPÚBLICA CON EL QUE INICIA UN PROYECTO DE LEY QUE REGULA LA DESPENALIZACIÓN DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO EN TRES CAUSALES." Santiago, 31 de enero 2015. Mensaje 1230-362. Boletín 9895-11
9. "MENSAJE DE S.E. LA PRESIDENTA DE LA REPÚBLICA CON EL QUE INICIA UN PROYECTO DE LEY QUE TIPIFICA EL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES Y MODIFICA DISPOSICIONES DEL CÓDIGO PENAL." Santiago, 17 de junio de 2015. Mensaje 500-363. Boletín 10155-07.
10. "MENSAJE DE S.E. LA PRESIDENTA DE LA REPÚBLICA CON EL QUE INICIA UN PROYECTO DE LEY QUE TIPIFICA EL DELITO DE INCITACIÓN A LA VIOLENCIA" Santiago, 4 de septiembre 2017. Mensaje 115-365. Boletín 11424-17

11. "MENSAJE DE S.E. EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA CON EL QUE SE INICIA UN PROYECTO DE LEY QUE CREA INHABILIDADES PARA CONDENADOS POR DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES Y ESTABLECE REGISTRO DE DICHAS INHABILIDADES." Santiago, 19 de mayo 2010. Mensaje 117-358. Boletín 6952-07
12. "PROYECTO DE LEY SOBRE PENALIDAD Y JUZGAMIENTO DE LOS DELITOS TERRORISTAS." Santiago, 9 de septiembre de 2010. Mensaje 269-358. Boletín 7.207-07
13. "MENSAJE DE S.E. EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA CON EL QUE INICIA UN PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PROCESAL PENAL EN MATERIA DE SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO Y PRISIÓN PREVENTIVA." Santiago, 22 de noviembre de 2010. Mensaje 507-358. Boletín 7337-07.
14. "MENSAJE DE S.E. EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, CON EL QUE INICIA UN PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ACTUAL RÉGIMEN DE LIBERTAD CONDICIONAL Y ESTABLECE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD COMO PENA ALTERNATIVA A LA PENA DE PRISIÓN PARA CASOS DE INCUMPLIMIENTO DE LA PENA DE MULTA." Santiago, 10 de marzo 2011. Mensaje 622-358. Boletín 7534-07.
15. "MENSAJE DE S.E. EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA CON EL QUE SE INICIA UN PROYECTO DE LEY QUE AUMENTA LAS PENAS DEL DELITO DE ROBO DE CAJEROS AUTOMÁTICOS." Santiago, 11 de abril de 2011. Mensaje 014-359. Boletín 7689-07.
16. "MENSAJE DE S.E. EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, CON EL QUE INICIA UN PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE MEDIDAS QUE INDICA EN RELACIÓN CON LOS DELITOS SEXUALES COMETIDOS CONTRA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES." Santiago, 8 de noviembre de 2012. Mensaje 236-360. Boletín 8677-07.
17. "MENSAJE DE S.E. EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA CON EL QUE INICIA UN PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL TRATAMIENTO DE LAS PENAS DE LOS DELITOS DE ROBO Y RECEPCIÓN DE VEHÍCULOS MOTORIZADOS O DE LOS BIENES QUE SE ENCUENTRAN AL INTERIOR DE ÉSTOS." Santiago, 11 de junio de 2018. Mensaje 044-366. Boletín 11.818-25.
18. "PROYECTO DE LEY, INICIADO EN MENSAJE DE S. E. EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, QUE SANCIONA CONDUCTAS QUE AFECTAN LA CONVIVENCIA CIUDADANA Y AUMENTAN LA SENSACIÓN DE INSEGURIDAD EN LA POBLACIÓN." Santiago, 13 de julio de 2018. Mensaje 060-366. Boletín 11913-25.



19. "MENSAJE DE S.E. EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA CON EL QUE INICIA UN PROYECTO DE LEY QUE ESPECIFICA Y REFUERZA LAS PENAS PRINCIPALES Y ACCESORIAS, Y MODIFICA LAS PENAS DE INHABILITACIÓN CONTEMPLADAS EN LOS INCISOS SEGUNDO Y FINAL DEL ARTÍCULO 372 DEL CÓDIGO PENAL." Santiago, 22 de octubre de 2018. Mensaje 162-366. Boletín 12.208-07.
20. "PROYECTO DE LEY, INICIADO EN MENSAJE DE S. E. EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, QUE REGULA LA SUSTITUCIÓN DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD POR RAZONES HUMANITARIAS PARA LAS PERSONAS QUE INDICA." Santiago, 28 de diciembre 2018. Mensaje 212-366. Boletín 12.345-07.
21. "PROYECTO DE LEY, INICIADO EN MENSAJE DE S. E. EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, SOBRE DELITOS AMBIENTALES Y DAÑO AMBIENTAL." Santiago, 22 de enero 2019, Mensaje 339-366. Boletín 12398-12.