



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

---

**FINES DE LA PENA  
Y LIBERTAD CONDICIONAL**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES**

**FRANCISCA MUÑOZ SAN MARTIN  
FERNANDO ANDRES RODRIGUEZ CORRALES**

**PROFESOR GUIA: SR. EDUARDO SEPULVEDA CRERAR**

---

Santiago, Chile  
2009

## TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCION	6
CAPITULO I. De las Penas en General	
1. Generalidades	8
2. Ius Puniendi	10
3. Principios Limitadores del Ius Puniendi	12
4. Teorías Acerca de los Fines de la Pena	26
CAPITULO II. De las Penas Privativas de Libertad	
1. Perspectiva histórica: orígenes de la privación de libertad como sanción penal.	40
Consideraciones preliminares	
Cárcel y celda	
Antecedentes: del encierro a la cárcel	
Influencia de la ley eclesiástica	
Del castigo del cuerpo al castigo del alma	
Penas pecuniarias y penas corporales	
Auge de la cárcel y trabajo forzado	
La cárcel como reguladora del mercado laboral	
Explotación laboral de los penados: trabajo forzado y deportación	
Penitenciarismo y reforma carcelaria	
Penitenciarismo	
Cesare Beccaria	
John Howard	
Jeremías Bentham	
2. Sistemas Penitenciarios	56
1.- Sistema celular, filadélfico o pensilvánico	58
2.- Sistema de <i>Auburn</i> o de la Regla del Silencio	59
3.- Sistemas Progresivos	60
Críticas a los Sistemas Progresivos	63
4.- Sistema Reformador o de Reformatorio	64
3. Breve Reseña del Sistema Penitenciario Chileno	66

Ordenamiento Penitenciario Chileno	66
Reglamento de Establecimientos Penitenciarios	66
Antiguo Reglamento Penitenciario Chileno	68
Actual Régimen Penitenciario Chileno	70
Progresividad del Sistema Penitenciario Chileno	71
Ejecución de los Programas Resocializadores: “Modelo General de Tratamiento Penitenciario”	71
Sistema de Clasificación y Segmentación Penitenciaria	72
Grado de Compromiso Delictivo o Delictual	72
Clasificación Penitenciaria	73
Segmentación Penitenciaria	74
Ventajas de los Modelos de Clasificación y Segmentación	74
Críticas al Sistema de Segmentación y Clasificación	75
CAPITULO III. La Resocialización como Meta de la Privación de Libertad	
1.- Precisiones y Advertencias Preliminares	78
2.- Concepto de Resocialización	80
3.- Distintas Concepciones de la Resocialización	82
4.- La Resocialización en la Legislación	84
Tratamiento de la Resocialización en el Ordenamiento Jurídico Chileno	87
Rol de Gendarmería en la Finalidad Resocializadora	89
Análisis Crítico del Rol de Gendarmería	91
5.- Perspectivas Críticas al Afán Resocializador	94
Hacia un Enfoque del Debate en Torno a la Resocialización	94
Relaciones entre Resocialización, Política Criminal y Sistema Político	96
Resocialización y su Relación con la Evolución del Concepto de Estado	97
Resocialización y su Relación con las Correlativas Concepciones del Derecho Subyacente	99
1) Antirretribucionismo Dogmatico	99
2) Concepción Asistencial del Derecho Penal	100
3) Neorretribucionismo	100
Problemas Provenientes de la Aplicación de los Programas Resocializadores	100

1) ¿La Resocialización atinge a los Fines de la Pena o pertenece a la Fase de Ejecución de la misma?	101
2) ¿La Resocialización busca la Prevalencia de Normas de Convivencia Interna o la homogeneidad de concepciones éticas dentro de una sociedad?	101
3) ¿Cuánta es la Intervención Permitida e los Fines Resocializadores? Resocialización y Homogeneización Cultural	103
4) Relaciones entre el Concepto de Hombre y Sociedad y la Función de la Pena que subyace a todo Programa Resocializador	108
Aportes de las Corrientes Críticas	110
Objeciones Prácticas	111
De la Crítica de la Cárcel a la Crítica de la Resocialización	113
Situación post “fracaso” del Ideal resocializador: los aportes de García – Pablos y Baratta	116
La tesis de García – Pablos	118
Los diez puntos de Baratta	121
CAPITULO IV. De la Libertad Condicional	
1.- Concepto	125
2.- Naturaleza Jurídica de la Libertad Condicional	126
3.- Antecedentes Históricos	130
4.- Características	133
5.- La Libertad Condicional en otros Ordenamientos	134
6.- Algunas Definiciones Doctrinarias	148
7.- Marco Regulatorio de la Institución en el Derecho Nacional	149
8.- Requisitos para la Concesión de la Libertad Condicional	150
9.- Órganos que Intervienen en su Concesión y Control	153
1º) Organos que Intervienen en su Concesión	153
2º) Organos que Intervienen en su Control y Mantención	158
10. Procedimiento de Concesión de la Libertad Condicional	160
11. Conservación, Suspensión, Ampliación y Revocación de la Libertad Condicional	162
Ampliación de la Libertad Condicional	163

Suspensión	164
Revocación	165
El Indulto	166
CAPITULO V. SEGURIDAD CIUDADANA Y SU RELACION CON LOS FINES DE LA PENA	
1. Concepto de Seguridad Ciudadana	168
2. Inseguridad Ciudadana y Criminalidad	172
3. Causas Probables del Sentimiento de Inseguridad	174
4. Inseguridad Social y su Influencia en la Agenda Político Legislativa	175
5. Esquizofrenia Político Criminal del Tratamiento a los Penados	179
6. Inseguridad Ciudadana y Responsabilidad Social	181
CAPITULO VI. ALGUNOS DESAFIOS	
1. Subjetividad en la Concesión de la Libertad Condicional	183
2. ¿Hay un verdadero acceso a la Justicia de los Privados de Libertad?	187
3. ¿La Libertad Condicional es un beneficio penitenciario o un derecho?	192
4. Sistema de Control Judicial Penitenciario en la Experiencia Comparada: ¿Falta un Juez de Vigilancia o Cumplimiento Penitenciario?	196
CAPITULO VII. CONCLUSIONES	
	205
BIBLIOGRAFIA	
	216
BIBLIOGRAFIA GENERAL	
INDICE DE AUTORES	216
ARTICULOS DE PUBLICACIONES SERIADAS ELECTRONICAS	223
DIRECCIONES WEB CONSULTADAS	231
LEYES Y TRATADOS	
FUENTES CHILENAS	232
FUENTES COMPARADAS	233

## INTRODUCCION

*“...el fin de las penas no es atormentar y afligir a un ser sensible, ni deshacer el delito ya cometido. ¿Puede un cuerpo político que, bien lejos de actuar por pasión, es el tranquilo moderador de las pasiones particulares, albergar esta inútil crueldad, instrumento del furor y del fanatismo o de los tiranos débiles?” (Cesare Beccaria, “De los Delitos y de las penas”- 1764)*

Desde el surgimiento del Estado, los ciudadanos aúnan sus voluntades y limitan su libertad a efectos de convivir de manera pacífica y tranquila. En ese contexto, el derecho penal constituye uno de los instrumentos de éste para garantizar la paz social, sin duda el más severo y riesgoso por la gravedad de sus consecuencias. Por ello, es el propio Estado el que limita el ejercicio de su actividad de manera de controlar los efectos ajenos a su objetivo primigenio, mediante principios basales que deben supervigilar el complejo actuar del aparato penal.

No obstante, el panorama actual nos muestra la malversación del instrumento punitivo, transformándolo en un móvil de intereses ajenos a los fines del derecho penal, entre los cuales está la disminución de la violencia informal y mayores restricciones a libertad a los ciudadanos; se desdibuja así la utilidad o finalidad de las penas, priorizando su valor instrumental a otros propósitos, encubiertos y parciales, de ciertos grupos del entorno social.

La doctrina se encuentra conteste en que este abuso y ceguera política tiene efectos que ya comienzan a hacerse notar. Los distintos estudios e investigaciones han dejado en evidencia la crisis penitenciaria que se vive en el país, de la que es prueba la sobrepoblación de nuestras cárceles, las precarias condiciones en que se priva de libertad y, lo que es más grave, las transgresiones a los derechos humanos que sufren los internos.

Asumiendo la escasa utilidad de la cárcel como mecanismo de control social formal, sino y por el contrario, su función reverberante de la criminalidad, instituciones como la Libertad Condicional se erigen como una

de aquellas verdaderamente encaminadas a dar contenido a la privación de libertad en un Estado Democrático de Derecho más allá de constituirla en un purgatorio institucionalizado.

En este sentido, las ciencias jurídicas precisan hacerse cargo del empobrecimiento del diálogo existente respecto a estos temas, elevándolo por sobre los cacareos mediáticos efectistas que no tienen ningún asidero empírico y que “aparentan” respondernos estas interrogantes.

Lo que necesitamos es rigor y seriedad; la progresiva inflación mediática y el aprovechamiento proselitista de estos temas nos aleja de la discusión reflexiva y calmada que debe imperar, porque de nada sirven más penas, más cárceles y más privados de libertad, si la institución penitenciaria no cumple con un cometido político criminal explícito que, por la gravedad de sus efectos, ha de ser estricta y plenamente coherente con los principios tutelares de nuestro Estado legislador, juez y administrador, cometido que puede ser “resocializador”, y en caso de ser otro, explicitarlo.

Esperamos humildemente que este trabajo contribuya en alguna medida a ello.

## CAPITULO I DE LAS PENAS EN GENERAL

### 1. GENERALIDADES

El sistema penal es una compleja manifestación del poder social. En virtud del primero, la transgresión de la norma jurídica trae aparejada una sanción: ante la realización de un hecho delictivo, una de las consecuencias jurídicas es la aplicación de una pena o medida de seguridad.<sup>1</sup> Corresponde entonces al derecho penal determinar las características de la acción delictuosa y la forma de imponer las penas y medidas de seguridad que correspondan a cada una.<sup>2</sup>

Las distintas sociedades, en todas las épocas han buscado respuestas a preguntas acerca de cómo y por qué sancionar; algunos autores señalan que la autoridad punitiva del Estado es una necesidad abstracta y absoluta. En ese sentido, FERRAJOLI sostiene que la pena tiene un valor axiológico intrínseco, es un deber ser metajurídico que tiene en sí mismo su fundamento<sup>3</sup>. En tanto, para ZAFFARONI, “La pena no puede perseguir otro objetivo que no sea el que persigue la ley penal y el derecho penal en general: la seguridad jurídica.”<sup>4</sup>

Por tanto, al momento de hablar y dotar de contenido a la pena, surge el problema de la multiplicidad de enfoques que existe respecto de los fines perseguidos por la sanción penal.

La privación o limitación de garantías constitucionales que la pena siempre importa, no puede ser una aflicción gratuita: hay consenso en que el derecho penal interviene y afecta derechos fundamentales, y por ello, surge la pregunta sobre qué actos deben llevar aparejada una pena.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio y VV.AA., “Manual de Derecho Penitenciario”, Edit. Colex, Madrid, 2001, p. 23-24.

<sup>2</sup> WELZEL, Hans, “Derecho Penal Alemán”, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1987, p. 11.

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal”, Edit. Trotta, Madrid, 2001, p.368.

<sup>4</sup> ZAFFARONI, Eugenio, “Manual de Derecho Penal: Parte General”, Cárdenas, México, 1988, p.59.

<sup>5</sup> BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio y VV. AA., *Op.Cit.*, pp. 24-25.



La función de *ultima ratio* del derecho penal significa que éste no puede ser un instrumento utilizado de manera indiscriminada o sin un fundamento racional; la pena siempre reviste una aflicción que no puede ser gratuita; debe tener un fin o una función útil, a la sociedad o al mismo sujeto que ha cometido un delito. Necesariamente debemos hacer esta reflexión cada vez que recurrimos al *ius puniendi* estatal.

Desde que abrazamos el Estado Social y Democrático de Derecho como centro de nuestra vida en sociedad, el sentido y límites de la pena estatal constituyen dos interrogantes planteadas por todo aquel que ve con justo recelo la actividad punitiva del Estado: “¿Cómo y bajo qué presupuestos puede justificarse que el grupo de hombres asociados en el Estado prive de libertad a alguno de sus miembros o intervenga de otro modo, conformando su vida, en su existencia social?”<sup>6</sup>

FERRAJOLI se hace cargo de la discusión en otros términos; para él muchas de las discusiones teóricas al respecto caen en el equívoco de confundir conceptos. La discusión, para este autor, debe abordarse desde dos aristas: por un lado se encuentra la pregunta de por qué se castiga y por qué existe la pena. Este primer problema es de carácter científico, o bien empírico o de hecho. En segundo lugar, interesa saber por qué debe existir la pena o por qué debe castigarse. Es decir, intenta abordar con ello las cuestiones filosóficas, morales o políticas. Un vicio metodológico que puede observarse en muchas de las respuestas a la pregunta “¿por qué castigar?” consiste en la confusión entre función y fin, o bien, entre el ser y el deber ser de la pena. En ese error incurren quienes sostienen doctrinas filosóficas de la justificación, presentándolas como “teorías de la pena”. De esa manera se habla, a propósito de las tesis sobre los fines de la pena, de “teorías absolutas” o “relativas”, de “teorías retributivas” o “utilitarias”, de “teorías de la prevención general” o “de la prevención especial” o similares. Se sugiere de esta manera la idea de que la pena posee un efecto (antes que un fin) retributivo o reparador, o que ella previene (antes que deba prevenir) los

---

<sup>6</sup> ROXIN, Claus. “Problemas Básicos del Derecho Penal”. Traducción de Diego Manuel Luzón Peña. Madrid, Ed. Reus. 1976, p. 11.

delitos, o que reeduca (antes que deba reeducar) a los condenados, o que disuade (antes que deba disuadir) a la generalidad de los ciudadanos de cometer delitos. Sin embargo, en la misma confusión caen quienes sostienen teorías sociológicas de la pena, presentándolas como doctrinas de justificación.<sup>7</sup>

## **2. IUS PUNIENDI**

Lo que entendemos por Estado de Derecho importa abordar dos aspectos: uno político y otro jurídico. La dimensión política alude a un sistema de gobierno fundado en la voluntad de la mayoría; la dimensión jurídica se refiere, en cambio, a las reglas que un grupo social establece para regular la convivencia, especialmente los límites al ejercicio del poder público frente a los derechos y libertades individuales (garantías individuales).<sup>8</sup>

El propósito de estas garantías no es sino la salvaguarda del individuo de la arbitrariedad estatal, por cuanto el presupuesto político de la voluntad de la mayoría podría resultar contrario a la contención de la violencia social, abultando la respuesta penal, de lo que da plena cuenta la historia de las reacciones sociales.

Retomando el concepto de Estado de Derecho, en éste el consenso se ejerce dentro de la esfera de atribuciones establecida en la Constitución Política, cuya característica en éste es la minimización de la violencia gracias al monopolio legítimo del uso de la fuerza, base de la justificación del derecho penal.

Esto es importante por dos cosas: en el establecimiento de una teoría de los fines y funciones de la pena, y por una noción de seguridad que trascienda las connotaciones solamente represivas de orden público y

---

<sup>7</sup> FERRAJOLI, Luigi, Artículo de Revista Poder y Control N°0, 1986 “El Derecho Penal Mínimo”, en: “Introducción al Sistema Penal”, en: MERA FIGUEROA, Jorge y DUCE JULIO, Mauricio. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 1996, p. 77-79.

<sup>8</sup> FERRAJOLI, Luigi. “Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal”. Editorial Trotta S.A., Madrid, 2001.

defensa social. Ello porque si bien el derecho penal constituye en principio la racionalidad del ejercicio del poder punitivo, históricamente, como se ha dicho, en su intento de contención de la violencia acaba por encubrirla, porque dentro de los procesos de regulación de conflictos, la seguridad ciudadana es entendida como una determinación selectiva de los sujetos y de las situaciones de riesgo.<sup>9</sup>

Las teorías de la defensa social, como se analizará en otro capítulo, no designan la situación de riesgo de todas las personas, sino sólo de un grupo de ellas, pues derivan de una visión social selectiva que traslada el conflicto social al derecho penal, presentando el delito como la ruptura del orden en una sociedad que se subentiende totalmente integrada.<sup>10</sup>

Las críticas al paradigma de la defensa social sentaron las bases de un derecho penal alternativo de *ultima ratio* o de mínima intervención, justificando el derecho penal y la pena en un doble sentido: la prevención general de los delitos que tutela los derechos fundamentales de los ciudadanos contra agresiones de parte de otros; y la prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas, dirigidas a proteger al infractor de la norma penal de reacciones informales y a establecer un límite máximo a la actividad punitiva del Estado.<sup>11</sup>

Dentro del modelo garantista, la pena responde a un conjunto de principios establecidos en una serie de Pactos Internacionales. Según el esquema propuesto por FERRAJOLI, respecto del problema de los límites al poder sancionador hay que diferenciar dos niveles:

- i) Cuándo castigar: Para esta interrogante, los ordenamientos jurídicos han dado respuesta con un sistema de principios propios de la teoría del delito y, principalmente, con el principio de legalidad, retributividad y culpabilidad.

---

<sup>9</sup> FERRAJOLI. Luigi. *Op. Cit.*, pp. 321-338.

<sup>10</sup> BARATTA. Alessandro. "Reintegración Social del Detenido. Redefinición del Concepto y Elementos de Operacionalización. La Pena. Garantismo y Democracia." Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, Colombia. 1999.

<sup>11</sup> FERRAJOLI. Luigi. *Op. Cit.* p. 334.

- ii) **Cómo castigar:** En este estadio lo que importa es establecer un nivel de principios convencionales que minimicen el arbitrio penal, en cuanto a la calidad como a la cantidad de la sanción, en estricta relación y concordancia con los criterios utilitaristas y humanistas de la pena.

### **3. PRINCIPIOS LIMITADORES DEL IUS PUNIENDI**

#### **Cuándo Castigar**

A esta pregunta responden los siguientes principios:

- A) Principio de Retribución Penal: La pena es una sanción *post delictum*. Este es el problema de legitimación más simple del *ius puniendi*. Hay una conexión evidente entre la naturaleza retributiva de la pena y su función de prevención general de los delitos. La amenaza legal de la retribución penal puede prevenir solamente la comisión de hechos delictivos, no la subsistencia de condiciones personales o de *status* como son la peligrosidad, la capacidad de delinquir u otras. Por otra parte, la pena ejerce una función preventiva o intimidatoria.

La cuestión de cuando castigar entraña la definición de delito y su uso y aplicación; de ello depende la subsistencia de garantías más específicas para la aplicabilidad de la pena. En esto se ha dividido el pensamiento penal: por un lado las concepciones formalistas, y por otro, las sustancialistas. Las concepciones formalistas consideran delitos solamente los previstos por una ley válida como presupuestos de una pena, según el principio *nulla pena sine lege*. En cambio, las concepciones sustancialistas son aquellas que definen el concepto de delito haciendo referencia a elementos extrajurídicos de tipo moral, social, natural y ontológico.

La oposición del sustancialismo y formalismo equivale, según FERRAJOLI, a la existente entre la concepción iuspositivista del delito basada en el principio de legalidad (legalidad formal) y en la

predeterminación y certeza legal de los supuestos punibles, y la concepción iusnaturalista, basada en principios extralegales (legalidad material) o de derecho natural.

Después de la codificación del derecho penal y la incorporación del principio de legalidad como criterio fundamental de legitimación jurídica del *ius puniendi*, se hace necesaria la previsión del delito y también de la pena; más exactamente, al decir de FERRAJOLI, “la prohibición del primero y la prescripción de la segunda”.<sup>12</sup>

Para este autor, la distinción entre sustancialismo y formalismo radica, en suma, en que el primero describe un criterio de justicia, y el segundo, un nivel de validez; respectivamente, definiciones asertivas o descriptivas, o axiológicas o prescriptivas, de legitimación interna o externa (derecho v/s moral, antijuricidad v/s antisocialidad); por lo demás, absolutamente compatibles. Sin embargo, solo las definiciones formalistas pueden servir como definiciones jurídicas del delito, para dar respuesta a la pregunta de cuando castigar. Es así porque las definiciones sustancialistas del delito son débiles y discutibles para dar contenido al problema de la legitimación externa de cuándo prohibir.

B) Principio de Legalidad Penal: Para el principio de “mera legalidad”, la fórmula es *nulla poena nullum crimen sine lege*, como norma de reconocimiento de todas las prescripciones penales, es el primer postulado del positivismo jurídico que reconoce el derecho vigente como el único objeto de la ciencia penal, señalando que sólo la ley puede establecer qué es delito (a diferencia de qué es pecado). Al decir de FERRAJOLI, “sólo se si separa el derecho de la moral y se reconoce el carácter meramente artificial, convencional y contingente de las figuras legales de calificación penal, puede evitarse la trampa ideológica de superponer al desvalor jurídico un apriorístico desvalor moral, natural o en cualquier caso sustancial, y por consiguiente, de

---

<sup>12</sup> FERRAJOLI. Luigi. *Op. Cit.* p. 387.

subordinar las investigaciones criminológicas, y por otro lado, los juicios ético políticos, al punto de vista interno de los juicios de desvalor jurídico que constituyen el objeto de unas y otros.”<sup>13</sup>

Por el principio de legalidad estricta, los delitos deben estar predeterminados por la ley de manera taxativa, sin reenvío a parámetros extra legales, aunque se remitan a otra ley, a fin que sean determinados judicialmente de manera razonada y no mediante juicios de valor autónomos.

El principio de “estricta legalidad”, opera bajo la fórmula *nulla lex poenalis sine necessitate, sine damno*, es decir, no puede haber una ley penal sin que ésta sea necesaria o que se asocie a un daño que la justifique. Este segundo postulado del positivismo jurídico, condiciona la validez de la norma penal a la taxatividad de los delitos, cuya extensión debe estar determinada tanto como sea posible.

FERRAJOLI continúa, expresando que mientras el principio de mera legalidad, al enunciar las condiciones de existencia o de vigencia de cualquier norma jurídica, es un principio general del derecho público, el de estricta legalidad constituye una metanorma que condiciona la materialidad de las leyes vigentes a la taxatividad de sus contenidos y a la decidibilidad de la verdad jurídica de sus aplicaciones, y como tal, es una garantía sólo acotada al derecho penal.

La garantía estructural que diferencia al derecho penal en un Estado de Derecho, de otros tipos de Estados, es que sólo la ley penal puede incidir en la libertad personal de los ciudadanos, pues ésta no sólo está obligada a guardar las formas, sino también a establecer la verdad jurídica exigida a las motivaciones de las resoluciones judiciales, en definitiva, la sustancia o contenidos de los actos que la aplican. Esto último es lo que distingue el garantismo del autoritarismo penal, el derecho penal mínimo de máximo, la ley como

---

<sup>13</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.* p. 375.

condicionante y la ley como condicionada (legitimación jurídica formal y sustancial).

Como subprincipio dentro de la legalidad, está el de la irretroactividad de la ley penal, corolario del principio de mera legalidad, que se expresa en la fórmula *nulla poena, nullum crimen sine praevia lege poenali*, esto es, ninguna ley promulgada después de realizarse una acción, puede hacer de ella un delito.

De otra parte, existe el subprincipio de prohibición de la analogía penal *in malam partem*, corolario del principio de estricta legalidad. Al decir de FERRAJOLI, “En la medida que sea posible afirmar de las figuras de calificación penal definidas por las leyes, gracias a su conformidad con el principio de estricta legalidad, que son verdaderas o falsas respecto a los hechos que se examinan, es obvio que no hay sitio para el razonamiento analógico. A la inversa, el uso por parte de la ley, en contraposición con el principio de estricta legalidad, de fórmulas elásticas o carentes de denotación determinada permite lo que se ha llamado analogía anticipada.”<sup>14</sup> El permitir este tipo de analogía, redundaría en una inconcreción relativista, contraria a la naturaleza garantista del derecho penal.

## Cómo Castigar

A esta pregunta responden los siguientes principios:

- A) Principio de Necesidad: Principio introducido por Beccaria, importa que la intervención de la violencia penal estatal sólo se justifica en la medida que sea necesaria para mantener la organización política dentro de una concepción democrática. Ello implica, además, que el derecho penal es de *ultima ratio*, esto es, sólo se recurre a él cuando los demás controles, formales o informales, son sobrepasados. Y

---

<sup>14</sup> FERRAJOLI. Luigi. *Op. Cit.* p. 382.

tiene carácter fragmentario, por cuanto dada la gravedad del control penal, no es posible utilizarlo sino frente a algunos hechos muy específicos y de cierta significación social. En caso opuesto, el Estado se transformaría en uno policial; y dentro de un Estado de Derecho, los ciudadanos no pueden vivir bajo la amenaza constante de la violencia, aún estatal.

Para responder cuando aparece necesaria la intervención estatal mediante el derecho penal, surge la noción de bien jurídico: el derecho penal es necesario cuando lo exige la protección de bienes jurídicos. No obstante, no se trata de todo bien jurídico, sino de un bien jurídico penal; pero la doctrina sólo se limita a la idea de bien jurídico a secas, sin exigir que se trate de uno penal.

En principio, y desde el punto de vista dogmático, bien jurídico es un bien protegido efectivamente por el derecho.

Para BINDING, el bien jurídico debe reflejar «todo lo que a los ojos del legislador tiene, como condición de la vida sana de la comunidad jurídica, valor para la misma». BINDING en la segunda edición de "Las normas y su contravención", sostiene que "todo aquello que para el legislador es valioso como condición de una vida sana de la comunidad jurídica, en cuyo mantenimiento sin cambios y no perturbado la comunidad tiene interés en opinión del legislador, intentando este protegerlo por medio de sus normas frente a las lesiones o puestas en peligro no deseadas".<sup>15</sup>

Pero autores advierten la necesidad de acompañar la teoría del bien jurídico de la concreción posterior de lo que merece considerarse un bien jurídico penal, sobre todo cuando se trata de determinar hasta donde debe llegar la intervención penal para proteger nuevos intereses colectivos o sociales (ej: aquellos difusos como la seguridad laboral, la salud pública, el medio ambiente, la libertad sindical, etc.),

---

<sup>15</sup> BINDING, Karl. *Die Normen Und Ihre Übertretung*, T. I, 2ª ed. Leipzig, 1890, p. 357.



ámbitos en que el derecho penal claramente tiene una limitada intervención.

En un sentido político criminal, MIR PUIG entiende que para que un bien jurídico pueda ser considerado un bien jurídico penal, debe cumplir con dos condiciones: suficiente importancia social y necesidad de protección por el derecho penal<sup>16</sup>.

En cuanto a la importancia social del bien jurídico penal, éste debe estar en consonancia con la gravedad de las consecuencias propias del derecho penal, esto es, a una infracción grave, una sanción igualmente grave. Sólo se comprenden aquí las prohibiciones y mandatos fundamentales de la vida social, por cuanto el derecho penal no puede transformarse en un instrumento meramente sancionador de valores y normas no penales.

En respuesta a la interrogante acerca de cuando un interés es fundamental para la vida social, los criterios pueden estar dados, conjuntamente, por su establecimiento como garantía constitucional; como segundo requisito, por afectar en mayor o menor medida, a los individuos; y un tercer requisito es que exista una concreta afectación de dicho bien.

El segundo aspecto que distingue un bien jurídico penal de un bien jurídico, para MIR PUIG es la necesidad de protección por el derecho penal. Ello significa que para su tutela no deben ser suficientes otros medios de defensa menos lesivos; si basta la intervención administrativa o la civil, no habrá que elevar el bien al rango jurídico penal.

B) Principio de Humanidad: Impide el uso de determinadas ejecuciones de las sanciones por contradecir la dignidad de las personas. Basado en un criterio moral, enunciado por KANT y BECCARIA mediante la máxima que ningún

---

<sup>16</sup> MIR PUIG, Santiago. “Bien Jurídico y Bien Jurídico Penal como Límites del *Ius Puniendi*” En Estudios Penales y Criminológicos, Universidad de Santiago de Compostela, número XIV, año 1991, pp. 205 y sgtes.

hombre debe ser tratado como un medio o una cosa, sino como un fin en sí mismo. Cualquiera sea el argumento utilitario, el valor de la persona humana impone una limitación fundamental a la cantidad y calidad de la pena, lo que implica, entre otras cosas, no sólo el rechazo a la pena de muerte, las penas corporales infamantes, la privación de libertad perpetua y las que son excesivamente largas. Este principio no solo tiene un carácter moral, sino también político: sirve, al decir de FERRAJOLI, “para fundar la legitimidad del Estado únicamente en las funciones de tutela de la vida y los restantes derechos fundamentales; de suerte que, conforme a ello, un estado que mata, que tortura, que humilla a un ciudadano, no sólo pierde cualquier legitimidad, sino que contradice su razón de ser, poniéndose al nivel de los mismos delincuentes.”<sup>17</sup> Así se tiene que no sólo la pena de muerte y las penas corporales infamantes contradicen este principio de legitimación externa de la calidad de la pena, sino también esa especie de muerte civil que es el presidio perpetuo y las penas excesivamente largas, debiendo fijarse un límite máximo más bajo. También se relaciona con este principio la intolerancia de cualquier actividad pedagógica o correctiva en la expiación de la pena. Tanto la diferenciación como el tratamiento reeducativo y la discrecionalidad administrativa en la determinación de la calidad y duración de la privación de libertad contradicen no sólo los principios de retributividad, legalidad y jurisdiccionalidad de la pena, sino también los de necesidad y humanidad de la pena, que se expresan en tratamientos diferenciados no justificados por la diversidad del delito, lesivos para la libertad y dignidad del condenado, por sus pretensiones de transformación de las personas. Excluida cualquier finalidad de enmienda o disciplinaria, lo único que la pena puede pretender, al decir de CARRARA, es que la pena no pervierta al sujeto: que no reeduce pero tampoco deseduce. Ello conduce

---

<sup>17</sup> FERRAJOLI. Luigi. *Op. Cit.*, p. 396.

necesariamente a que en las cárceles las condiciones de vida sean lo más humanas posibles y lo menos aflictivas que se pueda; y que en la vida penitenciaria se abran espacios de libertad y sociabilidad con la más amplia garantía de todos los derechos fundamentales; que se promueva la apertura de la cárcel a la sociedad, no como un premio o privilegio, sino como previsión de derechos iguales para todos.

C) Principio de Proporcionalidad: Este principio responde a la interrogante acerca de la medida de la pena. La pena debe ser adecuada al delito en alguna medida; la elección de la calidad y cantidad debe efectuarla el legislador y por el juez tomando en consideración a la naturaleza y gravedad del delito. Es un corolario de los principios de legalidad y retributividad y surge a partir de la idea de BECCARIA, que señaló que “Si la geometría fuera adaptable a las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas, debería haber una escala correspondiente de penas que se graduasen de la mayor hasta la menos dura”<sup>18</sup>. Sólo con el surgimiento de las penas abstractas y convencionales privativas de libertad y pecuniarias surge la posibilidad de cuantificar en tiempo y dinero, el presupuesto técnico de la proporcionalidad de la pena. No obstante, no existen criterios naturales sino sólo pragmáticos basados en valoraciones ético políticas o de oportunidad para establecer la cantidad y calidad de la pena adecuada a cada delito. El problema de la justificación del tipo y de la medida de la pena aplicable, es un problema moral y político, exclusivamente de legitimación externa.

Para FERRAJOLI, este problema se descompone en tres categorías:

- La predeterminación por el legislador del tipo y de la medida máxima y mínima de pena para cada tipo de delito. Dos son los criterios imperantes: una visión objetivista que mide la gravedad del delito y por consiguiente de la pena por la

---

<sup>18</sup> BECCARIA, Cesare. “De los Delitos y de Las Penas”. Editorial Losada. Año 1999; p. 36.

entidad del daño (lesividad); otra subjetiva, por el grado de culpabilidad. Pero en cualquiera de los casos, se requieren decisiones de valor (culpabilidad). Aun más problemática es la determinación de las medidas máxima y mínima de la pena conforme a esos criterios. En cuanto al límite mínimo, la idea más popular considera que la ventaja del delito no debe superar la desventaja de la pena, pues en caso contrario, la pena sería más bien una tasa, y no cumpliría ninguna función disuasiva.<sup>19</sup> Entonces, se puede decir que el elemento de la medida está comprendido en la definición de la pena, dado que por debajo de un límite mínimo la pena se convierte en tasa. Eso es claro en las penas pecuniarias, pero no así en las penas privativas de libertad: aunque sean breves, por su carácter deshonroso pueden procurar una aflicción superior a la ventaja proporcionada incluso por los delitos graves. Por ello, señala FERRAJOLI, para las penas privativas de libertad no está justificado el establecimiento de un mínimo legal: debería confiarse al juez la elección de la pena por debajo del máximo establecido por la ley, o bien vincularlo a un límite mínimo bastante bajo. En cuanto al límite máximo, BECCARIA expuso que “para que una pena obtenga su efecto, basta que el mal de ella exceda al bien que nace del delito... Todo lo demás es superfluo, y por tanto, tiránico”.<sup>20</sup> Esta fórmula, al decir de FERRAJOLI, no sólo es semántica y lógicamente inconsistente, sino también desde la perspectiva pragmática, al ser imposible de comparar, por su heterogeneidad, el mal incierto con el que se amenaza mediante la pena privativa de libertad y los bienes ciertos

---

<sup>19</sup> HOBBS. Thomas. “Leviatán” Editorial Fondo de Cultura Económica, 1980, México. 2ª ed. en español, reimpresión 2006.

<sup>20</sup> BECCARIA. Cesare. *Op. Cit.* p. 72.

obtenidos con el delito. Más razonable es el argumento de HART, para el cual forma parte de “un utilitarismo sensato que ninguna pena procure un sufrimiento mayor que el producido por la transgresión incontrolada”.<sup>21</sup> En el derecho penal moderno, en el que el coste global de las penas ha llegado a ser sin duda inferior al de los delitos, sería muy desafortunado que este principio se limitara a exigir que la violencia criminal fuese a lo sumo duplicada por la violencia de las penas. Más pertinente es afirmar que la pena no debe superar la violencia informal que en su ausencia sufriría el imputado por la parte ofendida o por otras fuerzas más o menos organizadas. De este modo, la escala de penas señala la escala de valores históricamente determinados en una sociedad, su grado de autoritarismo, tolerancia y humanidad. Conforme el principio de humanidad, y aun cuando resulta imposible medir la gravedad de un delito singularmente considerado, es posible afirmar que, desde el punto de vista interno, si dos delitos se castigan con la misma pena, el legislador los considera de gravedad equivalente; y si la pena prevista para un delito es más severa que la prevista para otro, el primer delito es considerado más grave que el segundo. Y desde el punto de vista externo, dos delitos no son considerados de la misma gravedad o uno se estima menos grave que otro, es contrario al principio de gravedad que sean castigados con la misma pena, o peor aún, el primero con una pena más alta que el segundo. En todos los casos, el principio de proporcionalidad equivale al principio de igualdad en materia penal. El presidio perpetuo, en

---

<sup>21</sup> HART. H.L.A. “*Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law.*” Oxford. Clarendon Press. 1968.

consecuencia, carecería de legitimidad externa, toda vez que es inhumana y no graduable equitativamente por el juez; además, se sustrae al principio de proporcionalidad, pues tiene una duración más larga para los jóvenes que para los viejos.

- La determinación judicial de la naturaleza y medida para cada delito concreto. Este problema atiende a los espacios de discrecionalidad asignados a la función judicial; en el derecho penal premoderno, estos espacios fueron amplísimos, hasta la codificación del principio de legalidad y de tipicidad de las penas. Es precisamente la polémica contra el despotismo de los jueces el principal motivo de la reforma penal ilustrada. No obstante, este remedio se torna en una enfermedad, toda vez que cultivó el error de entender la función del juez como de mera subsunción de los hechos en el tipo y de la pena a éste asociada, aboliendo cualquier discrecionalidad en la valoración de la gravedad del delito y de la medida de la pena (principio de igualdad legal abstracto). Al decir de FERRAJOLI, esta postura inflexible “es el fruto de una total incomprensión de la epistemología del juicio, y en particular del específico e insuprimible momento de la actividad de juzgar que es la comprensión equitativa del hecho legalmente denotado; y que este equívoco se traduce de hecho en un sistema inicuo, que equipara injustamente situaciones iguales en cuanto a los elementos denotados por la ley pero diversas en cuanto a los rasgos específicos del hecho (la connotación del caso sometido a juicio, y la denotación del hecho como delito)”.<sup>22</sup> Sería vano perseguir controles objetivos de los juicios de valor que forman la

---

<sup>22</sup> FERRAJOLI. Luigi. *Op. Cit.* p. 403.

discrecionalidad de la comprensión judicial. Y puesto en un sistema garantista la función judicial sólo puede tener por objeto la justicia del caso concreto, se excluyen las consideraciones de prevención o defensa social.

- La post determinación, en la fase ejecutiva, de la pena efectivamente sufrida. Principio de certeza. Este problema atiende a la legitimidad de la modificación de la duración de la pena en sede de ejecución, ya sea por la entidad administrativa penitenciaria o por el juez de ejecución conforme los resultados del tratamiento. Para los que la legitiman, la justifican con el presupuesto correccionalista de que el fin exclusivo e inderogable de la pena sea reeducar al reo; qué sentido tendría mantener recluida a una persona cuando ha pasado el tiempo y ya es otra distinta de la que fue condenada. Sin embargo, ello conlleva la contradicción del sistema, pues prevé y dispone penas severas en sede legal y judicial para luego desmentirlas discrecional y sistemáticamente en sede administrativa. Eso ocurre por cuanto la política penal persigue dos finalidades incompatibles con el modelo garantista del derecho penal:
  - a) La función ejemplar asignada a la pena, con un carácter simbólico.
  - b) La función correctiva del reo en un sentido disciplinario; los beneficios y las reducciones de pena concedidos a través de medidas alternativas se condicionan a la buena conducta del reo, a su arrepentimiento o a otros juicios de valor que atienden a su personalidad, asumiendo la vida carcelaria un carácter negocial.

Esta doble función de la pena (ejemplar al momento de la condena, y disciplinaria y compromisoria en el momento de la ejecución), otorga a las instituciones punitivas un carácter punitivo y totalizante. Así, se

duplica el trabajo judicial: primero al imponer la sanción y luego en la ejecución (severidad de fachada e indulgencia del caso a caso). La conclusión razonable es que un programa de derecho penal exige la determinación de la pena mínima necesaria en sede legislativa y jurisdiccional. Ello conllevaría la reducción de las penas, la transformación en derechos de los beneficios del tratamiento concedidos como premios y la previsión de las medidas alternativas directamente en las condenas.

- D) Principio de Lesividad: De acuerdo con él, la intervención penal se justifica en la necesidad de proteger bienes jurídicos, y estos deben ser efectivamente afectados. Sin ello, no es posible justificar democráticamente el poder punitivo del Estado; en caso contrario, se estaría protegiendo la sola autoridad estatal o determinadas concepciones de algunos sectores acerca de los valores (Ej: pautas morales de comportamiento sexual) que se pretenden imponer a todos. De ahí que garantía básica de un derecho penal en un Estado democrático de Derecho se la necesidad de afectación de bienes jurídicos, conforme con la función protectora que el derecho penal se atribuye. Así es como la mera desobediencia que no importa lesión o puesta en peligro concreta de bienes jurídicos, como también el ejercicio legítimo de un derecho que sólo ofende ciertas posturas de sectores de la sociedad, no pueden ser criminalizadas por el Estado. Sin embargo, para ciertas orientaciones formalistas, este principio se subsume en el principio de legalidad de los delitos y de las penas, entendiendo que el bien jurídico es inmanente a la norma: toda norma por ser tal protege un bien jurídico. Ello implica, como señaló BUSTOS, partir de un dogma o presunción de derecho a favor de la ley.

Algunos autores distinguen los bienes jurídicos, entre aquellos individuales y supraniduales, o bien entre aquellos por naturaleza o por razones puramente político criminales. Ambas clasificaciones tienden a señalar que unos bienes jurídicos son reales y los otros



artificiales. En base a ello, algunos sectores sostienen que la intervención punitiva del Estado sólo debe limitarse a los primeros (atentados contra la vida, la salud individual, la libertad, el honor y el patrimonio), quedando fuera bienes tales como la salud pública, la seguridad común, los ingresos y egresos del Estado, etc. Sin embargo, unos y otros son reales y están referidos a la persona y son indispensables para su desarrollo en todas las dimensiones. Con esta distinción artificiosa se limitaría la lesividad a ciertos sectores.

Pero más allá de estas disputas conceptuales, la implementación del principio de lesividad lleva nuevamente a considerar las realidades concretas en que se va a aplicar, y a recalcar que es sólo un programa de acción y que su eficacia requiere ser garantizada. De otra parte, consecuencia de la distribución desigual de los bienes, es que exista un gran sector de la población que será marginal al principio de lesividad, aquel sobre el cual recaiga el sistema penal, en razón de ese mismo principio de lesividad. Se tiene entonces, al decir de BUSTOS, que la exigüidad del disfrute de los bienes produce a su vez la desigual repartición de la intervención punitiva; se produce la marginalidad de un gran sector de la población que no parece cubierta por el principio político criminal de la lesividad. Y desigual distribución de selectividad punitiva, lleva a que no se atienda a los bienes pertenecientes a las grandes mayorías, y acentúa la protección de bienes por razones ajenas a una participación igualitaria. En definitiva, solo se protege a sectores de la ciudadanía por razones políticas, económicas, sociales o culturales. La intimidad, la libertad sexual, la diversidad cultural, la ecología, la educación, la salud, el consumo, etc., no aparecen suficientemente considerados en nuestros códigos penales. Por otra parte, también se puede distorsionar el principio de lesividad en razón de la amplitud que puede tomar en nuestros países el objetivo de seguridad ciudadana o pública. Al ser sobredimensionado concientemente, especialmente en momentos de transición, remarcando solo el problema de la violencia callejera. Se

lleva así a que todo el sistema penal y el principio de lesividad se implemente o defina desde esta perspectiva, con lo cual se reduce su ámbito a determinado sector dejando sólo como posibles agresores a grandes mayorías que siempre quedan como presuntos peligrosos, y es por eso que se aumentan las facultades de la policía y de los tribunales respecto de ellos.

#### **4. TEORIAS ACERCA DE LOS FINES DE LA PENA**

Hecha la salvedad al respecto, la doctrina tradicional, no obstante, hace la siguiente clasificación:

Teorías acerca de los fines de la pena:

Las teorías tradicionales de la pena u “opiniones científicas de la pena”<sup>23</sup>, normalmente se agrupan en torno a dos grandes corrientes: la abolicionista y la justificacionista<sup>24</sup>. Sin embargo, “las teorías de la pena no son, ni en su forma jurídicopolítica, ni en su concreta significación para el sistema del derecho penal”, esos bloques erráticos y antagónicos que parecen a primera vista, sino que por el contrario, hay intentos de verlos en una recíproca dependencia, de conciliarlos, de unirlos en lugar de separarlos.<sup>25</sup>

Corriente Abolicionista:

Los abolicionistas rechazan toda posibilidad de legitimación del derecho penal; por lo mismo creen que debe propenderse hacia su abolición. Es una corriente teórica desarrollada principalmente en la Europa occidental que efectúa una crítica a todo el sistema de justicia penal y plantea su

---

<sup>23</sup> HASSEMER, Winfried. “Fundamentos de Derecho Penal”, José María Bosch S.A. Editores, Barcelona, 1984, traducción y notas de Muñoz Conde, Francisco y Araya Zapatero, Luis; p. 347.

<sup>24</sup> SANZ MULAS, Nieves, “Alternativas a la Pena Privativa de Libertad”, Edit. Colex, Madrid, 2000, pp. 37-38.

<sup>25</sup> HASSEMER, Winfried, *Op Cit.*, p. 347-348.

rechazo. Considera ilegítimo el derecho penal, por cuanto roba el conflicto a las personas directamente implicadas en él, condenado a seres concretos a enormes sufrimientos por razones impersonales y ficticias. Sostiene, en consecuencia, que el conflicto debe devolverse a la víctima.

Corriente Justificacionista:

Los justificacionistas, hoy mayoría, entienden la pena como un bien o como un mal útil, un mal menor, con lo que explican la existencia misma del derecho penal.

Las teorías justificacionistas pueden desglosarse en dos grandes categorías: teorías absolutas o retribucionistas, y relativas o preventivas<sup>26</sup>.

Teorías Absolutas. El Retribucionismo:

Las teorías absolutas, retribucionistas o retributivas describen la evolución de la pena desde la venganza privada y la lucha entre familias y tribus, hasta su reemplazo por una retribución o recompensa, que es traspasada a instancias públicas más o menos neutrales.

Estas teorías suceden a la expiación como fundamento de la legitimidad de la pena, propia de los estados absolutistas, que implican una concentración total del poder y un uso ilimitado de él, necesario para el desarrollo posterior del capitalismo<sup>27</sup>.

Se dice que se impone la pena *quia peccatum est*, solo porque se ha delinquido. En su vertiente objetiva, dirigida al suceso externo, la teoría retributiva pretende que el acto injusto y la culpabilidad sean retribuidos a través del mal que constituye la pena. En su variante subjetiva, es decir en consideración al autor, la teoría retributiva habla de expiación, con lo que no obstante no se pretende en absoluto una auténtica expiación o reconciliación

---

<sup>26</sup> BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio y V.V.A.A., *Op. Cit.*, pp. 26- 34.

<sup>27</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Conosur, 1994, p. 115 - 119.

del delincuente, sino solo un cierto proceso sacramental. La ejecución de la pena y el padecimiento mismo bastan para retribuir el acto injusto y la culpabilidad.<sup>28</sup>

Las teorías retributivas deben su contenido a la tradición filosófica del idealismo y del cristianismo. La justificación de la pena está en la justicia misma, y ésta se atribuye por la culpabilidad del autor; sólo ésta última justifica la imposición del mal, precisamente por el mismo mal que ha significado el delito<sup>29</sup>. Para la retribución, el sentido de la pena estriba en que "la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal" (...) "la pena, pues, no sirve para nada, sino que lleva su fin en sí misma. Tiene que ser, porque tiene que imperar la justicia"<sup>30</sup>.

Se critica la irracionalidad de esta postura. Se dice que sólo explica el fundamento de la pena, el porqué se castiga, pero no se aclara el contenido de sus fines. En definitiva, se rechaza toda búsqueda de fines fuera de la propia pena. Son absolutas porque en ellas la sanción penal se justifica a sí misma. Lo contrario implicaría instrumentalizar al hombre, utilizarlo para la consecución de fines sociales, meta-individuales, que le son ajenos. Para KANT, la ley penal es un "imperativo categórico", es una exigencia incondicionada de la justicia, desprovista de toda consideración utilitarista; la pena no puede servir a la protección de la sociedad, pues eso conllevaría una inadmisibles instrumentalización del individuo. El individuo no puede ser castigado en beneficio de aquella solo para servir a la prevención de los delitos; por ello, en su obra "Metafísica de las Costumbres", llama a valorar al hombre como un fin en sí mismo.<sup>31</sup> Según BUSTOS, para KANT "la pena es retribución a la culpabilidad del sujeto", por tanto, si el Estado se disolviese tendría que preocuparse de que tal culpabilidad quedase

---

<sup>28</sup> HASSEMER, Winfried, *Op. Cit.*, p. 351.

<sup>29</sup> SANZ MULAS, Nieves, *Op. Cit.*, p. 39.

<sup>30</sup> ROXIN, Claus, *Op. Cit.*, p. 12.

<sup>31</sup> CEREZO MIR, José, "Curso de Derecho Penal Español: Parte General I (vol. I)", Madrid, Editorial Tecnos, 1998, p. 20.

retribuida, ya que de otra manera el pueblo se haría partícipe de ella, y como encubridor recaería también sobre él dicha culpabilidad.<sup>32</sup>

Por su parte, HEGEL habla de una retribución jurídica, y en base a ella, justifica la pena en la necesidad de reparar el derecho con una violencia contraria que restablezca el orden violado. La esencia de la pena estaría en la negación de la negación del derecho. La voluntad especial del delincuente se opone a la voluntad general del ordenamiento jurídico. La pena entonces se impone como una forma de anular esta voluntad especial. El adjudicar fines preventivos a la pena, significaría denigrar al hombre, tratándolo como un ser irracional, como “a un perro con un palo, en lugar de respetar su honor y libertad.”<sup>33</sup>

La principal crítica que se les hace a estas teorías es su deficiente fundamentación. La importancia de la correlación entre retribución y culpabilidad, entra en conflicto cuando se hace imposible sostener el juicio de culpabilidad, ya que no puede probarse su correlato necesario: el libre albedrío.

#### Teorías Relativas, Preventivas o Utilitaristas:

Son aquellas teorías que buscan alcanzar fines externos a la pena, y por eso se les denomina relativas. Se busca inhibir la comisión de futuros hechos delictivos, de prevenir, a diferencia de las teorías absolutas, que miran al pasado y que se limitan a castigar por el hecho cometido, sin buscarle ninguna finalidad posterior a la pena.

También se les llama utilitarias, por cuanto se entiende a la pena como necesaria para mantener ciertos bienes sociales. La pena es útil, en tanto sirve de instrumento para prevenir futuros hechos delictivos. Se trata que la

---

<sup>32</sup> BUSTOS, Juan, “Control Social y Sistema Penal”, PPU, Barcelona, 1987, pp. 89 - 117.

<sup>33</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, “Filosofía del Derecho”, México, D.F., Ediciones Casa Juan Pablos, 1998, Edición N°99.

pena tenga alguna utilidad para la sociedad, dejando fuera las disquisiciones metafísicas sobre ella.<sup>34</sup>

Estas teorías tienen a su vez una doble variante: una preventiva especial, que dirige su atención al delincuente concreto castigado con una pena, esperando que ésta tenga en él un efecto resocializador; y una variante preventiva general, que se interesa por la colectividad en su conjunto, esperando que la pena y su ejecución, por un lado, sirvan para intimidar a los delincuentes potenciales (concepción estricta de la prevención general), y por otro, contribuyan a robustecer la conciencia jurídica de todos (concepción amplia de la prevención general).<sup>35</sup>

#### Prevención General:

La pena se valora en cuanto dirigida a los miembros de la sociedad que pretende regular, para que en el futuro, ante la amenaza de ella, se abstengan de delinquir. En definitiva, la pena es vista como un medio para evitar que surjan nuevos delincuentes en la sociedad, se orienta hacia el futuro y su fin es prevenir aquellas conductas que alteran la convivencia social, para así contribuir a mantener la paz en la comunidad.

La prevención general va dirigida a todos los ciudadanos, con independencia que en algún momento anterior hayan o no delinquido. Los efectos intimidatorios de la pena son generales y no van orientados a ningún sujeto concreto, como ocurre en la prevención especial.

La norma penal tiene una fase conminativa, en donde la pena es una amenaza abstracta que busca motivar a los individuos para que se abstengan de cometer delitos. Si no se consigue su objetivo y alguien transgrede la norma, la posterior imposición y ejecución de la pena sobre el sujeto infractor infundirá el temor necesario a los posibles delincuentes, para que en el futuro se abstengan de seguir dicho ejemplo.

---

<sup>34</sup> BUSTOS, Juan, “Control Social y Sistema Penal”, en MERA FIGUEROA, Jorge y DUCE JULIO, Mauricio, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 1996, p 175.

<sup>35</sup> HASSEMER, Winfried, *Op.Cit.*, p. 350-351.

Esta teoría, al querer prevenir el delito mediante las normas penales, constituye fundamentalmente una teoría de la amenaza penal.<sup>36</sup>

La prevención general puede ser negativa o intimidatoria, o positiva o estabilizadora o integradora.

#### Prevención General Negativa:

La prevención general negativa o intimidatoria es la que hemos definido como una amenaza o intimidación dirigida a la comunidad. Con la norma se trata de disuadir a los eventuales delincuentes amenazándoles con una sanción que persigue ser el freno a su posible tentación de delinquir.

Su formulación más conocida es la que hizo FEUERBACH en su “Teoría de la Coacción Psicológica”, que trata del efecto conminativo mediante leyes penales más que una teoría de la pena propiamente dicha.<sup>37</sup> “Se imaginaba el alma del delincuente potencial que había caído en la tentación, como un campo de batalla entre los motivos que le empujan hacia el delito y los que se resisten a ello.”<sup>38</sup>

Si bien la prevención general negativa funciona como amenaza, tiene el gran defecto de no servir de criterio limitador de las penas, dentro de un modelo de derecho penal mínimo y garantista, pues, aunque justifica la pena como medio para asegurar la eficacia de las prohibiciones penales, al igual que los retribucionistas, elude la cuestión de por qué prohibir.<sup>39</sup>

#### Prevención General Positiva:

La teoría utilitarista de la prevención general positiva, postula que “a través de la conminación penal contenida en la norma y de la consiguiente aplicación de la sanción al culpable, se evita la legitimación del delito y se

---

<sup>36</sup> ROXIN, Claus, “Derecho Penal Parte General”, Tomo I, Editorial *Civitas*, Madrid, 1997, p. 90.

<sup>37</sup> SANZ MULAS, Nieves, *Op. Cit.*, p. 49 - 54.

<sup>38</sup> ROXIN, Claus, *Op. Cit.*, p. 91.

<sup>39</sup> SANZ MULAS, Nieves, *Op. Cit.*, p 59.

alienta la aversión, que se supone normal y espontánea, contra el injusto, contribuyendo con ello, además, a poner coto a la predisposición delictiva latente en la colectividad.”<sup>40</sup>

El padre de esta teoría es Hans WELZEL, en relación con su concepción de la función ético-social del Derecho penal. Ésta señala que la protección de los bienes jurídicos particulares, es la tarea de asegurar la vigencia real de los valores de acción de la actitud jurídica. La principal misión del Derecho penal sería, tanto a través del establecimiento de delitos en las normas jurídico-penales, como en su efectiva persecución, sanción y sobre todo, a través de la ejecución de las penas, la función de demostrar a la comunidad que el Estado se toma en serio la amenaza penal, propugnando su vigencia, y no establece una legislación falsa o un *Derecho penal simbólico*.<sup>41</sup> La pena tiene la misión de “demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad y así reforzar la confianza jurídica del pueblo”.<sup>42</sup> La prevención general positiva, estabilizadora o integradora, busca provocar el respeto al Ordenamiento a través de la internalización del sentimiento jurídico de la comunidad.

En la prevención general positiva es posible distinguir tres fines y efectos distintos relacionados entre sí: el *efecto de aprendizaje*, motivado social y pedagógicamente; el *efecto de confianza* que surge cuando el ciudadano ve que el derecho se aplica; y, finalmente, el *efecto de pacificación*, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza. En virtud de la sanción, se considera solucionado el conflicto del autor.<sup>43</sup>

Respecto al grado de intervención permisible, MIR PUIG, clasifica las teorías generales positivas en: Las que otorgan un rol fundamentador, e incluso ampliatorio de la intervención penal, como WELZEL y JAKOBS, y las

---

<sup>40</sup> DURÁN MIGLIARDI, Mario, “Concepto, Función y Crítica a la Prevención General Positiva”, en “Problemas Actuales de Derecho Penal”, Balmaceda Hoyos, Gustavo (Coordinador) y V.V.A.A., Seminario de Derecho Penal”, Universidad de Salamanca, 1ª Edición, Ediciones Jurídicas Santiago (Salesianos), Santiago, Octubre 2007, p. 275.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 276.

<sup>42</sup> ROXIN, Claus. *Op. Cit.*

<sup>43</sup> *Ibidem*.



que por el contrario, buscan limitar la intervención penal. Entre los exponentes de estas últimas se encuentran HASSEMER, ROXIN y ZIPF.

HEINRICH ZIPF clasifica las diferentes teorías de la prevención general positiva en las que se limitan a construir teorías atinentes únicamente a los fines de la pena, y las que tienen un papel más amplio, buscando fundamentar el Derecho penal, extrayendo consecuencias de amplia aplicación para el sistema penal en general, como por ejemplo, hablando del problema de la culpabilidad.

PÉREZ MANZANO, en relación con la imputación subjetiva, clasifica las teorías preventivo-generales positivas, de acuerdo a la función que a esa imputación le otorgan los autores. Habría tres grupos de autores:

Los que se mantienen estrictamente dentro del marco de los modelos *output* de imputación subjetiva.

Los que ven la prevención general positiva como contenido mismo de la imputación subjetiva, éstos a su vez se subdividen en: los que parten de un modelo de *output* basados en la teoría sistémica, como CALLIESS y JAKOBS, y por otro, los basados en la teoría psicoanalítica, como HAFFKE.

Por último, habría un tercer grupo compuesto por los que ven la teoría de la prevención general como un complemento de la culpabilidad en la imputación subjetiva, entre los que se destacan ROXIN, SCHUNEMAN y HASSEMER.<sup>44</sup>

#### Prevención Especial:

La prevención especial tiene como meta apartar al autor de futuros delitos. Se pueden distinguir tres aspectos preventivos de la pena:

1. Prevención Especial Negativa: Busca el aseguramiento de la sociedad mediante la reclusión del autor de un delito.
2. Intimidación Especial del Autor.

---

<sup>44</sup> *Ibidem*, pp. 277 a 279.

3. Prevención Especial Positiva, que busca la corrección, educación, reinserción, resocialización o socialización, o tratamiento del delincuente.

La prevención especial tiene su más fiel defensor en Franz VON LISZT, autor de fines del siglo XIX. La conducta humana y la sociedad en general eran analizadas desde la perspectiva de las ciencias naturales, lo que traía como consecuencia que el comportamiento humano era visto como un conjunto predeterminado de causas internas y externas. Con esta mecanización del pensamiento, las ciencias de la vida social se transformaron en una física social. El derecho penal es visto como una especie de ingeniería social. Se supone que sólo cuando el hombre conoce las leyes de la naturaleza puede modificarlas para su provecho. o al menos, adaptarse para que le acarreen menores daños.<sup>45</sup>

De esta manera corresponde al derecho penal guiar el comportamiento del delincuente. Franz VON LISZT en su “Programa de *Marburgo*” de 1882, señala que la pena es una coacción directa o indirecta, que se vuelve contra la voluntad del delincuente, puesto que ella daña o elimina los bienes jurídicos en los que la voluntad se ha corporeizado.

Como coacción indirecta, mediata, psicológica o motivación, la pena significa al delincuente los motivos que le faltan y que son adecuados contra el delito, al tiempo que incrementa e intensifica la motivación que ya poseía. La pena de esta manera adapta artificialmente al delincuente a la sociedad.

Como coacción directa, inmediata, mecánica o violencia, la pena busca inocular al delincuente temporal o permanentemente. Esta tendrá distintos fines dependiendo de la categoría de delincuente que estemos hablando. A saber, se reconocen tres tipos de delincuentes, con las correlativas consecuencias que les significará la pena:

1. Para el delincuente que sea capaz de corregirse, la pena buscará su corrección.

---

<sup>45</sup> LESCH, H. Heiko, “La Función de la Pena”, Dyckinson, Madrid, 1999, pp.31-32.

2. Para el delincuente que no requiere corrección, la pena implicará su intimidación.
3. Para el delincuente que carezca de capacidad de corregirse, la pena simplemente consistirá en su inocuización.

Se critica a VON LISZT su excesivo optimismo en el permanente desarrollo del hombre, muy típico de su época, que, como dijimos, se ve imbuida de las ciencias de la naturaleza y de la técnica, en donde la necesidad de corrección es un hecho real – psicológico. Por tanto, sólo bastará encontrar el procedimiento adecuado para poder corregirlo.<sup>46</sup>

Esta teoría tuvo gran apogeo en las décadas de los 60' y 70', donde hubo un verdadero boom de la resocialización. Sin embargo, las críticas comenzaron poco después de su elaboración, señalando el mismo VON LISZT la imposibilidad de aplicar la resocialización como educación coactiva en individuos de más de 20 años. La asistencia estatal podía funcionar en jóvenes de 20 años, pero en hombres de 30 o 40 años, a su juicio, es poco factible la corrección ciudadana, entonces sólo queda aplicar la pena como una pura intimidación.

Las principales críticas que se señalan a estos postulados radican en la reducción que se hace del derecho penal a un cometido únicamente policial, sólo como una defensa frente a peligros. Sin embargo, surge la pregunta de qué pasa con los daños sociales ya conclusos. En definitiva, el derecho penal y la aplicación de medidas de defensa ante peligros, no se dirigirían al hecho penal de manera retrospectiva, sino sólo a modo de pronósticos.

Al mismo tiempo, la función preventivo especial positiva de resocialización también es criticable, pues el individuo que se somete a un tratamiento terapéutico no sólo es visto como el perro a que alude HEGEL, sino que en el sentido kantiano, el delincuente es tomado como un objeto, como parte integrante del derecho de cosas. El individuo es eliminado como un ser libre y es coactivamente modelado a las convenciones sociales. Sin embargo,

---

<sup>46</sup> *Ibidem*, pp.32 - 33.

cabe la pregunta acerca de ¿Quién legitima que una mayoría de la población imponga coactivamente una forma de vida a sus minorías? ¿Es posible educar y tratar a personas adultas contra su voluntad? La resocialización supone la exigencia colectiva de adaptarse coactivamente e implica una alta intervención estatal, lo que se aleja claramente de una tradición democrática liberal. La prevención especial positiva parte de una concepción de Estado en donde el individuo no es definido como un ser autónomo, libre y responsable, sino como un objeto sometido a los procesos de control estatal, resultando evidente que mientras más intervenga el Estado, más se sustrae la propia responsabilidad del individuo, por un concepto asistencial de responsabilidad colectivo estatal<sup>47</sup>.

Teorías Mixtas, Eclécticas o de la Unión:

Por último, en relación con los fines y funciones de la pena, surgen distintas posturas eclécticas llamadas teorías mixtas, unificadoras o de la unión.

Teorías unificadoras retributivas:<sup>48</sup>

Consisten en una combinación de la retribución, la prevención general y de la prevención especial como fines de la pena, simultáneamente. Para éstas, lo decisivo es, en primer lugar, la necesidad de expiación (fin retributivo de la pena), aunque junto a ello también el fin intimidatorio. Los otros fines de corrección (prevención especial positiva) y de aseguramiento (prevención especial negativa), pasan frente a la retribución a un segundo plano.

En las formulaciones más recientes de la teoría de la unión, la retribución, la prevención especial y la prevención general se tratan más bien como fines de la pena de igual rango. Ni la teoría de la retribución ni ninguna de las

---

<sup>47</sup> *Ibidem*, pp. 34 - 35.

<sup>48</sup> ROXIN, Claus, *Op. Cit.*, p. 94.

teorías preventivas puede determinar por sí sola el contenido y límites de la pena.

#### Teorías Unificadoras Preventivas:

Cualquier teoría defendible hoy en día, debe basarse en el entendimiento que el fin de la pena sólo puede ser de tipo preventivo; las normas penales sólo están justificadas en cuanto tienden a la protección de la libertad individual y a la mantención del orden social que está a su servicio. La pena concreta sólo puede perseguir un fin preventivo del delito. Tanto la prevención general como la prevención especial deben figurar conjuntamente como fines de la pena, puesto que los hechos delictivos pueden ser evitados tanto a través de la influencia sobre el individuo particular como sobre la colectividad. Ambos medios se subordinan al fin último al que se extienden y son igualmente legítimos.

Este fin se lograría aún en los casos en que no existiera riesgo de reincidencia, ya que en último término siempre quedaría el fin preventivo general, que por sí solo justificaría la aplicación de la pena. Lo mismo ocurriría en los casos en que el individuo no quiere resocializarse, ya que no puede ser forzado a aquello. Implicaría una violación a su personalidad; en ese sentido, en derecho comparado la resocialización se ha mirado como un derecho, y muy por el contrario, se niega al Estado la posibilidad de corregir compulsivamente a sus ciudadanos.<sup>49</sup> Sin embargo, como se señala anteriormente, siempre quedan a salvo los fines preventivo generales de la pena.

En caso de conflicto entre los fines preventivo generales y preventivo especiales - por ejemplo, en un conflicto de cuantía de penas - siempre tendrá que superponerse uno sobre otro, siempre habrá un “beneficio” y un “costo preventivo”. Sin embargo, en la búsqueda de un fin preventivo especial no debe reducirse la pena al punto que la sanción ya no sea

---

<sup>49</sup> *Ibidem*, pp. 95 - 96.

tomada en serio por la comunidad, puesto que ello quebrantaría la confianza en el ordenamiento jurídico, estimulándose la imitación. No obstante, las consideraciones preventivo generales primarán siempre que se busque una conminación penal. No ocurrirá lo mismo cuando solo se busque la resocialización, ya que por sí sola no se justifica.

Debe recalcarse que las teorías unificadoras preventivas no legitiman pura y simplemente los fines preventivo especiales con los generales, sino que superponen ambos fines en un sistema cuidadosamente equilibrado, que sólo en el ensamblaje de sus elementos ofrece un fundamento teórico a la pena.

#### Crítica a las Teorías Mixtas o Unificadoras:

De estas teorías mixtas o unificadoras, resulta un eclecticismo que, queriendo contentar a todos, no satisface totalmente a nadie. La mera yuxtaposición o adición de teorías no responde a la inquietud propuesta, sino por el contrario, multiplica por tres los efectos sometidos a crítica.<sup>50</sup>

ROXIN intenta responder la pregunta con su teoría unificadora dialéctica, sin caer en eclecticismos paradójicos. Para él, el derecho penal enfrenta al individuo de tres maneras: amenazando, imponiendo y ejecutando penas; y en esas tres esferas de actividad estatal necesita de justificación para cada una por separado.

En un primer momento, el de la conminación penal, el Estado debe asegurar a los residentes de su territorio las condiciones de una existencia que satisfaga sus necesidades vitales, protegiendo bienes jurídicos. Por tanto, el derecho penal será solo de naturaleza subsidiaria y de *ultima ratio*. El legislador no puede castigar conductas no lesivas ni perjudiciales de bienes jurídicos, aunque dichos actos sean moralmente reprochables.

---

<sup>50</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, citado en BOTERO BERNAL, Andrés, “La Teoría Unificadora Dialéctica de Roxin a la luz de Beccaria”, publicado en Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N°5, 2001/2002, pp. 201 - 212.

Luego, al momento de imponer y graduar la pena, no debe considerarse ésta como la consecuencia de la amenaza legal. Con ello se excluye la finalidad de la prevención general en este estadio. El castigo debe ser conforme a derecho, es decir, al momento de imponerse la pena lo que se busca es la inviolabilidad del ordenamiento jurídico para así mantener la confianza de la colectividad en el derecho, aplicándose el mal de la pena por el mal o la negación del derecho que ha significado el delito.

En el tercer estadio de la conminación penal, la pena sólo puede estar justificada si propende a la reincorporación del delincuente a la comunidad. Sólo se justifica una ejecución resocializadora que no instrumentalice, sino muy por el contrario, favorezca y beneficie al condenado.

ROXIN resume su teoría señalando que la pena sirve a los objetivos jurídico - penales de la prevención general y especial, pero en la medida o límite de la culpabilidad. Sin embargo, atendiendo a la finalidad resocializadora, puede pasarse por alto este límite subjetivo, siempre y cuando con ello no se prescindiera de las necesidades preventivo generales.

## CAPÍTULO II DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

### 1. PERSPECTIVA HISTÓRICA. ORÍGENES DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD COMO SANCIÓN PENAL.

#### **Consideraciones Preliminares:**

El vocablo cárcel, designa histórica y técnicamente el lugar o construcción en que se mantienen reclusos procesados y encausados. Se diferencia de los términos presidio, prisión o penitenciaría, en que éstos designan el lugar donde deben cumplir sus penas los que han sido condenados por la justicia. La cárcel, tanto la palabra como el instituto, preceden a todos esos conceptos, que representan formas específicas de cumplimiento y lugares de ejecución de las penas privativas de libertad. Algunos autores salvan las posibles confusiones terminológicas, adicionando al vocablo prefijos latinos, distinguiendo así la cárcel *Ad Custodiam* y la cárcel *Ad Poenam*.<sup>51</sup>

La cárcel, preexiste a su utilización como pena. Por tanto, por el término cárcel debemos entender, al menos en los primeros siglos de la era cristiana, la que es definida por el viejo texto de Ulpiano: “*Carcer enim ad continendos homines non ad puniendos haberi debet*” (*Digesto*, 48, 19, 8 párrafo 9), es decir, las cárceles existen solo para custodia de los hombres y no para su castigo.

#### **Cárcel y Celda**

Desde un punto de vista del imaginario cultural, lo que primeramente se asocia a la privación de libertad es “la celda”, un lugar lóbrego y dotado de barrotes. Esta imagen común se aleja históricamente de la cárcel primigenia,

---

<sup>51</sup> NEUMAN, Elías, “Evolución de la Pena Privativa de Libertad y Regímenes Carcelarios”, Ediciones *Pannedille*, Buenos Aires, Argentina, 1971, pp. 24 -25.



puesto que la restricción de libertad se efectuaba originariamente de otras maneras y/o en otro tipo de recintos.

Se habla de *fosos o pozos*<sup>52</sup> en donde los individuos eran depositados por una abertura en el techo, mediante ganchos o escaleras, de manera que los presos, precipitados o arrojados, no podían salir sin ayuda del exterior. Incluso se señala que en los países secos, eran usados como prisiones fuentes o manantiales secos, lo que tendría un trasfondo religioso, si se enlaza el encierro con el concepto de expiación, y la idea que la sangre, el fuego y el agua han sido considerados tradicionalmente medios de purificación.<sup>53</sup> <sup>54</sup> También se señalan, dentro de las primeras formas de encierro, los precipicios y canteras, en donde no bastaba más que cerrar su entrada para conseguir sólidos lugares de reclusión; dados sean los ejemplos del *Carcer Publicus Lautumniarum* romano, y las *Latomias* o canteras de la ciudad de Siracusa, en donde eran retenidos los prisioneros de guerra. Por otro lado, los pueblos nómades usaron medios más simples de encierro; los antiguos hindúes o indios usaron, por ejemplo, una simple atadura a una columna de madera para retener a los malhechores. Los persas y filisteos sumaban la ceguera del individuo. Otros pueblos, como los atenienses, usaron el encadenamiento, como en la prisión *Desmosterio*, “Casa de las Cadenas”, por ejemplo. Lo mismo ocurría con los germanos.

En otras naciones, como la francesa, la “mazmorra” (“*bastille*”), se deriva del nombre de un foso profundo destinado a la custodia de animales y seres humanos.<sup>55</sup> En Munich, en cambio, no se acostumbraba el uso de fosos, sino de oseras o jaulas donde normalmente se exhibían fieras, como leones u osos. El uso de jaulas es análogo en su función al denominado “poste de

---

<sup>52</sup> VON HENTIG, Hans, “La Pena”, Vol. II, Trad. y Notas por José María Rodríguez Devesa, Edit. Espasa – Calpe, S.A., Madrid, 1968, p. 185.

<sup>53</sup> En efecto, la palabra prisión recuerda una sujeción e inmovilización, relacionada a su vez a una vieja raíz sánscrita que significa jaula, que respectivamente está ligada a la palabra cuerda. A mayor abundamiento, la *jail* inglesa, proviene probablemente del latino *caveola*, foso. Lo mismo ocurre con el alemán *kittschen*, cárcel, que de proviene de *kute*, foso o pozo. (Ver: VON HENTIG, *Op. Cit.*, pp. 190 – 191).

<sup>54</sup> *Ibidem.*, p. 190.

<sup>55</sup> *Ibidem.*, p. 195.

la vergüenza”, en donde no sólo se retiene al individuo, sino que se le expone al escarnio público.<sup>56</sup>

Con el devenir histórico, dichas privaciones de libertad fueron cediendo al uso generalizado de la mazmorra, la cárcel de la casa consistorial o la torre, en donde la función principal pasa a ser el aislamiento físico, total y absoluto, de manera de dejar completamente desprovisto al preso de toda posibilidad de defensa que pudiera dispensar la opinión pública.<sup>57</sup>

### **Antecedentes: Del Encierro a la Cárcel**

La pena privativa de libertad es de data relativamente nueva. Hay antecedentes históricos del encierro, pero no como una forma de castigo.<sup>58</sup>

<sup>59</sup> Sin embargo, éste tenía características muy distintas de las que caracterizan a la cárcel hoy día.

Como se ha esbozado, la antigua cárcel<sup>60</sup> tenía en sus orígenes un carácter netamente cautelar-provisorio.<sup>61</sup> Su función era la de custodiar a los detenidos hasta el juicio, por lo que no era una verdadera pena privativa de libertad, sino más bien, un medio de aseguramiento del detenido. Su carácter, por tanto, era únicamente procesal.

Con esa naturaleza preventiva, fue conocida en las distintas culturas, como en China, Babilonia, Persia, Egipto, Arabia, India, Japón e Israel. Lo mismo ocurre en las civilizaciones precolombinas, como en la cultura azteca e inca, en donde la cárcel era utilizada con fines de aseguramiento y como una forma de agravar el tormento de los condenados a muerte,

---

<sup>56</sup> *Ibidem*, pp. 197 a 199.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 210.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 184 - 185.

<sup>59</sup> En la Antigüedad, se cita como ejemplo de encierro aquel pasaje bíblico relativo al cautiverio que sufrió José, preso por sus hermanos en una cisterna. (Biblia, *Génesis*, Cap. XXXVII).

<sup>60</sup> La cárcel en sentido propio, nace como tal en las corporaciones monásticas de la Alta Edad Media, recibiendo después el favor de la Iglesia, a causa de su específica adecuación a las funciones penitenciales y correccionales (SANZ MULAS, Nieves. “Alternativas a las Penas Privativas de Libertad”, Edit. Colex, Madrid, 2000, p. 179).

<sup>61</sup> *Ibidem*.

respectivamente.<sup>62</sup> Igual antecedente existe en las culturas clásicas, como en la civilización helénica, y en la romana, donde no se concebía al encierro más que como un medio de mantener seguros a los acusados durante la instrucción del proceso. No obstante, debe considerarse que tanto en Grecia como en Roma existía la llamada cárcel (esclavitud) por deudas, pena de carácter civil, rayana con el tormento, que operaba hasta que el deudor, u otro en lugar de él, cancelase la deuda.<sup>63</sup>

Esa naturaleza preventiva de la cárcel, se traslada a nuestras legislaciones latinoamericanas a través de Las Partidas de Alfonso X El Sabio, en donde se señala que “...la cárcel debe ser para guardar a los presos e non para fazerles enemiga nin otro mal...”<sup>64</sup> Este mismo tipo de disposiciones se observa en leyes regionales y en Las Leyes de Indias.<sup>65</sup> Por otro lado, en el derecho germánico, aunque fue conocido por la naturaleza cruenta de sus penas, el uso del encierro es de muy rara ocurrencia.

### **Influencia de la Ley Eclesiástica**

La fuente principal del derecho penal canónico es el *Libri Poenitentialis*, que da un conjunto de instrucciones a los confesores para la administración del sacramento de la penitencia, señalando una a una las que han de cumplirse en atención a los pecados cometidos, fueren o no penados por la ley secular. Según SCHIAPPOLI<sup>66</sup>, la penitencia consistente en el encierro, y pasa al derecho secular convertida luego en la pena privativa de libertad como castigo a ciertos delitos comunes. El encierro como penitencia, buscaba reconciliar al pecador con la divinidad y despertar su arrepentimiento. Ésta era la reclusión que sufrían los clérigos que

---

<sup>62</sup> NEUMAN, *Op. Cit.*, pp. 20 - 21.

<sup>63</sup> *Ibidem*, pp. 22 - 23.

<sup>64</sup> “Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el X”, glosadas por el Lic. Gregorio López del Consejo Real de Indias de S. M., Partida VII, tít. XIX, ley IV.

<sup>65</sup> NEUMAN, *Op. Cit.*, P. 23.

<sup>66</sup> Citado por NEUMAN, *Op. Cit.*, p.28.

transgredían la ley eclesiástica (*detrusio in monasterium*). Por otro lado, cuando se castigaba a un hereje, ésta se ejecutaba, dependiendo de la gravedad del delito, en régimen común o celular. De esta manera, la penitencia podía llevarse a cabo en un monasterio o prisión episcopal. El régimen del encierro podía ser determinado por el juez en la sentencia, recayendo los gastos de manutención a su cargo, salvo cuando carecía de recursos, caso en el cual era alimentado por el obispo. Éste es uno de los motivos por los que la prisión monástica es considerada más suave y humana que las penas aplicadas en ese entonces en el derecho laico (que generalmente consistían en suplicios físicos).

### **Del Castigo del Cuerpo al Castigo del Alma**

Durante todo el medioevo, hasta entrado el s. XVI, la pena privativa de libertad era desconocida. El encierro sólo es conocido como una medida preventiva de aseguramiento. Las penas por excelencia, son aquellas que consisten en castigos y sufrimientos corporales cruentos, como la amputación de brazos, piernas, ojos, lengua, manos, mutilaciones, desmembramientos, quemaduras, y su expresión máxima, la muerte, de las maneras más diversas. La carencia de una clase media, y por otro lado una masa pauperizada y oprimida, enardecida, condenaba o se condolía con los torturados. Las ejecuciones públicas consistían en verdaderos *shows* de horror.

En general, puede decirse que el derecho penal recurría a penas que se aplicaban preferentemente sobre el cuerpo de los condenados; se buscaba purificar el cuerpo a través de dichos suplicios. El cuerpo era el mayor blanco de la represión penal.<sup>67</sup>

---

<sup>67</sup> FOUCAULT, *Op. Cit.*, p. 16.

Según FOUCAULT<sup>68</sup>, el castigo corporal y todo el teatro de la sangre que lo rodeaba, fue cediendo paso al castigo espiritual, representado por el encierro, más que por la tortura física. El cuerpo es considerado más bien un intermediario del castigo, más que el objeto mismo donde se aplica éste. Entonces, la aflicción física va cediendo paso al castigo del alma.

Este tránsito se produce gracias al progreso de las ideas y a la suavización de las costumbres. En este devenir, influye de manera considerable la noción de libertad y respeto a la individualización humana, para ese entonces completamente desconocida. Las personas quedaban sujetas al arbitrio de monarcas y autoridades, los que, en un entorno carente de la noción de Estado, estaban sujetos a una punzante inestabilidad política.

### **Penas Pecuniarias y Penas Corporales**

Durante la Alta Edad Media, el sistema de sanciones que prevalece se basa en las penas pecuniarias y *Penances* (penas pecuniarias debidas a los injuriados por el delito, aplicadas por una autoridad no judicial).<sup>69</sup>

Debe recordarse que en materia política, el período se caracteriza por la ausencia de un sistema penal estatal. Por tanto, el derecho penal estaba relegado a ser un instrumento social secundario, principalmente orientado a preservar la jerarquía y paz social, desterrando la venganza privada y la anarquía social.

Éste operaba a través de métodos de arbitraje privado, y consistía casi únicamente en la imposición de penas pecuniarias. Los mecanismos de la contienda (*vindicta* privada autorizada por las leyes medievales) y la *penance*, conformaban un sistema jurídico que regulaba relaciones entre pares, iguales en *status* y en riqueza.

---

<sup>68</sup> FOUCAULT, Michel, “Vigilar y Castigar: Nacimiento de la Prisión”, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2002, pp. 16 - 24.

<sup>69</sup> RUSCHE, Georg, y KIRCHHEIMER, Otto, “Pena y Estructura Social”, trad. de Emilio García Méndez, Edit. TEMIS, Bogotá, Colombia, 1984, p.7.

Esto daba como resultado un sistema altamente clasista y discriminador. Al consistir las sanciones en pagar determinadas cantidades de dinero al ofendido, se generaba una discriminación respecto de los individuos de las clases más bajas que no podían pagar. Al mismo tiempo, los penados de más recursos, podían comprar condiciones de existencia más tolerables al interior de los penales.

De ese modo, se hizo necesaria una sustitución de las penas. Así, progresivamente hacia la Baja Edad Media, se va reemplazando el sistema de sanciones pecuniarias, orientado a un sistema de justicia compensatoria, por un severo sistema de penas corporales, donde la sanción por antonomasia es la pena capital. FOUCAULT señala que la privación del bien jurídico de la libertad viene a ser más justo, puesto que cuantitativamente permite una mejor graduación de las penas, facilita su imposición e iguala el castigo, ya que a todos pertenece de la misma manera.<sup>70</sup>

RUSCHE y KIRCHHEIMER señalan que principalmente son tres los factores que permitieron el cambio de paradigma de una justicia penal privada compensatoria, de árbitros y penas pecuniarias, a un instrumento de modelación social, expresión más cercana a lo que conocemos como *Ius Puniendi*. Por un lado, el incremento de las funciones disciplinarias de los señores feudales sobre sus siervos, sin contrapeso alguno más que el reclamo de otros de sus pares. Por otro, la pugna de las autoridades centrales para aumentar su injerencia. En último lugar, y principalmente, los intereses fiscales en aumentar las arcas, ya que las personas que estaban bajo proceso debían pagar sus costas.

En Italia, y de manera indirecta, los derechos reales que recaían sobre los bienes de los penados y confiscaciones parecían interesar más a los jueces que la mantención de la ley y el orden. En ese país, como también en Alemania, Inglaterra y Francia, el interés por obtener ingresos de los fondos de administración de la justicia penal fue uno de los factores gravitantes para

---

<sup>70</sup> FOUCAULT, *Op. Cit.*, p. 234.

sustituir el derecho penal de mero sistema de arbitraje de intereses privados, en un componente esencial del derecho público.

Los conflictos sociales de Europa que marcaron el tránsito del capitalismo a fines de la Baja Edad Media, llevaron a la creación de un derecho penal destinado directamente a las clases bajas; el incremento de delitos entre grupos de pobres, obligó a las clases dominantes a crear nuevos métodos que hicieran más eficaz la administración de la justicia penal. El sistema penitenciario, con su régimen dual de penas pecuniarias y corporales, permanece casi sin cambios, salvo por el hecho que la elección de uno u otro se hacía en consideración a la clase social del penado. La pena pecuniaria, una de las penas preferentes de la Baja Edad Media, representaba una compensación debida a la parte injuriada, y a la vez, una manera de enriquecerse de jueces y funcionarios de la administración de justicia; en los hechos, las penas pecuniarias quedaban reservadas a los ricos; del mismo modo, las corporales eran la sanción punitiva aplicada por antonomasia o preferencia a los pobres.

El incremento del delito entre las masas proletarias ocasiona diferencias de clase profundas en la ejecución de las penas. Por ejemplo, la imposición de multas o penas corporales dependía o se hacía depender de la capacidad de pago del penado; en varios países se consagraron estos privilegios en estatutos. Determinadas penas dejaron de aplicarse a algunos sectores sociales y fueron sustituidas o aplicadas indicaciones especiales a los miembros de las clases pudientes. Es así como quienes tenían dinero para pagar, podían exonerarse de las penas, lo que no ocurría con los condenados sin recursos, la gran mayoría a fines del medioevo, quienes debían soportar todo el rigor de la ley penal.

Como ya decíamos, la incapacidad de pago de los penados hizo que se incrementara la aplicación de las penas corporales, hasta que finalmente se transformaron en la sanción punitiva normal.

Hasta el fin de la Edad Media, la pena capital y las mutilaciones se utilizaban solamente en casos extremos y de manera suplementaria al complejo y detallado sistema diferenciado de penas pecuniarias; sin

embargo, al cabo de unos siglos se convertiría en una de las penas más comunes.

### **Auge de la Cárcel y Trabajo Forzado**

A fines del s. XVI, los métodos punitivos sufren un lento y progresivo cambio debido a la inagotable posibilidad de explotación de mano de obra de los condenados. La esclavitud en galeras, la deportación y las servidumbres penales de trabajos forzados se pusieron en práctica; en algunos casos, este nuevo tipo de penas complementaba el sistema tradicional de sanciones pecuniarias y corporales; en otros casos, tendían a la sustitución de estas últimas.

No obstante, estos cambios no fueron producto de consideraciones humanitarias, sino de un cierto bienestar económico que dejaba entrever el potencial de una masa de capital humano a entera disposición del aparato administrativo. Asimismo, la producción de ciertos bienes de consumo derivó en la institución de industrias o establecimientos en donde era utilizada la mano de obra reclusa. Además, la estabilidad de la demanda y la bonanza financiera llevaron a una extensión de los mercados y a la seguridad para el empresario de vender sus mercancías.

Desde la segunda mitad del s. XVI hasta mediados del s. XVII, el crecimiento demográfico no alcanzaba a cubrir las necesidades de empleo. A ello deben sumarse las guerras, pestes y epidemias que asolaron a Europa en el período.

Producto de las necesidades bélicas, se necesitó dotar de contingente los ejércitos, tomando otra vez relevancia la población de criminales en esas funciones, a quienes se ofrecían diversas prebendas, como evitar el patíbulo e incluso tratamientos especiales.

El desarrollo del mercantilismo en el período se caracterizó por un favorecimiento de la actividad de los empleadores, quienes recibieron toda la venia y estímulos por parte del Absolutismo a objeto de desarrollar la industria. La pujante industria requería de mayor mano de obra, pero los



trabajadores raramente se ofrecían de manera voluntaria, debido a las condiciones de trabajo y existencia cotidiana, la que según algunos autores, trataba con cierta benignidad la mendicidad y la vagancia.

A finales del s. XVI, el aumento de la escasez de la fuerza laboral impuso un cambio en el tratamiento de los pobres; ello se sumó a las grandes masas de vagabundos y mendigos que arribaban a las ciudades durante la época del mercantilismo en busca de mejores condiciones de vida. Muchas de estas personas, cuando los empleos eran demasiado desfavorables, preferían vivir de la caridad privada que de un empleo regular, o en último caso, de los subsidios gubernamentales.

Debido a este estado de cosas, a fines del s. XVII se hace necesario contar con un medio de contención de la vagancia y la mendicidad, creándose finalmente la institución de las casas correccionales. Es así como en 1555, en *Bridewell*, Londres, se instaura la primera institución creada con el propósito de liberar la ciudad de vagabundos y mendigos. El objetivo principal de éstas, consistía en transformar la mano de obra díscola en un medio socialmente útil. De una manera similar, la institución de los *Hôpitaux généraux* se crearon a fines del s. XVII en Francia. De esta manera, la fuerza laboral de los reclusos se transformó en un capital apetecido por las propias autoridades que administraban ese tipo de instituciones, o incluso, para los empresarios privados, a quienes éstos les eran entregados en alquiler.

### **La Cárcel como Reguladora del Mercado Laboral**

Desde el s. XVI comienza a utilizarse la prisión como una medida de custodia, mutando progresivamente en un instrumento regulador del trabajo. En los s. XV y XVI, con la llegada del mercantilismo y la superación del modelo feudal, una gran masa de población campesina pauperizada por las guerras se transporta hacia las ciudades, atraída por el auge del comercio que poco a poco se abría a los nuevos medios de producción. Esas masas de gente empobrecida y desocupada comienzan a ocupar las ciudades en

cantidades que no podían ser absorbidas por la naciente industria. Entonces, fue necesario acabar con el problema de la mendicidad y la vagancia; los azotes y el destierro no fueron suficientes, naciendo la cárcel como un remedio político social. Sin embargo, a partir de la segunda mitad del s. XVI, la mano de obra se transformó en un bien escaso, al tiempo que el Estado debió asegurar las ganancias que los capitalistas obtenían en sus fábricas y se vio obligado a intervenir. Se requirió entonces una escuela para que los marginados aprendieran a trabajar con las nuevas técnicas. En Inglaterra y Holanda aparecieron las “casas de trabajo”, donde se recluían y obligaba a trabajar para el Estado a toda clase de marginados, pudiendo imponerse esta pena a través de un decreto judicial o administrativo. La prisión como pena se situaba en el plano intermedio entre la multa y el castigo corporal leve, y la deportación y la pena de muerte.

Así es como la cárcel se transformó en un instrumento regulador de la mano de obra, mecanismo consecuente con el naciente sistema liberal: el tiempo privado de libertad y obligado al trabajo fue en la forma que el delincuente debía compensar y reparar el daño que le había causado a la sociedad. Con la superación del modelo liberalista económico y el auge del maquinismo en la segunda mitad del s. XVIII, la mano de obra, antes una necesidad imperiosa, pasa a no ser rentable.

### **Explotación Laboral de los Penados: Trabajo Forzado y Deportación**

Entre los s. XVI y XVII, algunos estados europeos, como Francia, España, Inglaterra, Venecia, Génova, Nápoles, etc., comienzan a rescatar a ciertos condenados a muerte para dedicarlos a diversos servicios. Uno de ellos era el de las Galeras. Los penados, llamados galeotes, trabajaban forzosamente manejando los remos de las embarcaciones. De esta manera, los presos cumplían una doble finalidad: se dotaba de una gran masa de trabajadores, conformando un verdadero capital económico para los Estados, que mantenían así su poderío económico y militar, y por otro lado,

se cumplía con el sentido de expiación de las penas. Por ello, se dio en llamar “presidios flotantes” a las galeras. En el caso de las mujeres penadas, ingresaban a un edificio llamado “Casa de las Galeras”, donde se les aplicaba un régimen no menos duro de trabajo forzado; con su ingreso se les rapaba la cabeza y se les encadenaba, al igual que los hombres.

Con los progresos científicos y técnicos, se comienza a utilizar a los penados en los arsenales, manipulando las bombas de achique en los diques (“presidios arsenales”). Lo mismo ocurría, con las labores de minería. Al mismo tiempo, en España, existieron los “presidios militares”, en donde debido a la decadencia de la Marina, comienza a enviarse a los penados como parte del contingente de las fortalezas militares. Ahí podían desempeñar labores de fortificación o cargar armas.

Cuando decae el interés económico de los Estados en mantener este tipo de ocupaciones forzadas de los penados, comienzan a utilizarse en la construcción de obras públicas. Así, cuadrillas de presidiarios forzados y engrillados, efectuaban sus trabajos en carreteras, canales y toda clase de servicios públicos. Estas mismas cuadrillas, fueron encargadas de la mantención de puertos, adoquinado de calles, extracción en canteras y tala de bosques.

El trabajo forzado también podía llevarse a cabo en la modalidad de la “deportación o colonización penal ultramarina”, practicada por franceses e ingleses<sup>71</sup> desde el s. XV en adelante. Las deportaciones cumplían una doble finalidad. Por un parte, apartaban de las ciudades a los delincuentes peligrosos e individuos indeseables, y por otra, daban utilidad a tierras lejanas e inhóspitas pertenecientes a las metrópolis (razones geo - económicas).<sup>72</sup>

SALILLAS citado por NEUMAN, señala que ésta es la historia penitenciaria desde el s. XVI hasta los tiempos modernos. De esta manera,

---

<sup>71</sup> Lo mismo ocurrió, aunque de una manera peculiar, en España respecto de América, y en Portugal, respecto de Brasil (Con el *Degredo*). Debe recordarse que la expedición de Colón se hizo con una tripulación conformada por reclusos. De manera posterior, también se aplicó la deportación en Italia (*Cfr.*: NEUMAN, *Op. Cit.*, pp. 58 a 61).

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 43.

los presidiarios forzados se desempeñaron como remeros, bomberos, mineros, braceros, albañiles y bestias de carga de arrastre, “Del remo lo liberó la vela, de la mina tal vez la desconfianza, de las obras públicas la concurrencia. Parece un problema económico”<sup>73</sup>.

SANZ MULAS señala que el tiempo privado de libertad y obligado al trabajo, fue la forma en que el delincuente debía compensar y reparar el daño que le había causado a la sociedad. Con la superación del modelo liberalista económico y el auge del maquinismo en la segunda mitad del s. XVIII, la mano de obra, antes una necesidad imperiosa, pasa a no ser rentable. La privación de libertad deja de tener motivos extrapunitivos y pasa a transformarse en la sanción punitiva típica de los sistemas penales.

Es así como el trabajo forzado, las deportaciones con fines geopolíticos y la necesidad de mano de obra, obedecieron a criterios extra-punitivos. Todos estos medios punitivos tenían como principal objetivo otro tipo de consideraciones no penales. RUSCHE y KIRCHHEIMER señalan que el trabajo forzado “...fue el resultado de la necesidad de más remeros y no de consideraciones de tipo humanitario (...) En definitiva, la reeducación no tuvo absolutamente ninguna función, ni en la creación ni en el desarrollo posterior del sistema de galeras como método punitivo...”<sup>74</sup>

Esta corriente trae consigo la pretensión humanizadora y pedagógica de las penas, y a este período corresponde la aparición de la escuela de VON LISZT, de la prevención especial, que sostiene la corrección del delincuente a través de la sanción penal.

Desde fines del s. XIX hasta el s. XX, la privación de libertad se caracteriza por su remisión al tratamiento de los penados; se continúa con la individualización de las penas, pero al mismo tiempo nacen escuelas que sostienen completamente lo opuesto, como la positivista. HOWARD y BENTHAM llevan el humanitarismo a las cárceles y la pena de prisión se transforma en el más importante instrumento sancionatorio.<sup>75</sup>

---

<sup>73</sup> NEUMAN, *Op. Cit.*, p. 42.

<sup>74</sup> RUSCHE y KIRCHHEIMER, *Op.Cit.*, p. 72.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 185.

## Penitenciarismo y Reforma Carcelaria

Según SANZ MULAS, desde la segunda mitad del s. XVIII y hasta el s. XIX, la prisión pasa a ser una pena inútil económicamente; la abundancia de mano de obra hace que la misma vaya jugando un papel únicamente intimidatorio. La cárcel va reemplazando progresivamente a las penas corporales y a la pena de muerte, siendo considerada un método de sancionar más humano y eficaz. Se sustituye la casa de trabajo por el centro de detención, que busca, a través de la privación de libertad, la transformación técnica de los individuos. Mediante la disciplina, y a través de los modelos del panóptico o de control y vigilancia constante del recluso, se persigue su corrección.

## Penitenciarismo

Con el apogeo de la técnica jurídica y el reconocimiento cada vez más amplio de los derechos civiles fundamentales, se empieza a avanzar desde un régimen represivo - intimidatorio hacia uno resocializador. La ejecución de la pena se normativiza, trayendo tras de sí una tendencia protectora para los reclusos, junto con la introducción de la progresividad en el cumplimiento penitenciario.<sup>76</sup> Por régimen progresivo, baste decir por ahora, como veremos más adelante, cada uno de los estadios que se suceden desde la condena de un individuo, hasta su completa libertad o licenciamiento.

En este período, se masifica el sistema penitenciario de aislamiento celular, destacándose los dos modelos norteamericanos: el de *Auburn* y el de *Filadelfia*.

Se asienta la idea de la prisión como expresión típica del *ius puniendi*, quedando atrás los suplicios y penas corporales. En esta etapa, también la prisión adquiriría los tres rasgos típicos de la institución que se extiende

---

<sup>76</sup> SANZ MULAS, Nieves, *Op. Cit*, pp. 183. Régimen progresivo debe entenderse, como veremos más adelante, como cada uno de los estadios que se suceden desde la condena de un individuo, hasta su completa libertad o licenciamiento.

hasta nuestros días: su concepción como pena; su aplicación igualitaria por parte de los tribunales de justicia; y la remisión o adscripción a ciertas metas utilitarias, más allá que la aplicación de la cárcel *per se*.

También es en este período en que comienza a aplicarse en el sistema penitenciario los criterios de clasificación, que buscaban dar objetividad al tratamiento penitenciario, haciendo primar los principios de legalidad y de igualdad. Por otro lado, comienza a primar un criterio individualizador al momento de aplicar el tratamiento penitenciario; se empiezan a considerar las condiciones particulares del recluso, por ejemplo, su peligrosidad, a efectos de evitar el contagio criminógeno.

A mediados del s. XVIII, ya instaurada la pena privativa de libertad como la sanción típica del ejercicio del poder penal, la situación de las cárceles era inhumana y deplorable. La crítica del cómo se privaba de libertad sólo empieza a hacerse escuchar cuando la noción de individuo cambia de paradigma. Si bien la Edad Media se caracteriza por los súbditos, por una gran masa proletaria de sujetos sometidos a la arbitrariedad y despotismo de monarcas y señores feudales, con el advenimiento del Siglo de las Luces y la Revolución Francesa en 1789, comienza a tomar importancia el individuo por sobre el poder basado en la fuerza y el ejercicio de privilegios. El individualismo liberal pone como valores inalienables la igualdad, la fraternidad y la libertad. El reconocimiento de estos valores humanos, principalmente el de la libertad, permitió en sentido estricto y por primera vez comenzar a hablar de sanciones penales que la restringen o limitan. Será clave la labor de juristas y pensadores como HOWARD, BECCARIA y BENTHAM para reconstruir el mundo según los dictados de la razón, concluyéndose con un tratamiento penal más justo y humano que el que existía hasta ese momento.<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup> NEUMAN, *Op. Cit.*, p. 83.

### **Cesare Beccaria**

Publica en Toscana en 1764, "*Dei Delitti e delle Pene*", obra que constituye una de las primeras críticas al sistema de penas imperante, pone en evidencia la terrible situación vivida por los privados de libertad, inclinándose por una pena que, lejos de infligir un sufrimiento por el pecado cometido, tuviera un fin utilitario: el penar para que no se peque en el futuro.

### **John Howard**

Recorrió las cárceles de Inglaterra, Irlanda, Escocia, Flandes, Alemania, Suecia, Dinamarca y Rusia, entre otras. Fue testigo de las aberraciones y condiciones inhumanas en que se privaba de libertad. Este autor impulsó la "Reforma Carcelaria", iniciando la corriente del Penitenciarismo. En su obra "*State of Prisons in England and Wales*" (1772), retrató la privación de libertad en su país; se refería a la inmoralidad existente en cuanto al gobierno y régimen interno de las prisiones. También se destacó por la influencia ejercida en el parlamento de su país, provocando importantes reformas respecto del Derecho de Carcelaje, que debía ser pagado por los privados de libertad. Se refirió también a la importancia del trabajo como medio de regeneración moral de los penados. Otros aportes suyos fueron la constatación de la necesidad de contar con establecimientos penales adecuados, lo que derivó que en Inglaterra y E.E.U.U. se construyeran las primeras "*Penitentiary Houses*"; y la necesidad de dotar de asistencia médica a la población reclusa en el mismo establecimiento penitenciario.

### **Jeremías Bentham**

Creador del utilitarismo, en 1802 publica en París su obra "Tratado de la Legislación Civil y Penal". En materia penal, se destacó por su concepción penitenciaria asociada a una corriente arquitectónica, lo que se tradujo en la confección del Panóptico, un modelo de plano para construir un edificio

circular o poligonal aplicable a las casas de corrección, cuya principal característica residía en la necesidad de un solo hombre, ubicado en una torre central, para vigilarlo todo. Esto representó un gran avance, aunque no tuvo un éxito inmediato. En E.E.U.U. sus teorías arquitectónicas fueron concretizadas, aunque no totalmente, en la construcción de las prisiones de *Richmond* y de *Stateville* (1919).

## 2. SISTEMAS PENITENCIARIOS

La pena privativa de libertad es relativamente reciente en el catálogo punitivo<sup>78</sup>. Recién a comienzos del s. XVI comienza a usarse como pena propiamente tal.

Las cárceles eran utilizadas más como un medio de retención o aseguramiento de delincuentes que con un fin punitivo propiamente tal. La construcción de las primeras cárceles principia en la segunda mitad del s. XVI, apuntando su organización a la corrección de los penados, lo que tampoco debe entenderse en el sentido que la damos hoy a la pena privativa de libertad, pues su uso general era aplicado a vagabundos, mendigos y prostitutas. Se destaca en este período la “*House of Correction*” de Bridewel, en Londres, de 1552. También la de *Rasphuis* en Amsterdam de 1596, cuyo particular nombre derivó de la principal ocupación que tenían los reclusos: raspar maderas de árboles utilizados como colorante. O bien, la prisión de *Spinhuis*, también en Amsterdam, que fue construida en 1597 y que consistía principalmente en un centro reclusorio femenino y de jóvenes díscolos o peligrosos en donde se cumplía la pena trabajando en una hilandería.

En todos estos experimentos carcelarios, la corrección pretendía alcanzarse a través del trabajo, el castigo corporal, la instrucción y la asistencia religiosa. Así tenemos que el humanismo ilustrado de BECCARIA y VERRI; la reforma de JOHN HOWARD, que sienta las bases del

---

<sup>78</sup> BERDUGO, Ignacio y ZUÑIGA, Laura (coordinadores) y V.V.A.A, “Manual de Derecho Penitenciario”, Editorial COLEX, Madrid 2001, pp.106 - 119.



penitenciario moderno, y el utilitarismo de de JEREMY BENTHAM, se redignifican las penas y el sistema de su ejecución se hace más humano.<sup>79</sup>

En el transcurso de unos pocos siglos, la cárcel de custodia cedió paso a la cárcel punitiva. De esta manera, se van gestando los primeros sistemas penitenciarios en E.E.U.U. y Europa. En síntesis, pueden reconocerse históricamente cuatro tipos de sistemas o regímenes penitenciarios:

#### 1° Sistema Filadélfico o Celular

Se basaba en el estricto silencio, la soledad total y el aislamiento del condenado. A través del encierro en celda, se buscaba que el propio individuo reflexionara y enmendara su conciencia.

#### 2° Sistema de *Auburn*

Del aislamiento diario y total, se pasa sólo al nocturno. Durante el día los reclusos viven en común. Se continúa con el régimen de silencio, pero se introduce el trabajo colectivo en grandes talleres. La cárcel es un símil de la vida monacal.

#### 3° Sistema Reformativo o de *Edelmira*

Se busca la educación correctiva de los delincuentes jóvenes.

#### 4° Sistema Progresivo

Nacido en Inglaterra con una visión nueva, se aplica con pequeñas diferencias según el sistema propio de cada país. En Inglaterra se destaca la obra de ALEXANDER MACONOCHIE; en Irlanda, la de WALTER CROFTON; en Alemania, la de GEORG M. VON OBERMAYER, y en

---

<sup>79</sup> RACIONERO, Francisco. “Derecho Penitenciario y Privación de Libertad, una Perspectiva Judicial”, Edit. Dyckinson, 1999, Madrid, 1ª edición, pp. 28 - 29.

España, la de MANUEL MONTESINOS. Básicamente, su aporte fue el dividir el período de cumplimiento en tres o cuatro fases, desde una mayor restricción del penado al licenciamiento total.

Ahora pasaremos a ver en profundidad los distintos sistemas penitenciarios.

### **1.- Sistema celular, filadélfico o pensilvánico**

El Sistema Filadélfico se basa en la soledad y aislamiento del recluso como medio de reforma. Comienza a utilizarse en la colonia inglesa cuáquera de Pensilvania. Los cuáqueros promovían la no violencia, por tanto se avocaron a la mejora de las cárceles y del sistema penitenciario en general. Ellos veían en el delito un pecado, por lo que el condenado debía ser enmendado a través de la pena.

Dentro de los movimientos reformistas, después de los cuáqueros, se sucede el trabajo de la *Philadelphia Society for Allienating the Miseries of Public Prisons*, fundada por FRANKLIN en 1787. Esta institución filantrópica buscaba el mejoramiento de las deplorables condiciones en que se ejecutaban las penas privativas de libertad. Esta sociedad, junto a la labor de JOHN HOWARD, se transformó en la responsable de la humanización del derecho penitenciario de la época.

El sistema filadélfico, también conocido como sistema celular, se caracterizó por el total aislamiento del recluso, tanto diurno como nocturno, precaviéndose cualquier contacto con el resto de los internos. Se les prohibía toda visita exterior, salvo las que tenían directa relación con la enmienda del penado, tales como la del director del reclusorio, el maestro, el capellán y los miembros de las sociedades filantrópicas. Con ello, se evitaba el “contagio” entre los internos.

Por otro lado, la restricción de las visitas a determinadas personas, también garantizaba un ambiente de recogimiento propicio a la meditación, que tenía un carácter religioso, estándoles prohibida incluso la lectura, salvo

la de la Biblia. Estas condiciones buscaban la “limpieza del alma” del condenado y su posterior arrepentimiento. Sólo a través de la penitencia que significa la pena, el delincuente se puede purificar del pecado que ha implicado el delito.

El aislamiento celular pronto es aplicado en otros Estados norteamericanos, aunque con distintos matices; aún más, se sigue aplicando en Pensilvania, pero sólo a cierta clase de delincuentes de forma total; al resto de los condenados, sólo durante cierta parte de la condena.

A finales del s. XVIII, se sucede un ánimo general de reforma. En Nueva York, debido a la masificación de la prisión de *Newgate*, en 1816, se ordena la construcción de una nueva cárcel en la localidad de *Auburn*. En 1821 se ordena a E. LYNDS, director de la prisión de *Auburn*, la aplicación del sistema celular en una parte de la prisión. Ese sería el paso inicial que llevaría a la abolición de este régimen penitenciario.

No obstante, a pesar de la superación histórica de este modelo, aún el aislamiento celular se sigue aplicando como un método disciplinario, cuyas limitaciones y forma operativa, a pesar de estar reguladas en la ley, se transforman en verdaderas penas, aunque se use el eufemismo de “medidas disciplinarias”.

## **2.- Sistema de *Auburn* o de la regla del silencio**

El creador de este sistema es el director de la prisión de *Auburn*, Elan LYNDS.

En 1823, tras los nefastos resultados del aislamiento absoluto de los condenados, se suprime como método de reclusión; sin embargo, aún se le sigue considerando como beneficioso para la reflexión.

Progresivamente, el aislamiento absoluto cede, quedando reducido sólo a la noche. Durante el día, los condenados están obligados a trabajar juntos.

El trabajo en este sistema es muy importante, y en ello radica la diferencia fundamental con el sistema pensilvánico. El trabajo ejecutado al interior de los penales tiene tal importancia, que llega incluso a transformarse en una

próspera empresa, como la cárcel *Sing Sing*, construida en 1827. A pesar de que se innova con el deber de trabajar, en este sistema la obligación de guardar silencio se mantiene. Los reclusos deben guardar absoluto silencio, no deben cruzar entre sí palabra alguna. Tampoco pueden comunicarse por escrito, mirarse unos a otros, guiñarse los ojos, sonreír o gesticular. También les estaba permitido cantar, silbar, bailar, correr, saltar o hacer algo que de algún modo alterara el orden, o que pudiera infringir o interferir con los preceptos de la prisión.

El incumplimiento de estos deberes era reprimido duramente a través de una serie de castigos corporales, que iban desde los azotes con látigo normal, hasta el uso del temible “gato de las nueve colas”, látigo formado por nueve finas correas, que aumentaba el suplicio.

Al sistema de *Auburn* se le reconoce su eficaz organización en torno al trabajo, lo que superaba el ocio y la monotonía del sistema filadélfico; sin embargo, adolecía de la insalvable regla antinatural del silencio y de los aberrantes castigos corporales.

En Europa, mientras tanto, a ejemplo de E.E.U.U., el método fue acogido con expectación y simpatía. Se masificó aunque pronto fue abandonado por su dureza y sus escasos resultados prácticos.

### **3.- Sistemas progresivos**

Los sistemas filadélfico y de *Auburn* cedieron paso al advenimiento de los sistemas progresivos. Se les llamó así, puesto que parcelaban la condena en varias fases, en cada una de las cuales se iban entregando mayores grados de libertad al recluso.

Se aplicó por primera vez en la colonia de *Norfolk*, en Australia, y consistía en una integración de elementos de los distintos sistemas. A diferencia de los otros sistemas penitenciarios, los sistemas progresivos se desarrollan especialmente en Europa, destacándose los modelos aplicados en Inglaterra, Alemania, Irlanda y España.

Los elementos comunes de estos sistemas radican en que el condenado en un primer momento es sometido a un régimen de aislamiento celular absoluto. A medida que transcurre la condena, se impone la obligación de trabajar, y si observa un buen comportamiento, gradualmente se le van concediendo determinados beneficios, en un régimen de semi-libertad. En todo caso, los beneficios concedidos pueden ser revocados si el recluso manifiesta cualquier señal de involución, llegando incluso a aplicársele como sanción una limitación a su movilidad al interior del reclusorio. La principal ventaja de este sistema estriba en ofrecer al penado un sistema de incentivos por su adaptación al nuevo medio. El interno deja de ser un objeto pasivo, para convertirse en un agente que determina a través de su buen comportamiento y trabajo, la posibilidad de ser liberado anticipadamente.<sup>80</sup>

El desarrollo de estos sistemas abriría el camino para la aparición de la Libertad Condicional.

#### Sistema de Alexander *MACONOCHIE*

Se implantó en Inglaterra, en la isla de *Norfolk*, a partir de 1849, y se basaba en la medición de la pena en base a la cantidad de trabajo y buena conducta que observara el penado. Esto se medía a través de marcas, boletas o *tickets*; luego que se conseguía determinado número de ellas, se alcanzaba la libertad. La suma que necesitaba cada penado para alcanzar la libertad estaba en directa proporción a la gravedad del delito cometido y a la pena impuesta. Además, se fijaba un salario a cada recluso con lo que debía procurar su manutención. Se entendía que con la adquisición de hábitos y responsabilidades se dificultaba la reincidencia una vez liberado.

#### Sistema de George M. von *OBERMAYER*

---

<sup>80</sup> BERDUGO, Ignacio, *Op. Cit.*, p.115.

Se instauró en *Munich*, Alemania, por primera vez en 1842. El sistema se caracterizaba por una primera etapa de reclusión, en que el penado estaba obligado al silencio, aunque los condenados hacían vida en común<sup>81</sup>, En una segunda etapa, dependiendo de la conducta del preso, los internos eran agrupados en grupos heterogéneos de 25 ó 30, de manera de recrear una “mini-sociedad” en su diversidad, pues de lo contrario, según OBERMAYER, se estaría reproduciendo un clima falso para la futura reinserción social del penado.

#### Sistema de Walter *CROFTON*

Se impuso en las prisiones de Irlanda en 1854, y estaba formado por cuatro ciclos. El primero consistía en aislamiento reclusión celular diurno y nocturno, incomunicado y con dieta alimenticia. En el segundo, el recluso hacía trabajo en común diario, estando obligado al silencio en sus labores, y con aislamiento nocturno (como en el sistema *auburniano*). El tercer ciclo era intermedio, y consistía en trabajo al aire libre, extramuros, preferentemente en labores agrícolas, concediéndoseles ciertos beneficios, como disponer de parte de un salario por el trabajo realizado o la posibilidad de no vestir traje penal. El cuarto y último ciclo consistía en la Libertad Condicional, en base a vales, ganados por el buen comportamiento y trabajo realizado.

#### Sistema de Manuel de *MONTESINOS*

Se implanta por primera vez en 1834 en el presidio de San Agustín, Valencia. MONTESINOS, impactado por el estado deplorable de la cárcel, inició una reforma total del sistema penitenciario guiado por una ideología humanista centrada en la persona y no en el delito. Si ideario estaba colgado

---

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 116.

a la entrada del presidio de Valencia: “La prisión sólo recibe al hombre. El delito queda en la puerta.”<sup>82</sup>

Este sistema se dividía en tres períodos. La primera etapa de hierros, la segunda de trabajo, y una tercera, de libertad intermedia.

Durante el primer período, el condenado se dedicaba a la limpieza y a otros trabajos interiores del penal, debiendo permanecer sujeto a la cadena o hierro, que por su condena le correspondía. El preso era trasladado a una sección llamada depósito, en donde esperaba ser destinado a un trabajo determinado.

En esta segunda fase del período progresivo, el reo no sólo trabajaba, sino que además se la capacitaba profesionalmente. Lo que debía conseguirse era interesar a los penados en el trabajo, y darles un trato humano, lo que incluía recompensas como la posibilidad de tener descansos o comunicación con su familia.

La tercera etapa de libertad intermedia, incluía superar una serie de duras pruebas, que tenían por objeto “ensayar la libertad.”

### **Críticas a los Sistemas Progresivos**

Han sido los que más se han utilizado en los s. XIX y XX, sin embargo, no han sido pocas las críticas.

Dentro de ellas, se indica lo central del tratamiento disciplinario de los reclusos, la rigidez que no permite un tratamiento individual, y las etapas en marcados compartimientos ideales. Esto, sumado a la falta de recursos materiales, y a la carencia de personal.

Ello ha llevado a que algunos países, como Suecia, lo hayan abandonado, y que en otros, como Costa Rica, se esté realizando una experiencia que modifica sustancialmente los criterios clásicos, donde los internos no deben seguir progresiva y estrictamente las etapas, evitando la excesiva falta de flexibilidad de los programas. Se persigue que al ingresar el

---

<sup>82</sup> *Ibídem*, p. 115.

interno, no necesariamente deba ser ubicado en la primera etapa. Tampoco serán determinantes los criterios de disciplina, pues no implican una verdadera rehabilitación. Estas posturas críticas aportan realidad, procurando mantener el *leitmotiv* de la búsqueda de la adaptación a la sociedad, y no a la microsociedad, cerrada y viciosa, de la prisión.

#### **4.- Sistema Reformador o de Reformatorio**

Este se utilizaba para la corrección de los jóvenes delincuentes y no es en estricto rigor un sistema autónomo. Tuvo dos manifestaciones: en el Estado de Nueva York, E.E.U.U., el Reformatorio de *Elmira*; y en Inglaterra, los Establecimientos *Borstal*.

En la Prisión Reformatorio de *Elmira* (1876), ingresaban sujetos entre los 16 y los 30 años de edad, primerizos, es decir que antes no hubiesen sido condenados. Se estimaba que los jóvenes debían estar alejados de los delincuentes adultos y de los reincidentes, de lo contrario peligraban sus posibilidades de rehabilitación.

Otra característica esencial de este sistema era la “Sentencia Indeterminada”, la que daba amplios espacios de libertad a los encargados del programa rehabilitador. El juez se remitía a condenar a una pena que se movía entre un mínimo y un máximo de cumplimiento. Así, si se mostraban señas de corrección y readaptación, podían aspirar a la liberación bajo palabra, pero los internos considerados incorregibles debían cumplir la condena hasta el máximo límite. Los defensores de la sentencia indeterminada aducían el argumento de la incapacidad de conocer *a priori* el periodo en que cada interno debía estar recluso, prevaleciendo entonces el tratamiento particular y el caso a caso. A cada condenado se le hacía un estudio para constatar el entorno social que le rodeaba, pudiendo ser clasificado en uno de los tres grados o clases; no obstante, ingresaba siempre en el segundo grado, y luego, si manifestaba buena conducta, se le pasaba al primer grado y se le concedía la libertad bajo palabra. Si la conducta era mala se les pasaba al tercer grado, permaneciendo con



cadena en el pie, traje de color rojo y en régimen de semiaislamiento en celda. Se daba mucha importancia a la cultura física, al trabajo industrial y agrícola, a la adquisición de un oficio, a la religión y a la disciplina.

Entre las principales críticas al sistema de Elmira, se encontraba la mala disposición arquitectónica de los penales, debido a que no estaban adaptados para jóvenes sino para adultos incorregibles, para delincuentes que requerían de máxima seguridad. Esto se sumaba a la disciplina, directamente ligada a los castigos corporales crueles. Por ello, no se conseguía la rehabilitación ni educación social del penado. También presentaba carencia de personal profesional, formativo y educativo suficiente que mantuviera el control, además del hacinamiento: de tener a ochocientos reclusos, se llegó a un máximo de dos mil.

Según algunos autores, los resultados positivos del sistema se debieron al carisma de su director. Siguiendo su ejemplo, se reprodujeron en numerosos Estados de Norteamérica. Finalmente, las expectativas no tuvieron el resultado deseado.

Un experimento parecido se vivió en los Establecimientos de *Borstal*, en Londres. Se comenzó tratando a delincuentes entre 16 y 21 años. El régimen penitenciario se dividía en cuatro grados, donde el trabajo y la instrucción eran considerados medios necesarios para alcanzar el último grado del programa: la Libertad Condicional.

Respecto de las ventajas de estos Sistemas Reformativos, se rescata el constituir el primer intento en reformar y rehabilitar a jóvenes delincuentes, reconociéndose el aporte de la sentencia indeterminada, en el sentido de ser un tratamiento particular e individual del penado, y el advenimiento de instituciones como la Libertad Condicional y la libertad bajo palabra.

En general, tanto los Sistemas Progresivos como los Sistemas Reformativos son precursores de los actuales sistemas penitenciarios, en donde la prevención especial del penado, la reinserción social, la reeducación y, en general, la resocialización, son fines universalmente aceptados y perseguidos con la privación de libertad.

### **3. BREVE RESEÑA DEL SISTEMA PENITENCIARIO CHILENO**

#### **Ordenamiento Penitenciario Chileno**

Dentro de sus de sus fuentes formales podemos mencionar:

- 1.- Código Penal.
- 2.- Código de Procedimiento Penal.
- 3.- Código Procesal Penal.
- 4.- Ley Orgánica de Gendarmería.<sup>83</sup>
- 5.- Decreto Ley N°321 de Libertad Condicional, de 12 de marzo de 1925.
- 6.- Reglamento de la Libertad Condicional N°2.442, de 26 de noviembre de 1926.
- 7.- Ley N°18.216, que establece medidas que indica como alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad y deroga disposiciones que señala.
- 8.- Decreto Ley N°409 de 18 de agosto de 1932, que establece normas relativas a reos.
- 9.- Decreto Supremo N°542 de 27 de abril de 1943, que crea el Patronato Nacional de Reos, etc.

Desde un punto de vista formal, se han hecho varias críticas a nuestro ordenamiento jurídico penitenciario. Una de ellas reside en que éste se encuentra disperso y atomizado en los distintos instrumentos, dificultando su análisis y visión como un sistema.<sup>84</sup>

#### **Reglamento de Establecimientos Penitenciarios**

No obstante esta falta de concentración, el instrumento normativo más sistemático y completo al respecto es el Reglamento de Establecimientos

---

<sup>83</sup> D.L. N°2859, de 12 de septiembre de 1979, última modificación Ley N°22.214, de 22 de septiembre de 2007.

<sup>84</sup> VALENZUELA, Jonatan, “Estado Actual de la Reforma al Sistema Penitenciario Chileno”, en Revista de Estudios de la Justicia (REJ), N° 6, Año 2005.

Penitenciarios, Decreto N°518, antiguo Reglamento Carcelario de 1928, D.S. N°805.

Con anterioridad al Reglamento Carcelario de 1928, el Decreto N°2.026 de 1920 creó el Consejo de Prisiones, que estaba presidido por el Ministro de Justicia y compuesto por otros nueve miembros designados por el Presidente de la República. Luego, el Reglamento Carcelario de 1928 encomendaba la tarea de administrar los recintos carcelarios a la Dirección General de Prisiones (perteneciente al Ministerio de Justicia), que reemplazó al Consejo de Prisiones. Con posterioridad, el D.L. N°824 de 1975 reemplazaría la denominación Servicio de Prisiones por la de Gendarmería de Chile.<sup>85</sup>

Dicho Reglamento se mantuvo más o menos incólume durante 50 años, hasta que en 1993, el D.S. N°1.771 vino a modificarlo. Posteriores modificaciones vendrían en los años 1998,<sup>86</sup> y la última, que data del año 2006.<sup>87</sup>

Estas últimas modificaciones efectuadas al original Reglamento Carcelario, tuvieron por objeto actualizar las políticas penitenciarias al cumplimiento de metas facilitadoras de la reinserción social,<sup>88</sup> propiciando la adaptación e individualización del tratamiento penitenciario a cada recluso.

Al Reglamento Penitenciario se le ha reconocido como un destacable avance en materia penitenciaria, pues ha constituido un esfuerzo por adaptar la legislación nacional a los distintos instrumentos jurídicos internacionales, cumpliendo así con las distintas obligaciones y compromisos adquiridos por Chile en el extranjero.

No obstante, algunos autores hacen hincapié en el atentado al principio de legalidad que representa, pues dicho cuerpo legal, teniendo rango jurídico de decreto, debiera estar regulado por una ley. GUZMÁN DÁLBORA señala que si se quería avanzar en esta materia, debiera haberse empezado por regular

---

<sup>85</sup> DURÁN, Carlos y ELÍAS, Esteban. “La Evolución del Régimen Penitenciario Chileno durante el Siglo XX (1910-1995).” Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central, Santiago de Chile, noviembre de 1997.

<sup>86</sup> Publicado en el D.O. de 2 de agosto de 1998.

<sup>87</sup> Decreto N°1248, del Min. de Justicia, D.O. 3 de abril de 2006.

<sup>88</sup> SEPÚLVEDA, *Op. Cit.*, P. 94.

a través de la vía legal, y luego dejar para más tarde un reglamento que se hiciera cargo de las cuestiones de detalle y aplicación de la ley.<sup>89</sup>

### **Antiguo Reglamento Penitenciario Chileno<sup>90</sup>**

Desde el punto de vista del régimen penitenciario, el Reglamento Carcelario de 1928 se inspiraba en el Régimen Progresivo de cumplimiento de condenas.<sup>91</sup> Eso produjo una cierta confusión ideológica, puesto que el Código Penal recogía los principios sostenidos por la Escuela Positiva del derecho penal, adscrita a la finalidad retributivo-absoluta de la pena. Se dio entonces la paradoja de estar regidos por una ley penal sustantiva de una ideología, y una ley penal formal como el Reglamento Penitenciario, inspirado en otra finalidad o función de la pena.

De acuerdo al régimen progresivo de cumplimiento, el condenado pasaba teóricamente, por dos primeros períodos de severísimo régimen, para luego avanzar a un tercer período, en que se le permiten ciertas franquicias, hasta llegar a un cuarto período, donde egresa finalmente, y que está constituido por la Libertad Condicional.

El régimen penitenciario en teoría era el siguiente: en el primer período, el interno quedaba sometido a un aislamiento diurno y nocturno (aislamiento celular).

Luego, se le aislaba en la noche, y trabajaba en común con los otros penados durante el día, bajo el régimen del silencio. Este período *auburniano* comprendía a su vez cuatro grados por los que el recluso progresaba si cumplía con los requisitos exigidos.

Tras ello, se sucedía un período intermedio, caracterizado porque el reo recibía un trato más benigno y una cuota de salario más elevada.

En el Preámbulo del Antiguo Reglamento, se consideraba positivo que el interno no obtuviera su libertad, ya fuera condicional o definitiva, sin haber

---

<sup>89</sup> GUZMÁN DÁLBORA, *Op. Cit., Ibidem.*

<sup>90</sup> DURÁN y ELÍAS, *Op. Cit.*, pp. 31 a 98.

<sup>91</sup> SEPÚLVEDA, *Op. Cit.*, p. 93.

pasado antes por un período de transición, que progresivamente lo fuera preparando para su vuelta a la sociedad. En esta etapa, a los reos casados se les podía destinar a una colonia agrícola, donde podían hacer vida familiar después de un período de prueba.

En este período, el principal aliciente era el “permiso dominical sin vigilancia”, que se otorgaba a los “reclusos de buen pronóstico penitenciario”. Éstos eran catalogados de tales, cuando al interior de los penales manifestaban no sólo un buen comportamiento, sino también un permanente ánimo de cooperación con la autoridad. La incorporación de estos métodos, se traduce en la introducción en Chile de la nueva era penológica.

En el Cuarto Período se sucedía la Libertad Condicional, constituida en la última fase del sistema penitenciario chileno, la que se entendía era un poderoso medio para facilitar la reincorporación del reo al medio libre.

Este régimen penitenciario se mantuvo sin modificaciones importantes hasta 1993, año en que es publicado el nuevo reglamento que, si bien no suprimió el régimen progresivo, se fundó en un criterio justo y útil, de manera de particularizar e individualizar la pena.

El Reglamento Penitenciario de 1993, se refería en su Título IV al Tratamiento Penitenciario, señalando al respecto que el tratamiento de reeducación se aplicaría a través de un sistema progresivo individualizado. Éste incluía los siguientes períodos:

1° Período de Observación: En él se estudiaba el comportamiento del sujeto y su estructura. Se procuraba detectar sus carencias biológicas y sociales; se elaboraba una diagnosis y una prognosis de tratamiento, determinando el establecimiento penal o sector del mismo en donde debía iniciar el cumplimiento. Se contemplaba una serie de sanciones especiales destinadas a delincuentes jóvenes, anormales y enfermos y otras destinadas a categorías especiales. En cada penal debían habilitarse a lo menos tres secciones diversas, segregando a los internos cuya peligrosidad o índice de reincidencia se estimara bajo, mediano o alto, denominadas respectivamente como clase “A”, “B” y “C”.

2° Período de Tratamiento: En una primera etapa correccional, se aplicaba el programa y método de tratamiento elaborado. Luego, le seguía un período de prueba, en que se evaluaba el sentido de responsabilidad y autogobierno. Éste debía aplicarse a la mayor cantidad de internos posibles, consultando salidas sin custodia y permanencia en sus establecimientos abiertos. Los internos que podían adaptarse al sistema de autodisciplina podían ser enviados a centros de readaptación urbanos o rurales con un régimen de semilibertad.

3° Período de Libertad Condicional.

### **Actual Régimen Penitenciario Chileno**

El Reglamento de Establecimientos Penitenciarios,<sup>92</sup> en su artículo 24, conceptualiza al régimen penitenciario como “el conjunto de normas y medidas destinadas a mantener una convivencia pacífica y ordenada de las personas, que por resolución del tribunal competente, ingresen a los establecimientos penitenciarios administrados por Gendarmería de Chile, cumplir los fines previstos en la ley procesal para los detenidos y sujetos a prisión preventiva, y llevar a cabo las actividades y acciones para la reinserción social de los condenados”.

Se ha dicho al respecto que nuestro legislador confunde dos temas de importancia mayúscula para la ejecución de las penas; por una parte, el régimen interno de los penales, con toda la normativa administrativa, disciplinaria y de ordenamiento técnico de los establecimientos penitenciarios, y por otra, el régimen penitenciario, materia de carácter mucho más amplio que la primera, ligado más a la dogmática de los fines de la pena que a la administración interna de los penales. Para estos efectos y para procurar un mejor entendimiento, haremos sinónimos régimen penitenciario con el concepto de Sistema Penitenciario.

---

<sup>92</sup> Reglamento Penitenciario, D.S. N° 518, D.O. 3 de abril de 2006.

## **Progresividad del Sistema Penitenciario Chileno**

El Sistema Penitenciario en Chile tiene por objeto la reinserción social del interno, para lo cual se vale del Sistema o Régimen Progresivo de resocialización o readaptación social. Como señalábamos anteriormente, el recluso cumple progresivamente su condena, de manera tal que mientras mejor cumpla con los objetivos señalados en el programa resocializador, incluyéndose la observación de buena conducta, va adquiriendo mayores espacios de libertad hasta alcanzar el licenciamiento definitivo. No obstante, según algunos como GUZMAN DALBORA, el régimen progresivo reconocido originalmente en los Anales del Reglamento Carcelario, dio paso a un sistema donde prima una individualización administrativa de la pena, ínsita en un tratamiento general de reinserción social.<sup>93</sup>

## **Ejecución de los Programas Resocializadores. “Modelo General de Tratamiento Penitenciario”**

El objetivo resocializador chileno se materializa en el “Modelo General de Tratamiento Penitenciario”, que es el marco teórico-técnico que orienta y sustenta la aplicación de un programa o “tratamiento penitenciario” chileno.

Éste da origen al denominado “Circuito de la Reinserción Social”, que es definido por Gendarmería<sup>94</sup> como un proceso en el que se somete a un condenado a un “diagnóstico”, donde se analizan distintas variables de índole social, psicológica, criminológica, educacional y laboral, las que en su conjunto, ayudarán a determinar las “áreas deficitarias” del individuo y a conocer la “génesis de su conducta criminal”. Este diagnóstico, igual que el que se hace a un enfermo, tiene por objeto la prescripción y aplicación de un tratamiento, o “plan de intervención diferenciada.”

---

<sup>93</sup>GUZMAN DALBORA, José Luis, “Consideraciones Críticas Sobre el Reglamento Penitenciario Chileno”, 30 diciembre de 2007, en: <http://derechogeneral.blogspot.com/2007/12/consideraciones-criticassobre-el.html>

<sup>94</sup> Documentos de Difusión pública de Gendarmería de Chile, disponibles en su web institucional: [http://www.gendarmeria.cl/interior\\_rein\\_precluida\\_modelo.html](http://www.gendarmeria.cl/interior_rein_precluida_modelo.html)

El proceso de diagnóstico penitenciario se materializa en la confección de una ficha de clasificación, la que se inserta a su vez en una estrategia global de clasificación y segmentación penitenciaria.

### **Sistema de Clasificación y Segmentación Penitenciaria**

Se comenzó a aplicar a mediados de los años 80 en el Centro de Detención Preventiva Santiago Norte (Ex Cárcel Pública), alcanzando actualmente a ser aplicado a más de un 78% de la población reclusa.

La estrategia de la clasificación y segmentación de los privados de libertad fue tomada de las Normas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas. A partir de ellas, Gendarmería creó un sistema de clasificación penitenciaria, que a través de una metodología cuantitativa, conforma un instrumento de medición que pretende ser objetivo y confiable, y que tiene por finalidad la elaboración de la “ficha de clasificación penitenciaria”, la que permitirá la futura segmentación del recluso.

En el sistema penitenciario chileno, al ingresar a un establecimiento penal el interno es clasificado por Gendarmería de acuerdo a un criterio técnico que tiene por objeto determinar su grado de compromiso delictivo o delictual.<sup>95</sup>

### **Grado de Compromiso Delictivo o Delictual**

Se relaciona con nivel de internalización de los patrones propios de la “subcultura carcelaria”. Los reclusos son clasificados de acuerdo a las categorías de ALTO, MEDIO ALTO, MEDIO BAJO Y BAJO<sup>96</sup> compromiso delictual, sobre la base del cálculo de un puntaje que arroja la evaluación individual de cada uno de los internos. Los puntajes arrojados señalarán el nivel de relación de los reclusos con los patrones delictuales, definiendo su

---

<sup>95</sup> *Ibidem.*

<sup>96</sup> DAMMERT, Lucía, “El sistema penitenciario en Chile: Desafíos para el nuevo modelo público-privado”, FLACSO Chile, disponible en: <http://www.flacso.cl/flacso/biblos.php?code=1601>



“nivel de peligrosidad”, y a manera de pronóstico, cuáles son los riesgos de que siga infringiendo la ley penal.

Con esta clasificación se busca evitar la “contaminación criminal” entre los reclusos y debilitar su involucramiento en la subcultura carcelaria.

### **Clasificación Penitenciaria**

Una vez que el interno es condenado, la administración penitenciaria elabora una ficha única individual que tiene por objeto la identificación y registro del recluso. Esta es obtenida a través de una entrevista personal, que abarca los siguientes aspectos: identidad, antecedentes judiciales, grupo familiar, nivel de preparación académica o técnica, situación social, adaptación al régimen interno, consumo de alcohol y drogas. A estas preguntas, se suma su informe de compromiso delictual. Con todos estos antecedentes, se calcula su puntaje y se elabora la ficha de clasificación individual, la que abarca principalmente las siguientes categorías:

1° Apariencia física: Se evalúan las variables de lenguaje, cortes y tatuajes.

2° Nivel de preparación: Se evalúan las variables relativas a continuidad de la escolaridad, capacitación laboral, estabilidad laboral y planificación vital.

3° Grupo de referencia: Se evalúan las variables relativas a las relaciones familiares, grupo de pares, ocupación del tiempo libre e ingesta de drogas y alcohol.

4° Historia delictiva: Se evalúan las variables sobre antecedentes antisociales en la infancia, edad de iniciación delictual y reincidencia.

La importancia de esta clasificación, radica en que a ella sucederá el proceso de segmentación del interno en el penal.

## Segmentación Penitenciaria

Es una forma institucionalizada de distancia social que se materializa a través de la separación física y/o social de los individuos. A partir del modelo de clasificación, se establecen grupos penales bien definidos, y mutuamente excluyentes, buscando la homogeneidad al interior del mismo, protegiendo la heterogeneidad de los “grupos bien formados”. Con esta clasificación y posterior segmentación, se pretende un ordenamiento de la población penal en atención a su sexo, edad, tipos de delitos, alteraciones patológicas, inclinaciones sexuales, actividades laborales, reincidencia criminológica, compromiso delictual, grupos terapéuticos, etc.

Respecto de los criterios de segmentación, Gendarmería señala en su *web* institucional que este “agrupamiento”, se basa en un “conocimiento técnico o experiencial”, a través del cual se busca evitar o minimizar el “contagio o contaminación criminal.”<sup>97 98</sup>

## Ventajas de los Modelos de Clasificación y Segmentación

Gendarmería de Chile señala las siguientes ventajas del proceso de clasificación:

- 1.- Seguridad: Limita el abuso carcelario entre pares, disminuye conflictos internos, identifica individuos conflictivos y /o líderes penales y permite focalizar los recursos de seguridad.
- 2.- Reinserción: Favorece la identificación de las características socio - criminológicas de la población penal, permitiendo la focalización del tratamiento penitenciario.

---

97 “Primer Foro Iberoamericano de Acceso a la Justicia Conclusiones”, Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, enero 2006, panel 17, N°3.

98 Términos usados por Andrés Coe Espinoza, de la Unidad Técnica de la Dirección Regional Metropolitana de Gendarmería de Chile, en el *paper* que se presentó al Primer Foro Iberoamericano de Acceso a la Justicia, Conclusiones.

3.- Salud e Higiene: Permite detectar poblaciones con necesidades especiales, que requieran de especial atención, como enfermos y portadores de VIH SIDA, por ejemplo.

4.- Disciplina: Permite a la administración penitenciaria central identificar a los internos a través de información confiable respecto a su composición, pudiendo identificar elementos disfuncionales al régimen interno.

### **Críticas al Sistema de Segmentación y Clasificación<sup>99</sup>**

DAMMERT señala que las categorías utilizadas en el sistema de clasificación presentan diversas problemáticas. En primer lugar, la ficha es aplicada indistintamente a sujetos condenados por diversos delitos. Los ejes de puntuación, al no distinguir a este respecto, llevan a pensar que la peligrosidad de una persona no está relacionada con los hechos sancionados (derecho penal por el hecho), sino más bien con ciertas características que responderían a una distinción socioeconómica o cultural (derecho penal de autor).

Desde otra arista, se señala que las categorías utilizadas para determinar el compromiso delictual son altamente estigmatizantes, ya que se centran en las características socioeconómicas de los sujetos. Éstas terminan siendo más bien un indicador del tipo de personas perseguidas por el órgano penal, habida consideración de las características educacionales, sociales y económicas de la mayor parte de la población reclusa.

En resumen, esta autora señala que “es evidente que el sistema de clasificación requiere de un intenso proceso de modernización de las categorías utilizadas para enfrentar la problemática de las carreras criminales de forma eficiente y efectiva.”

STIPPEL,<sup>100</sup> señala que el Grado de Compromiso Social es un indicativo supuestamente objetivo, producto de una “muy libre interpretación” de las Normas Mínimas de Naciones Unidas. Señala, parafraseando el propio

---

<sup>99</sup> DAMMERT, *Op. Cit.*, *ibídem*.

<sup>100</sup> STIPPEL, Jorg Alfred, *Op. Cit.*, pp. 141 a 149.

material de Gendarmería disponible al respecto, que el “éxito” del proceso de reinserción social se debe a las políticas de segmentación y clasificación. Sin embargo, para este autor antes de vanagloriarse respecto de los resultados del sistema clasificatorio y de segmentación penitenciaria, debe contrastarse este optimismo con la situación real. Si se consideran los resultados prácticos, no debe más que sostenerse el fracaso de tal modelo, puesto que el 75% de la población reclusa tiene un supuesto compromiso delictual “alto” o “mediano.” Por otro lado, dicha normativa se basa en criterios de seguridad interna de los penales, relegando a un segundo plano los fines resocializadores del tratamiento penitenciario. Todo esto, a lo que se suman las condiciones generales de hacinamiento de los penales nacionales, implica para STIPPEL que la situación fáctica del submundo carcelario ha superado por mucho los manuales y la normativa vigente, haciendo primar más bien un criterio de seguridad de supervivencia, antes que cualquier consideración preventiva.

Otras críticas de este autor apuntan a la multiplicidad de criterios de clasificación existente entre distintos penales; el estigma que implica la ficha de clasificación, que finalmente persigue al interno no solamente en su estancia o permanencia en el penal respectivo, sino también cada vez que solicite un beneficio intrapenitenciario o sea trasladado a otro penal como una mancha indeleble.

Esta clasificación presenta además la objeción de no referirse al compromiso, voluntad o deseo de resocializarse por parte del interno, acercándola más a la estigmatización penitenciaria que a la vía resocializadora. En la práctica, la ficha se transforma en un prejuicio para el tratamiento del recluso al interior del penal.

STIPPEL, concluye, por tanto: “que la clasificación actual es, en realidad, una práctica de etiquetamiento que se elabora para las personas encarceladas en base a exclusivos y dudosos criterios de seguridad.”<sup>101</sup>

---

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 146.

Los ítemes a considerar según el Manual de Gendarmería son un tema aparte, obedeciendo a criterios de clara raigambre positivista. El autor se pregunta si acaso dicho Manual no es una fórmula *lombrossiana* de una lista de rasgos físicos y de apariencia, que tristemente diferencia al ciudadano normal del no - persona delincuente, y a estos últimos, a su vez, entre simples y mega - delincuentes, todo esto con pretensiones científicas. Como ejemplo de algunos criterios indicados en el Manual, la variable “lenguaje” asigna puntos por la incorrección en la pronunciación; la variable “apariencia” física suma puntos de acuerdo al número de tatuajes y de cortes corporales (cuestión aparte del explosivo aumento del arte corporal entre la juventud); se incluye también la variable arbitraria de largos períodos de desocupación, aunque sea por motivos ajenos a su voluntad; la variable, rayana en un atentado a la autodeterminación, relacionada a una planificación vital poco concreta y difícil de realizar; la variable que suma puntaje por tener entre 7 y 12 borracheras al año, etc.

Para este autor, este Manual entraña una ideología que descrea en verdad de la capacidad de reinsertarse socialmente, y por el contrario, resalta el poder criminógeno de los penales, dejando de lado las verdaderas características criminógenas de los encarcelados.

Por último, STIPPEL hace hincapié en el atentado al principio de inocencia que representa la clasificación, pues ésta, junto con la segmentación, se aplica indistintamente de personas imputadas o condenadas, lo que claramente es contrario al texto expreso de nuestra Constitución. Así tenemos que el “grado de compromiso delictual” viene a ser en los hechos una presunción de culpabilidad respecto de las personas recluidas.

### **CAPITULO III. LA RESOCIALIZACION COMO META DE LA PRIVACION DE LIBERTAD**

*“...nuestras esperanzas han quedado defraudadas. Desde hace ciento cincuenta años la crisis de la nueva pena está ahí. A pesar de algunos experimentos, que nunca se han prolongado lo suficiente para conseguir resultados seguros (...), no hemos ido más allá de la custodia mecánica,, nunca se han aplicado suficientes esfuerzos humanos ni bastante dinero para experimentar una terapia más seria y consistente (...)*  
*Dicho en otras palabras, nos hemos conformado con el aislamiento del mundo exterior.*

*(Hans Von Hentig, “La Pena Vol. II, 1968)*

#### **1.- PRECISIONES Y ADVERTENCIAS PRELIMINARES**

La resocialización no es un vocablo admitido por la Real Academia Española de la Lengua. Sin embargo, en un intento, podríamos definirla en base a cómo se define la palabra socializar: volver a “promover las condiciones sociales que, independientemente de las relaciones con el Estado, favorezcan en los seres humanos el desarrollo integral de su persona.”

Desde un punto de vista político-criminal el término es confuso, puesto que bajo su concepto se evocan campos de comprensión muy diferentes entre sí. Dentro de las causas de esta polisemia, se encuentra la inconcreción del propio fin perseguido por la resocialización. Se le considera extremadamente ambigua, puesto que existen diversas concepciones de ella, en relación con la mayor o menor intervención penal que se permita el Estado al momento de “tratar” al delincuente.

De acuerdo al grado o intensidad de ese tipo de intervención, esto es, del tipo de tratamiento o modelo a seguir, se distinguen en doctrina dos clases de programas de resocialización: “programas máximos” y “programas mínimos”.

Por “programa máximo” entendemos aquel conjunto unitario de instrucciones que tiene por objeto lograr la resocialización del delincuente a través de un grado de intervención mayor del individuo, limitando con su esfera más íntima, pretendiendo ya no sólo que acate y se adapte externamente al comportamiento señalado en la norma, sino que comulgue e interiorice los valores y normas de la sociedad a la que pertenece. De este tipo de programas se ha dicho que busca una “resocialización para la moralidad.”<sup>102</sup>

En cambio, un “programa mínimo” se conforma con un actuar externo respetuoso de la ley, con lograr una conducta adaptativa exterior que permita la sana y tranquila convivencia entre los miembros de una sociedad, sin pretender entrometerse en la conciencia o actitud más íntima del condenado.<sup>103</sup> De este tipo de programas, se dice que resulta la denominada “resocialización a la legalidad”.

Por ello, para poder conceptualizar correctamente el problemático y multívoco término resocialización, debemos necesariamente estudiarlo dentro del contexto de los fines o funciones de la pena.<sup>104</sup>

Insito en las teorías utilitaristas, el concepto de resocialización se asocia a las teorías de los fines de la pena que buscan la prevención especial positiva del condenado, o también denominada prevención individual, que a diferencia de la prevención general, “no está dirigida a la generalidad o conjunto de los ciudadanos, sino al autor del delito, al delincuente, al sujeto individual que soporta la carga o mal que constituye la pena.”<sup>105</sup>

---

<sup>102</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “La Resocialización: Objetivo de la intervención penitenciaria”, *Papers d' estudis i formació*, núm. 12, diciembre 1993, p. 14.

<sup>103</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. “Estudios penales: La Supuesta Función Resocializadora del Derecho Penal, Problemas y Tendencias Actuales de la Ciencia Penal, Derecho Penal Político, la Criminalidad Financiera y de “Cuello Blanco”, Protección Penal de la Libertad de Obrar de la Persona, Delincuencia Asociada: Criminalidad “Común” y “Terrorista”, la Tutela Penal del Honor y la Intimidad como Límite de la Libertad de Expresión”, José María Bosch S.A. Editores, Barcelona, 1984, p. 55.

<sup>104</sup> GARCÍA VALDÉS, Carlos (director) y VV.AA., “Diccionario de Ciencias Penales”, EDISOFER S.L., Madrid, 2000, p 445.

<sup>105</sup> DURÁN MIGLIARDI, Mario, “Prevención Especial e Ideal Resocializador. Concepto, Evolución y Vigencia en el Marco de la Legitimación y Justificación de la Pena”, en: *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios - Ministerio de Justicia, Gendarmería de Chile, Santiago, Chile. N° 13 Diciembre 2008*, pp. 57 a 81.

Ésta puede ser entendida ampliamente como reeducación, reinserción, enmienda, rehabilitación o recuperación social. Hay una confusión terminológica entre estos conceptos, no obstante, algunos prefieren utilizar uno u otro vocablo por razones metodológicas<sup>106</sup>. Es por esto que nos referiremos ampliamente al concepto de resocialización, abarcando en ésta, de una manera genérica, a todos los vocablos que se refieren a los fines (o funciones) preventivo especiales positivos de la pena (o del derecho penal).<sup>107</sup>

## 2.- CONCEPTO DE RESOCIALIZACION

GARCÍA PABLOS en su trabajo “La Supuesta Función Resocializadora del Derecho penal”<sup>108</sup>, indica que el término resocialización proviene del alemán “*Resozialisierung*”. Éste carecería de un contenido apriorístico, ignorándose sus fines reales. El autor se pregunta lo rápido que la dogmática alemana se apropió del concepto, ya que no hubo muchos cuestionamientos respecto a cual era su contenido. Esta dificultad de definir el término se traduce en la falta de mención que hacen autores connotados como Franz von LIZST (para este autor el término adecuado no era “*Resozialisierung*”, sino “*Besserung*”). La consagración definitiva del término se encontraría en las teorías de la ejecución de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad, siendo usado por primera vez por el jurista

---

<sup>106</sup> Para algunos como GUZMÁN DÁLBORA, la *resocialización o reinserción social* y la *reeducación*, apuntan a objetivos distintos. La *resocialización o reinserción social* apuntaría a un objetivo sociológico, de más fácil concreción que el segundo. Ésta se refiere a conseguir ciertas condiciones mínimas indispensables para la vida en relación, propiciando una convivencia armoniosa y pacífica en sociedad. Por el contrario, la *reeducación del condenado*, sería mucho más difícil de lograr, puesto que entraña conducir a alguien desde ciertos valores a otros, lo que en el fondo implica su reforma moral. En: “Consideraciones Críticas Sobre el Reglamento Penitenciario Chileno”, disponible en: <http://derechogeneral.blogspot.com/2007/12/consideraciones-criticassobre-el.html>

<sup>107</sup>GIMÉNEZ PERICÁS, Antonio, “Por qué Castigar y Cómo Castigar como reto penitenciario del próximo milenio”, IV Coloquio Internacional “Interrogantes Penitenciarios en el Quincuagésimo Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos”, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián, N° 12 Extraordinario- Diciembre 1998. Eguzkilore, pp. 189 – 196. Disponible en [www.ivac.ehu.es/p278content/es/contenidos/boletin\\_revista/ivcke\\_eguzkilore\\_num\\_extr12/es\\_extra12/.../Egea\\_12ext.pdf](http://www.ivac.ehu.es/p278content/es/contenidos/boletin_revista/ivcke_eguzkilore_num_extr12/es_extra12/.../Egea_12ext.pdf)

<sup>108</sup>GARCÍA PABLOS, *Op. Cit.*, pp. 17 a 96.



SCHÜLER-SPRINGORUM en 1969, cuando al hablar de la ejecución de las penas, señala que ésta no justifica su acción en la defensa de la sociedad ni en la restauración del orden jurídico, sino en cuanto importa la aplicación de un “programa resocializador”. KARL PETERS señala que en la doctrina alemana suele usarse como sinónimo de “prevención especial”, pero sin referencia a los términos aseguramiento (“*Sicherung*”) ni intimidación (“*Absechreckung*”). La palabra resocialización en principio no tenía relación con un fin o meta, usándose sin distinción los términos “*Besserung*” (“mejora”) y “*Resozialisierung*” (“resocialización”). Progresivamente, este último término fue reemplazando por completo al término mejora.

Desde otra interpretación, NEUMAN, jurista argentino, acota que el vocablo resocialización es un galicismo. Señala que respecto a este concepto, devenido en piedra angular de toda privación de libertad, existe un tácito asentimiento “entre profetas y profanos”, en hacerlo sinónimo a los siguientes términos: corrección, enmienda, reforma, moralización, adaptación, rehabilitación, educación, reeducación, reinserción social, socialización, resocialización, etc, queriendo significarse con todos ellos, “*la acción constructiva o reconstructiva de los factores positivos de la personalidad del recluso y al posterior reintegro a la vida social*”.<sup>109</sup>

En la doctrina española, de tradición correccionalista, el término ha sido usado frecuentemente. A decir de MUÑOZ CONDE, es un término “importado” que no ha sido analizado de manera crítica, debido al exacerbado optimismo con que se ha procedido a su aplicación, lo que ha llevado a que “nadie sepa muy bien lo que se quiere decir con ella”.<sup>110</sup>

En el derecho español, a partir de la introducción del Artículo 25.2º de la Constitución, se ha dicho que “las penas y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social...”. La doctrina ampliamente ha entendido que los términos resocialización y reeducación se refieren a los fines preventivo-especiales, haciendo sinónimos los conceptos de resocialización y prevención especial. Por otro lado, a los vocablos

---

<sup>109</sup> NEUMAN, *Op. Cit.*, pp. 19, 100, 101.

<sup>110</sup> Citado por GARCÍA PABLOS, *ibidem*, p. 24.

reeducación y reinserción social del condenado, se les ha dado el sentido de preparar al delincuente para su vuelta a la vida libre.<sup>111</sup>

En nuestro actual Reglamento de Establecimientos Penitenciarios se enuncia dentro de los fines de la actividad penitenciaria “la acción educativa necesaria para la reinserción social de los sentenciados”<sup>112</sup>. También se señala como principio de la ejecución penitenciaria chilena “El desarrollo de actividades tendientes a la reinserción social y disminución del compromiso delictivo de los condenados”<sup>113</sup>, el mismo vocablo se utiliza cuando se habla del Régimen Penitenciario.<sup>114</sup>

En el mismo sentido, tanto la Ley N°19.856 que señala beneficios de reducción de condena por observar una buena conducta, así como el Reglamento<sup>115</sup> de la misma, hablan de “Sistema de Reinserción Social”. Al parecer nuestro legislador prefirió el término Reinserción Social. Por otra parte, de una fecha anterior, el D.L. N°409 de 18 de agosto de 1932, al hablar del régimen de las prisiones establece que éste tenderá “...a la regeneración del delincuente...”

### **3.- DISTINTAS CONCEPCIONES DE LA RESOCIALIZACIÓN**

Como ya se ha dicho, resulta imposible dar un concepto unívoco de resocialización. No obstante, posibles significados del concepto se encaminan a definirla como un fin esencial de la función penal, que al mismo tiempo justifica y legitima la aplicación de una pena. Otros la ven como un criterio orientador al momento de ejecutar una pena privativa de libertad. Como ya hemos revisado, al tratar de dotar de contenido a la resocialización, se habla, o de una búsqueda de adaptación externa del individuo al modelo social o de un cambio más profundo, requiriéndose una interiorización de la norma por parte del sujeto.

---

<sup>111</sup> *Ibidem*, p.26.

<sup>112</sup> D.S. N° 518, de 3 de Abril de 2006, Artículo 1, único inciso.

<sup>113</sup> *Ibidem*, ARTÍCULO 10, letra b).

<sup>114</sup> *Ibidem*, Artículo 24, único inciso.

<sup>115</sup> Decreto N° 685 del Ministerio de Justicia, de 28 de octubre de 2005.

Progresivamente, con algunos retrocesos y cambio de matices en su justificación, se ha ido reconociendo como meta universal de la privación de libertad la función resocializadora de la pena. Desde un punto de vista garantista, su influencia ha traído amplias cuotas de humanización de los sistemas penitenciarios. Su recepción se ha visto reflejada, en mayor o menor medida, en los distintos ordenamientos nacionales e internacionales, a lo menos como una noble declaración de principios, siendo políticamente incorrecto, aunque la praxis señale lo contrario, sostener un fin de la pena privativa de libertad distinto.

Siguiendo esa tendencia, en los distintos instrumentos internacionales se reconoce expresamente la resocialización como fin de la privación de libertad.

Entonces, surge la pregunta acerca de cómo afrontan la resocialización las distintas legislaciones, las distintas construcciones positivas al respecto, si es vista como un derecho, como una imposición del Estado, como una oferta hecha al individuo, etc.

En algunos sistemas jurídico penales se recalca la naturaleza de “derecho” de la resocialización, y no de imposición; no obstante, en muchos ordenamientos aún se define ésta como un tratamiento.<sup>116 117</sup>

---

<sup>116</sup> VGR: Artículo 10 apartado 3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y Artículo 5 apartado 6 Pacto de San José de Costa Rica; Art 25.2, de la Constitución Española de 1978; Art 1º, Ley Nacional Nº 24.660 de la República Argentina; Artículo 27 Código Penal Cubano; Artículo 18 Párrafo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Artículo 272, Constitución Venezolana; Artículo 272, Constitución Política del Perú 1993; Artículo 3 y 178 Ley de Ejecución Penal y Supervisión de la República de Bolivia Nº 2.298; Artículo 51, Código Penal de Costa Rica.

<sup>117</sup> En contra: Postura del Tribunal Constitucional español (STC 2/1987, STC 28/1988 de 23 de febrero, STC 72/1994 de 3 de marzo, STC 75/1998 de 31 de marzo, Auto TC 486/1985, Auto TC 1112/1988, etc.), en cuanto señala que el Art 25.2 de la Constitución debe interpretarse como un mandato del constituyente supranacional al legislador, para la orientación de la política penal y penitenciaria, del que no se deriva derecho subjetivo alguno.

#### 4.- LA RESOCIALIZACIÓN EN LA LEGISLACIÓN

##### 1) En Instrumentos Internacionales:

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16 diciembre de 1966):

“Art 10.

Apartado 3.- El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.”

Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (22 diciembre de 1969):

“Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal (...)

Apartado 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial *la reforma y la readaptación social de los condenados.*”

##### 2) En la legislación Iberoamericana:

Constitución Española de 1978:

“Artículo 25 (...)

2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia *la reeducación y reinserción social* y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.”

Ley Nacional N° 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad de la República Argentina (Publicada en B. O. el 16 de julio de 1996):

“Artículo 1 - La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando *su adecuada reinserción social*, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad.

El régimen penitenciario deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los *medios de tratamiento interdisciplinario* que resulten apropiados para la finalidad enunciada.”

Código Penal Cubano (29 diciembre de 1987):

“Capítulo I

Los Fines de la Sanción

Artículo 27. La sanción no tiene sólo por finalidad la de reprimir por el delito cometido, sino también la de *reeducar* a los sancionados en los principios de actitud honesta hacia el trabajo, de estricto cumplimiento de las leyes y de respeto a las normas de la convivencia socialista, así como prevenir la comisión de nuevos delitos, tanto por los propios sancionados como por otras personas.”

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917):

“Artículo 18 (...)

Párrafo 2: El sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr *la reinserción del sentenciado a la sociedad* y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgaran sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.”

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999):

“Artículo 272.

El Estado garantizará un sistema penitenciario que asegure *la rehabilitación del interno o interna* y el respeto a sus derechos humanos. Para ello, los establecimientos penitenciarios contarán con espacios para el trabajo, el estudio, el deporte y la recreación, funcionarán bajo la dirección de penitenciaristas profesionales con credenciales académicas universitarias, y se regirán por una administración descentralizada, a cargo de los gobiernos estatales o municipales, pudiendo ser sometidos a modalidades de privatización. En general, se preferirá en ellos el régimen abierto y el carácter de colonias agrícolas penitenciarias. En todo caso las fórmulas de cumplimiento de penas no privativas de la libertad se aplicarán con preferencia a las medidas de naturaleza reclusoria. El Estado creará las instituciones indispensables para la asistencia postpenitenciaria que posibilite *la reinserción social del exinterno o exinterna* y proporcionará la creación de un ente penitenciario con carácter autónomo y con personal exclusivamente técnico.”

Constitución Política del Perú 1993:

“Titulo IV de la Estructura del Estado

Capítulo VIII Poder Judicial

Artículo 139°.-

Son principios y derechos de la función jurisdiccional (...)

22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto *la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.*”

Ley de Ejecución Penal y Supervisión de la República de Bolivia N° 2298:

“Artículo 3.- (Finalidad de la Pena)

La pena tiene por finalidad, proteger a la sociedad contra el delito y lograr *la enmienda, readaptación y reinserción social del condenado*, a través de una cabal comprensión y respeto de la Ley.”

“Titulo VII Tratamiento Penitenciario

Capítulo I Disposiciones Generales

Artículo 178.- (Finalidad)

El tratamiento penitenciario tendrá como finalidad *la readaptación social del condenado*, a través de un Programa Progresivo, individualizado y de grupo, cuyos componentes principales son la psicoterapia, educación, trabajo, actividades culturales, recreativas, deportivas y el fortalecimiento de las relaciones familiares.

El tratamiento penitenciario, se realizará respetando la dignidad humana y atendiendo a las circunstancias personales del condenado.”

Código Penal de Costa Rica (Ley N° 4.573, 4 de mayo de 1970) (...)

“Artículo 51.- La pena de prisión y las medidas de seguridad se cumplirán en los lugares y en la forma en que una ley especial lo determine, de manera que ejerzan sobre el condenado una *acción rehabilitadora*.

Su límite máximo es de cincuenta años.

(Así reformado por la Ley N° 7.389 del 22 de abril de 1994).”

### **Tratamiento de la Resocialización en el Ordenamiento Jurídico Chileno**

Valga decir que no existe norma en nuestra Constitución Política que se refiera a la resocialización. Ésta se limita únicamente a señalar en términos genéricos, que la privación de libertad se aplicará en los casos y en la forma determinados por la ley.<sup>118</sup>

Por su parte, nuestro Código Penal, de conocida inspiración clásica, nada aporta al respecto. Se remite a señalar en su Libro I, respecto a la naturaleza y efectos de las penas, que algunas llevan aparejadas la imposición de algún trabajo.<sup>119</sup>

Como vemos, esta normativa de jerarquía legal superior no da importancia al tema, a diferencia de gran parte de la normativa

---

<sup>118</sup> “Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:  
7º(...)

b) Nadie puede ser privado e su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes;”

<sup>119</sup> Libro I, Título III De Las Penas...Naturaleza y efectos de algunas penas.

Artículo 32. La pena de presidio sujeta al reo a los trabajos prescritos por los reglamentos del respectivo establecimiento penal las de reclusión y prisión no le imponen trabajo alguno.”

latinoamericana, que sí se refiere a ello en sus cartas fundamentales o leyes de quórum superior.

En nuestro ordenamiento, las reglas referidas a los fines de las penas privativas libertad y a los fines resocializadores de las mismas, se contienen en distintos instrumentos.<sup>120</sup> Sin embargo, quien trata de manera más genérica y sistemática el tema es el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.<sup>121</sup>

El Reglamento de Establecimientos Penitenciarios se refiere a los fines resocializadores en su artículo 1º, al definir el objeto de la actividad penitenciaria. Señala que ésta tendrá como fin primordial "...la acción educativa necesaria para la reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas".

Más adelante, el mismo Reglamento indica en su artículo 10 en su letra b), al referirse a los principios que rigen a los establecimientos penitenciarios, que éstos deberán desarrollar "actividades y acciones tendientes a la reinserción social y disminución del compromiso delictivo de los condenados."

En la legislación penitenciaria chilena, vemos que se establece como objetivo principal de la privación de libertad, la rehabilitación y posterior reinserción a la sociedad de los sujetos reclusos en los centros penitenciarios, valiéndose para ello de un régimen de carácter progresivo.<sup>122</sup>

El Reglamento en su artículo 93 señala expresamente el fin de las actividades y acciones para la reinserción social: "Las actividades y acciones, tendrán como referente el carácter progresivo del proceso de reinserción social del interno y en su programación deberá atenderse a las necesidades específicas de cada persona a quien se dirigen".

Por otro lado, también se habla de la progresividad del sistema respecto a los beneficios intrapenitenciarios, el artículo 97, en su inciso primero, señala que "los permisos de salida sólo podrán concederse a quienes hayan

---

<sup>120</sup> Ley N° 19.586; Ley N° 18.216; D.L. N° 409; D.S. N° 585.

<sup>121</sup> D.S. N° 518, D.O. 3 de abril de 2006.

<sup>122</sup> DAMMERT, Lucía, "El Sistema Penitenciario en Chile: Desafíos para el Nuevo Modelo Público-Privado", FLACSO Chile, disponible en: <http://www.flacso.cl/flacso/biblos.php?code=1601>



demostrado avances efectivos en su proceso de reinserción social”, en clara alusión a la progresividad del alcance de mayores espacios de libertad.

Más adelante, al hablar de la readaptación y reinserción social del condenado, el Artículo 107 nuevamente señala: “La reinserción familiar y social del condenado tiene carácter progresivo...”

### **Rol de Gendarmería en la Finalidad Resocializadora**

De acuerdo a la ley, compete a Gendarmería de Chile la aplicación y ejecución de los programas y políticas de resocialización y reinserción social de los condenados. El Reglamento Penitenciario enumera sus funciones, dentro de las cuales se encuentran: el deber de administrar los Establecimientos Penitenciarios,<sup>123</sup> y “...llevar a cabo las actividades y acciones para la reinserción social de los condenados.”<sup>124</sup>

Asimismo, la Ley Orgánica de Gendarmería (LOC) define a Gendarmería de Chile, como “...un Servicio Público dependiente del Ministerio de Justicia, que tiene por finalidad atender, vigilar y rehabilitar a las personas que por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad y cumplir las demás funciones que le señale la ley.”

Para cumplir con dichas funciones, GENCHI incorpora en la elaboración de los programas de resocialización, la educación y el trabajo como sus principales instrumentos.<sup>125</sup> Para estos efectos, se desarrollan programas de intervención, pertenecientes a cuatro áreas de desarrollo: Área Educacional, Área Laboral, Área Psico-Social y Deportiva y Área Recreativa-Cultural.

a) Área Educacional: En ella se encuentran los programas de educación básica y media científico-humanista para adultos y, excepcionalmente,

---

<sup>123</sup> Reglamento Penitenciario, Artículo 11, inciso 3.

<sup>124</sup> *Ibidem*, Artículo 24, único inciso.

<sup>125</sup> Reglamento de Establecimientos Penitenciarios: En cuanto a las actividades generales de reinserción: Artículo 10, letra b), Artículo 92 y 93. Específicamente en relación a la Educación: Artículo 59; En relación al Trabajo: Arts. 60 a 71.

técnico profesional. También existen programas de capacitación para aprender un oficio.

b) Área Laboral Intramuros: Puede consistir en trabajo con empresas privadas, en Centros de Educación y Trabajo, en forma autogestionada, desempeñándose como mozos y jornaleros y como trabajadores artesanos independientes.

c) Área Psico-social: Incluye acciones sociales y psicológicas, tanto individuales como en grupo, comprendiendo el potencial ingreso a Comunidades Terapéuticas, y en el programa “Conozca Su Hijo”.

d) Área Deportiva, Recreativa y Cultural: Comprende actividades y talleres específicos, que pueden ser periódicos con objetivos específicos previamente establecidos, o eventuales y masivos, que sólo buscan la entretención de los reclusos. Para esto, existen diversos convenios de GENCHI con distintas instituciones estatales y privadas, y/o personas naturales.<sup>126</sup>

Respecto a la atención post-penitenciaria de los penados, corresponde al Patronato Nacional de Reos otorgar apoyo a la población penitenciaria que egresa al medio libre, realizando o correspondiéndole en teoría las siguientes labores:

- 1.- Eliminación de Antecedentes.
- 2.- Atención Psico-social.
- 3.- Prestaciones Asistenciales.
- 4.- Ejecución de Programas Culturales.
- 5.- Ejecución del Programa “Hoy es mi Tiempo.”<sup>127</sup>

---

<sup>126</sup> ESPINOZA, Olga y VIANO, Carolina, “El Desafío de la Libertad Proceso de Concesión de Beneficios Intrapenitenciarios para la Reinserción Social.” RIL Editores y CESC, Universidad de Chile, Santiago, 2008, pp. 28 – 29.

<sup>127</sup> *Ibidem*, pp. 59 – 60.

## **Análisis Crítico del Rol de Gendarmería**

Gendarmería de Chile es un órgano dependiente del Ministerio de Justicia, por tanto, parte integrante de la administración del Estado. No obstante, su estética y percepción por parte de la ciudadanía dice relación con una institución militarizada, ligada a las Fuerza Armadas. Esta percepción difiere paradójicamente de la realidad, puesto que en aspectos tan importantes como su presupuesto, por ejemplo, dista mucho de las prebendas de que gozan las FF.AA.

Esta apariencia ligada al mundo castrense, jerarquizada militarmente, no sólo representa un obstáculo “estético” en la consecución de la resocialización. En los sistemas penitenciarios modernos, se ha puesto en entredicho la condición “policíaca” de los órganos encargados de vigilar el cumplimiento penitenciario, señalándose al respecto si acaso dicha condición no representa un factor negativo en el cumplimiento de la meta resocializadora.

La figura del gendarme se ha transformado en un elemento integrante característico de la cultura o subcultura carcelaria. Se sostiene que si se pretende educar para la libertad en condiciones de encierro, debe fomentarse el autogobierno, la autodisciplina en términos similares a los que encontrará el reo al ser puesto en libertad, puesto que más allá de la cárcel no tendrá a un guardador de su comportamiento que le señale lo que tenga que hacer. En ese sentido, se considera que el recluso a quien no se le estimula el cambio conductual ni su autorresponsabilidad, y por el contrario, sólo se le somete una disciplina férrea y despersonalizada, termina infantilizado, incapaz de hacerse cargo de sí, y de motivarse para no reincidir al momento de volver a su entorno social.<sup>128</sup>

El hecho de que el recluso se encuentre en un recinto cerrado, altamente jerarquizado y sometido a una disciplina autoritaria, no fomentará en él al recobrar su libertad, más que una actitud que ha sido denominada de

---

<sup>128</sup> SEGOVIA B., José Luis, “Consecuencias de la Prisionización”, disponible en: [www.derechopenitenciario.com/comun/fichero.asp?id=1003](http://www.derechopenitenciario.com/comun/fichero.asp?id=1003)

dualidad adaptativa: o se produce una autoafirmación agresiva, rebelándose ante todo lo que represente autoridad, o en el mejor de los casos se fomenta una actitud pasiva de sumisión, carente de motivación propia, que lo impulse a hacerse cargo de su proyecto vital.<sup>129</sup>

Las nuevas tendencias se inclinan a la “civilización” del órgano gendarme. Se sugiere que la preparación de los gendarmes, antes que estar orientada a formar un custodio o guardia carcelario, lejano, autoritario y fuerte físicamente, debe más bien inclinarse a la adquisición de competencias. Esto requiere la adquisición de conocimientos técnicos de índole psicológica, educativos y laborales, que permitan al funcionario reaccionar de la forma más idónea al rol rehabilitador, ahondando en la resolución pacífica de conflictos, y en la promoción de instancias de mediación entre los mismos presos.<sup>130</sup> Si bien se ha reconocido un avance en las últimas modificaciones a su malla curricular, aún subsiste esa imagen militar, lejana al perfil idóneo estimulador de las competencias civiles y sociales en los presos, de manera de generar un nuevo tipo de funcionario penitenciario,<sup>131</sup> que en vez de usar la brutalidad, estimule a los reclusos a reintegrarse a la vida en comunidad.

Ya en una encuesta<sup>132</sup> realizada entre noviembre 1992 y enero de 1993 a diversos líderes de opinión acerca de cómo mejorar la tarea llevada a cabo por Gendarmería, se enfatizó en:

1. “La necesidad de una adecuada política de contratación de personal.”
2. “Capacitación permanente y preparación previa, en atención a las distintas clases de presos.”

---

<sup>129</sup> *Ibidem.*

<sup>130</sup> WALTER, Joachim, jefe del centro juvenil de Adelsheim y catedrático del Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad de Heidelberg, Alemania, “Condiciones Básicas de un Régimen Penitenciario Moderno desde el Punto de vista de un Alcaide Alemán”, en: Estado de Derecho y Reformas a la Justicia, [Et Al.], Editores James M. Cooper, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Estudios de la Justicia, Heidelberg Center para América Latina, California Western School of Law, Proyecto Reforma Judicial, GTZ Chile, Santiago, Chile, 2005, pp. 208 a 219.

<sup>131</sup> STIPPEL, *Op. Cit.*, p.285.

<sup>132</sup> BURNETT H., Dennis, Encuesta a Líderes de Opinión, en: “El sol en la Ciudad estudios sobre prevención del delito y modernización penitenciaria”, Editora Nacional de Derechos Humanos, Santiago, Chile, Septiembre de 1993.

3. "Aumentar el número de profesionales, psicólogos, asistentes sociales, médicos, etc."
4. "Elegir mejor y capacitar adecuadamente a sus directivos y jefes de penal."
5. "Mejorar la infraestructura."
6. "Dotar de personal capacitado en rehabilitación-vigilancia."
7. "Menor militarización de la institución."
8. "Estudios psicológicos para un trato mejor al reo."
9. "Mejorar el nivel de vida y condiciones de trabajo."
10. "Dar mayor importancia a su rehabilitador."

A decir de STIPPEL, "hay un gran desaprovechamiento de los recursos humanos disponibles", en vez de aumentar su planta de dotación, mejora encaminada al aspecto de seguridad, deben fomentarse "las capacidades profesionales de los funcionarios de GENCHI".<sup>133</sup>

---

<sup>133</sup> STIPPEL, *Op. Cit.*, pp. 68 -71, 285 – 287.

## **5.- PERSPECTIVAS CRÍTICAS AL AFÁN RESOCIALIZADOR**

### **Hacia un Enfoque del Debate en torno a la Resocialización**

La prevención especial positiva o finalidad dirigida al delincuente que busca su reincorporación a la sociedad es reconocida ampliamente, como hemos visto, en los ordenamientos jurídicos internacionales. Nuestra dispersa normativa relativa a la ejecución de las penas privativas de libertad no hace la excepción, reconociéndose expresamente como principal fin. Otra cosa distinta, es la “función” que se le atribuye a la pena como instrumento de modelamiento axiológico al interior de una sociedad.<sup>134</sup> Así se habla de la función simbólica o aparente del derecho penal, como por ejemplo, la normativa que busca incentivar un determinado comportamiento en la ciudadanía, como la relativa a los delitos contra la propiedad, al control de armas, a los micro-hurtos, y al consumo de drogas y estupefacientes, etc.

Por esto, con independencia de la función arrogada a la norma penal, debe partirse por enfocar el debate.

En cuanto a la aplicación de una norma penal deben diferenciarse tres etapas. Por un lado, debe diferenciarse entre la función político-criminal arrogada a la norma penal (tarea principalmente materializada a través del poder legislativo, y a veces malamente por el ejecutivo), entre la aplicación de la norma por parte de la judicatura penal, y en tercer lugar debe distinguirse la etapa de ejecución penitenciaria, o sea, la situación “post-condena” de la misma.

De la función político criminal, debiera encargarse el poder legislativo, sólo de esta manera se asegura el justo ejercicio de la soberanía y la debida división de poderes. Normalmente se confunde a la ciudadanía con la petición de mayor dureza al momento de aplicar la ley, pero se olvida que al respecto la facultad de los tribunales es una y sólo una: “conocer de las causas civiles y criminales y hacer ejecutar lo juzgado”.

---

<sup>134</sup> Ver: BUSTOS RAMÍREZ, Juan, [et al.], “Pena y Estado: Función Simbólica de la Pena”, Editorial Jurídica ConoSur Santiago, Chile, 1995.

Esto quiere decir que, una vez “fabricada” la debida respuesta penal frente al “fenómeno de la delincuencia”, corresponde la estricta aplicación de la norma a la judicatura penal, momento en que se concreta la función judicial. Es común ver la intromisión por parte de políticos o miembros de otros poderes del Estado (como FF.AA. por ejemplo), la petición de mayor rigor en la aplicación de la ley. La recta aplicación de la ley es una, y la mejora o enmienda de ésta, reside principalmente en el poder legislativo. Lo otro es transformar la respuesta esperada frente a la delincuencia en un tema de interpretación jurídica, haciendo responsable exclusivamente a la judicatura.

Una vez aplicada la norma penal con estricto apego al debido proceso, surge la tercera fase en la respuesta frente al delito: la ejecución penitenciaria. Es común ver como se pretende cumplir con los fines de la pena con la mera aplicación de una sanción penal, prácticamente desvinculándose el aparato estatal, haciendo oídos sordos en relación a las cifras que a todas luces señalan lo poco eficiente de las penas privativas de libertad como remedio al fenómeno delictual.

El debate mediático en torno a la “lucha contra la delincuencia” tiende a mezclar estas tres etapas, atribuyendo y exasperando las funciones encomendadas por la Constitución a los distintos poderes del Estado, olvidando las bases de la institucionalidad, la separación de poderes, y el sano contrapeso de los mismos, en el sentido del conocido adagio “el poder frena al poder”, lo que permite la mutua fiscalización de las instituciones del Estado. Es por esto que se hace necesario sensibilizar a la ciudadanía, en relación a la complejidad y profundidad del fenómeno delictual, más allá de la utilización mediática proselitista del tema.

## Relaciones entre Resocialización, Política Criminal y Sistema Político

Entendiendo por política criminal todos los medios empleados por el Estado para prevenir y/o reprimir la criminalidad<sup>135</sup>, como dice ZUÑIGA, trasunta a toda clase de política criminal una ideología.

Asimismo, DURÁN señala que el concepto de pena, su justificación y los fines que se le atribuyan, están estrechamente relacionados con el tipo de sociedad y el régimen político de que se trate. De esta relación podría conceptualizarse y estructurarse todo un Sistema Penal.<sup>136</sup> Dentro de las consecuencias de ésta, se encuentra la de repercutir directamente en el mayor o menor grado de intervención social estatal permitida, así como también determinar la concepción, magnitud e intensidad de un tratamiento de resocialización.

Así, tendremos que en una concepción liberal clásica del derecho penal, la función primordial de éste será limitar lo máximo posible la intervención punitiva del Estado, garantizando la libertad de los gobernados. En un régimen de corte autoritario, el Estado se permite niveles de intervención mayores, llegando al extremo de instrumentalizar y utilizar el *ius puniendi*, como mecanismo encubierto de control social de opositores o reaccionarios al régimen imperante.<sup>137</sup>

MIR PUIG habla de tres tipos de concepciones políticas: una concepción del derecho penal adscrita a un Estado Liberal, otra adscrita a un Estado Social, y otra característica de un Estado Social y Democrático de Derecho.<sup>138</sup> Más que cómo se ejerce el poder político, importa más el punto de partida desde dónde se construya una perspectiva crítica.

---

<sup>135</sup> SEPÚLVEDA, Juan Guillermo, citado por SÁENZ ROJAS, Mario. “El Discurso Resocializador: Hacia una Nueva Propuesta para el Sistema Penitenciario”, disponible en: <http://revistacienciasociales.ucr.ac.cr/numeros/115/saenz.pdf>, p. 3.

<sup>136</sup> DURÁN MIGLIARDI, Mario, “Prevención Especial e Ideal Resocializador. Concepto, Evolución y Vigencia en el Marco de la Legitimación y Justificación de la Pena”, en: Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios - Ministerio de Justicia, Gendarmería de Chile, Santiago, Chile. N° 13 Diciembre 2008, p.60.

<sup>137</sup> SAENZ ROJAS, Mario, *Op. Cit.*, p.126.

<sup>138</sup> MIR PUIG, Santiago, “El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, 1ª edición, Edit. Ariel S.A., Barcelona, junio 1994, p.34.



## Resocialización y su Relación con la Evolución del Concepto de Estado

Históricamente, la relación entre los distintos regímenes políticos y la mutación de los fines absolutos a los utilitaristas de la pena, es explicada en doctrina por la transición del Estado liberal al Estado de bienestar<sup>139</sup>.

Algunos autores denominan este ente, Estado social y democrático de Derecho, el que viene a sintetizar los modelos de Estado liberal y de Estado Social<sup>140</sup>.

El advenimiento del Estado Social supuso un intento de abolir la antigua lejanía existente entre el Estado y los ciudadanos, terminando con el garantismo puramente formal que el Estado Liberal proclamaba (la limitación del poder del Estado frente a los ciudadanos).

El Estado adquiere un rol más activo, ahora es llamado a tener una intervención efectiva de las relaciones sociales. El denominado Estado Intervencionista o *Welfare State*, ahora debe crear condiciones sociales de vida que permitan a los individuos su efectivo bienestar. Ello implica asegurar la efectiva protección de toda la sociedad, extendiendo la prevención de los delitos a aquellos que vulneraran bienes jurídicos considerados valiosos socialmente (ya no desde un punto de vista iusnaturalista o individualista).<sup>141</sup> Principios como la exclusiva protección de bienes jurídicos, la proporcionalidad y el de culpabilidad, concretizan esta idea. Se reconoce como legítima la pretensión de prevenir los delitos y la intimidación general que produce la pena, pero a su vez se busca que en su ejecución se garantice al individuo una que sea justa, proporcional y limitada por su culpabilidad.

Se trató de lograr una justicia material, combatiendo eficazmente en los hechos la criminalidad en aumento desde el siglo XIX, producto de las dificultades de adaptación de amplias capas de la población a la nueva

---

<sup>139</sup>JIMÉNEZ, María Angélica, “Consideraciones Criminológicas en torno al Nuevo Reglamento Penitenciario”, en Revista de Ciencias Penales, Quinta Época N°1, Santiago, 1993, pp.76 a 87.

<sup>140</sup>MIR PUIG, Santiago, *Op. Cit.*, p. 31.

<sup>141</sup>*Ibidem*, p. 34.

situación que trajo el capitalismo, el maquinismo industrial y la aparición del proletariado.<sup>142</sup>

Con posterioridad, también entró en crisis el Estado de Bienestar; se produjeron recortes presupuestarios, que conllevaron la supresión de parte importante de los recursos invertidos en las políticas carcelarias. Nuevamente, “otra vuelta de tuerca” hizo pasar de una política criminal basada en la prevención especial positiva, a una negativa o inocuidadora.<sup>143</sup>

Los cambios sufridos por el Estado producto de las guerras, trajeron el detrimento de los derechos de los ciudadanos a través de una mayor intervención y penetración en los mismos. Esto, sumado a la situación de endeudamiento general sufrida a partir de los años 80, ha generado grandes desajustes económico-sociales, siendo el sistema penal uno de los más afectados. La escasez de recursos ha mermado los programas de prevención primaria, con el consecuente aumento vertiginoso de la criminalización de los sectores sociales más vulnerables. Las políticas de orden público adoptadas se han centrado nuevamente en la prevención general, rechazando toda meta reformista o de intervención asistencial.

Así, se pasa de un enfoque resocializador a otro intimidatorio, se vuelve a la represión “pura y dura”<sup>144</sup>, hay una vuelta a la pena de la culpabilidad.

Todo este cambio en las circunstancias sociales, económicas y culturales, va conformando un discurso crítico cerca de la idea resocializadora. Algunos inclusive han planteado el volver a la antigua vía retributiva, como la llamada corriente Neoclásica.<sup>145</sup> La resocialización en un corto período pasó de ser el ideal del Derecho Penal clásico, a una meta inalcanzable y en crisis.<sup>146</sup>

---

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>143</sup> SANZ MULAS, Nieves, *Op. Cit.*, p. 189.

<sup>144</sup> ANCEL, citado por SANZ MULAS, Nieves, en: *Op. Cit.*, p. 190.

<sup>145</sup> También al respecto surge la corriente del “*Nothing Works*”, ver: GARCÍA RIVAS, Nicolás, “El Poder Punitivo del Estado Democrático”, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996, p.39.

<sup>146</sup> MIR PUIG, Santiago. *Op. Cit.* p. 141.

## **Resocialización y su Relación con las Correlativas Concepciones del Derecho Subyacente**

Partiendo de la base de lo ambiguo del concepto de resocialización, GARCÍA PABLOS señala que esta multivocidad del vocablo ha permitido concentrar distintas posiciones que según este autor, sólo coinciden en la crítica abierta al retribucionismo. Para él hay tres concepciones de resocialización en base al sistema jurídico al que pertenecen:

- 1.- Antirrebutricionismo Dogmático
- 2.- Concepción Asistencial del Derecho Penal
- 3.- Neorretribucionismo

### **1) Antirretribucionismo Dogmático**

Para ellos, la resocialización es entendida dentro de una postura crítica contraria al retribucionismo. No se esfuerzan en hacer una construcción teórica en torno al concepto, pues estiman mucho más importante situar al derecho como una potente herramienta de construcción social y un método de autocontrol. Dentro de esta corriente, algunos propugnan la supresión del derecho penal, pues buscan la prevalencia de una igualdad real. Hay una mirada optimista y confiada de la sociedad en donde el derecho penal retribucionista demuestra su insolidaridad pues agudiza aún más la desigualdad ante la ley de los distintos grupos sociales. La supresión del derecho penal o resocialización serían los únicos instrumentos por medio de los cuales los ciudadanos adquieren mayores oportunidades sociales. Para algunos antirretribucionistas, la resocialización debe su justificación a la Constitución; para otros, la respuesta a ella ni siquiera está en el derecho sino en las ciencias sociales en general, en una especie de “moderno retroceso hacia el derecho natural.”<sup>147</sup>

---

<sup>147</sup> PLACK, citado por GARCIA PABLOS, *Op. Cit* .p. 29.

## **2) Concepción Asistencial del Derecho Penal**

Para ésta, el Derecho Penal debe concentrar todo su actuar en la persona del autor, buscando un propósito asistencial y bienhechor; éste tiene que asistir socialmente tanto a la víctima como al autor del delito. Entonces, el delito debe ser considerado un “accidente social”, definido por los entes criminógenos, o bien, en base a un problema personal del autor, que debe ser vaciado de todo contenido social valorativo.

## **3) Neorretribucionismo**

Esta corriente centra la discusión en una determinada política criminal, que conciba una eficaz y racional estrategia contra la criminalidad. Aunque aparentemente, según GARCÍA PABLOS, la resocialización parezca oponerse a la retribución, en el fondo son lo mismo, puesto que las funciones del derecho penal vienen a estar determinadas por una visión defensiva y efectista del mismo. Esto traería como consecuencia un costo aún más peligroso que el previsto por los clásicos, ya que el pensamiento resocializador tiene apariencia “garantista”, no obstante, se aleja mucho de una visión liberal clásica, que ante todo, protegía al ciudadano del actuar del monarca.<sup>148</sup>

## **Problemas provenientes de la Aplicación de los Programas Resocializadores**

Según MIR PUIG, pueden describirse principalmente cuatro problemas de que adolecen los programas resocializadores:

---

<sup>148</sup> *Ibidem*, p. 30.

**1) ¿La Resocialización atinge a los fines de la pena o pertenece a la fase de ejecución de la misma?**

Surge la cuestión de saber a que área pertenece la resocialización; si al amplio espectro de la teoría de los fines de la pena, o si por el contrario, interesa únicamente al campo más reducido de la ejecución de la misma. Al aplicarse una sanción, ésta puede resocializar, pero al mismo tiempo puede estigmatizar y “desocializar”; todo dependerá del contenido normativo de la pena. Por ejemplo, si se parte de la base de una pena que retribuye el mal del delito con el mal de la pena, carecerá de sentido hablar de su función resocializadora. No debemos olvidar que la pena como institución no nace “para resocializar al delincuente.”<sup>149</sup>

**2) ¿La Resocialización busca la prevalencia de normas de convivencia interna o la homogeneidad de confesiones éticas dentro de una sociedad?**

La resocialización puede buscar la “adaptación” del individuo a ciertos valores sociales a partir de un cierto neutralismo valorativo del delincuente (fundamentación funcional - “teoría de la socialización”), o bien puede perseguir la reeducación sobre la base de un marco axiológico claro (fundamentación valorativa – “Teoría Correccionalista”). Así, tenemos que:

A) **La teoría de la socialización**: También llamado modelo funcionalista<sup>150</sup>, podríamos decir que parte de una base socrática de la interacción en sociedad; sostiene que el individuo, conociendo la norma jurídica, y a partir de su propia interacción en el seno del cuerpo social, irá adaptando y conformando progresivamente su actuar (esto es, “socializándose”). El delito se explica en estas teorías como una carencia o un proceso incompleto en la “evolución social”, en el camino de su maduración y aprendizaje. Se le critica

---

<sup>149</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>150</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *Op. Cit.*, pp .9 - 21.

a estas teorías lo banal y reiterativo de su discurso, puesto que al explicar el fenómeno delictual como un déficit social, se deja fuera la gran mayoría de personas que delinquen, pero que no manifiestan diferencias de integración social relevantes en comparación a un individuo “normal”. Más allá, incluso, se dice que las penas privativas de libertad no serían efectivas para recuperar o “sanar” defectos de socialización sufridos durante la infancia.

B) **La teoría correccionalista:** Podríamos decir que es mucho más invasiva, pretendiendo la enmienda moral del delincuente (el que es visto como un “retrasado social”), en contraposición con la funcionalista, que se conforma con la adaptación del individuo a su medio (fomentando una mera actitud exterior de respeto a la ley).<sup>151</sup> Se entiende que con la aplicación de una pena se le hace un bien al delincuente, aunque él no lo crea así. El delito no consistiría en lo que hay que castigar, sino que representaría una señal visible del estado de desarreglo moral en que se encuentra el delincuente, y que por tanto requiere ser tratado.<sup>152</sup> Se entiende, no obstante, que al aplicar una pena, también se busca impedir los futuros delitos que pudieren llegar a cometerse, y su propósito no sólo sería “borrar” el que ya se cometió. Al mismo tiempo, el derecho no queda satisfecho con la sola enmienda externa y formal de la conducta delictiva: debe sanearse también la inmoralidad e injusticia que ha importado tal comisión. La voluntad inmoral debe ser sustituida por el justo deseo. Lo que se castiga no es sólo el acto voluntarioso que ha negado el derecho, sino lo malo y egoísta de dicha voluntad. La medida de la pena quedará sujeta a la extensión del injusto cometido, pero siempre considerando al criminal, para efectos de la aplicación punitiva, como un “menor” necesitado de corrección, hasta que se consiga efectivamente el arrepentimiento, con independencia de lo doloroso y desagradable que le pueda parecer al sujeto de voluntad pernicioso. No obstante, la pena no debe aplicarse únicamente por el fin inmoral de irrogar al delincuente un “mal por mal” o por mostrar superioridad de fuerzas.

---

<sup>151</sup> *Ibídem*, p. 34.

<sup>152</sup> *Ibídem*, pp. 36 y 37.

De estas teorías se critica su tendencia utópica y maximalista, orientando su pedagogía penal exclusivamente hacia el individuo, tomando como referencia un marco axiológico preestablecido y que no entra en cuestionamientos. Se reprocha también una aparente confusión entre derecho y moral; confusión entre el crimen particular y la injusticia general; y la imposibilidad de limitar proporcionalmente la pena y prefijarla en la ley.

Más allá de partir de la base de considerar al delincuente como un minusválido social, que necesita de la intervención paternalista del Estado, se critica al correccionalismo su impracticabilidad, pues empíricamente se ha demostrado que muchos criminales no requieren ser corregidos, otros no pueden, y a otros no será lícito tratar de reformarlos.

Asimismo, el correccionalismo sufre de iguales problemas que adolecen los programas de resocialización máximos, en el sentido que buscan una coincidencia entre la conducta externa del sujeto y su convicción interna.

Lo más difícil, no obstante, es justificar dicho rol del Estado: ¿Asiste a éste un derecho a resocializar, o es un deber? ¿Es probable conseguir efectivamente la enmienda a través de la pena?

Tanto la teoría de la resocialización como la teoría de la corrección presentan el obstáculo insalvable del consentimiento y cooperación del condenado; de lo contrario, se estaría autorizando un “lavado de cerebro” gravemente atentatorio para la dignidad humana.<sup>153</sup>

### **3) ¿Cuánta es la intervención permitida en los fines resocializadores?** **Resocialización y Homogeneización Cultural**

Una vez determinada la legitimidad de un programa resocializador, debemos preguntarnos por la intensidad de su aplicación. De acuerdo a esta cuestión, como ya adelantábamos, se distinguirán dos tipos de programas: programas de resocialización mínimos y programas de resocialización máximos.

---

<sup>153</sup> *Ibídem*, pp. 39-40.

La interrogante se suscita cuando debemos decidir si lo que se busca es una “apariencia externa” de sometimiento a la ley, o una efectiva suscripción a determinados valores sociales. En una primera mirada, la respuesta pareciera inclinarse por la segunda opción. Sin embargo, tenemos que repreguntarnos: ¿Es posible imponer coactivamente una determinada concepción de la vida en sociedad? ¿Es permisible tal mandato en una sociedad pluralista y democrática?

Es dable plantear la siguiente pregunta: ¿Resocializar no es acaso un acto de sometimiento, una imposición de ideas?

En ese sentido, ha surgido un frente crítico que ve en el ideal resocializador un posible atentado a la pluralidad democrática y a la dignidad humana. Se habla de la estrecha relación existente entre resocialización y el Principio de Humanidad (o Dignidad), típico del Estado liberal y que recoge la máxima de KANT “el hombre es un fin en sí mismo”, y no puede ser mediatizado para otro fin.

El Principio de Autonomía Ética de la persona tiene un doble cariz: es un principio garantista, y a la vez fundante del Estado. A decir de BUSTOS<sup>154</sup>, se genera una dicotomía, pues este reconocimiento de la autonomía ética de la persona, al mismo tiempo va deslegitimando progresivamente la intervención del Estado.

En la misma línea, ZAFFARONI<sup>155</sup> señala que el poder punitivo siempre limita la libertad de los ciudadanos, y en ese sentido, contiene en sí mismo la semilla de la destrucción de los límites que él mismo traza.

Superados los cuestionamientos señalados respecto de los programas resocializadores, surge la pregunta básica ¿Sobre la base de qué sociedad se va a resocializar al delincuente?<sup>156</sup>

En una sociedad diversa, donde falta la base unitaria y la comunidad de intereses y metas necesarias, ¿A qué normas de todas las vigentes en una sociedad debe atenderse?<sup>157</sup>

---

<sup>154</sup> Citado por RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.), en “Política Criminal y Sistema Penal viejas y Nuevas Racionalidades Punitivas”, Edit. *Anthropos*, Barcelona, 2005, p.302.

<sup>155</sup> Citado por RIVERA BEIRAS, *Ibidem*.

<sup>156</sup> SANZ MULAS, Nieves, *Op. Cit.*, pp 190 a 194.



En el resocializar hay implícito un proceso lógico de saber sobre la base de qué valores, sobre qué modelo debe estructurarse el tratamiento. En una sociedad pluralista donde no hay una base unitaria de intereses comunes, difícilmente podrá conocerse el modelo a seguir. En caso que se consiga, ¿Resocializar no constituiría una imposición indebida? GARCÍA VALDÉS<sup>158</sup> señala en ese sentido que resocializar no significa que el sujeto haga suyos los valores de una sociedad, que puede repudiar, sino sólo que continúe su vida sin cometer nuevos delitos. Es decir, en una sociedad democrática, se ve como saludable la posible dialéctica entre el Estado y sus gobernados. El libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación, la libertad de conciencia y las creencias íntimas son piedras basales del Estado de Derecho. Entonces, de acuerdo a este diálogo, debiera darse una síntesis entre el ente criminógeno gestor del programa de resocialización y la ciudadanía, que posibilitara una única fórmula.<sup>159</sup>

Sin embargo, siguiendo lo señalado por BUSTOS y ZAFFARONI, la ideología resocializadora entraña una tendencia a superar límites de intervención estatal inadmisibles. Se tiende a buscar la resocialización a costa de la dignidad del individuo, propugnando condenas de duración indeterminada, excesivas intromisiones en la personalidad e incluso sanciones aberrantes, como el lavado de cerebro, lobotomía o castración química, que pretenden imponerse contra la voluntad del afectado. Una persona no puede adecuarse a la visión de mundo de otras.<sup>160</sup> El derecho penal, al menos desde una perspectiva liberal<sup>161</sup>, no puede entrometerse en las conciencias de las personas.

---

<sup>157</sup> Desde otras áreas del saber, el biólogo MATURANA nos señala "...sin aceptación mutua no puede haber coincidencia en los deseos, y sin coincidencia en los deseos no hay armonía en la convivencia ni en la acción ni en la razón, y por lo tanto, no hay libertad social...", en: MATURANA ROMESÍN, Humberto, "Emociones y Lenguaje en Educación y Política", Edics. Dolmen, Santiago, 1997.

<sup>158</sup> GARCÍA VALDÉS, Carlos, "Comentarios a la Ley General Penitenciaria", Edit. *Civitas*, Madrid, 1980, p. 156 y ss.

<sup>159</sup> SANZ MULAS, Nieves, *Op. Cit.*, p. 194.

<sup>160</sup> SÁENZ ROJAS, Mario, "El Discurso Resocializador: Hacia una Nueva Propuesta para el Sistema Penitenciario", en: *Revista de Ciencias Sociales Universidad de Costa Rica*, N° 115, 125-136/ 2007.

<sup>161</sup> MIR PUIG va más allá señalando que cualquier estado social y democrático deberá propender a limitar su intromisión. En: MIR PUIG, *Op. Cit.*, p. 146.

Esto, por principio, es contrario a una sociedad pluralista y democrática, en donde pueden coexistir diferentes valores. La ley penal no puede reducirse a tratar al delincuente como un mero objeto a adaptar, sino que debe considerársele como lo que es, un sujeto libre-pensante, sin cuyo consentimiento no puede llevarse a cabo su tratamiento. De lo contrario, se estarían transgrediendo sus derechos fundamentales.<sup>162</sup>

A la pregunta de qué grado de intervención punitiva es adecuada, MUÑOZ CONDE responde que el mero respeto a la legalidad penal y la resocialización funcionan coherentemente dentro de la estructura del sistema penal; la norma penal contiene una expectativa de conducta legalmente determinada, que al frustrarse, y siempre que se cumplan determinadas condiciones, permitirá la aplicación de una pena.<sup>163</sup> Tendría coherencia sistemática entonces, el inclinarse por un programa resocializador de mínima intervención.

Por otro lado, los críticos de los programas mínimos, agregan que el derecho penal no puede conformarse con el mero miedo a la pena ni tampoco puede conformarse formalmente con un comportamiento externo apegado a la ley, pues sólo una actitud valorativa permitirá la estabilidad de las normas.<sup>164</sup>

Esto no significa que los programas máximos estén libres de críticas. Todo programa resocializador requiere de un modelo de referencia, que sea el “recto camino” por el que han de conducirse los ciudadanos de bien. En la sociedad actual, no obstante, no podemos definir ese patrón, ya que hay una coexistencia de concepciones, ideologías, estilos, estéticas e incluso, según algunos, de culturas, que impiden enarbolar un modelo unitario, congruente y totalizador.

Surge como alternativa a los programas máximos y mínimos lo que la doctrina ha dado en llamar “las terceras vías y las fórmulas de compromiso”.

---

<sup>162</sup> SANZ MULAS, Nieves, *Op. Cit.*, p. 193.

<sup>163</sup> Citado por GARCÍA PABLOS, *ibidem*, pp. 42-43.

<sup>164</sup> *Ibidem*, p. 44.

Dentro de éstas, se encuentra la “pedagogía de la autodeterminación”, sostenida por ESER, para quien la resocialización deber ser una “oferta al recluso de caminos y metas existentes en una sociedad heterogénea y plural, para que él mismo decida.”<sup>165</sup> Así es como se busca que el penado interiorice de “buena manera” la norma moral.

HAFFKE señala algo parecido; para él un programa resocializador debe estar desprovisto de contenido valorativo. Todo programa busca, a través de una “terapia social emancipadora”, dar al penado condiciones que le ayuden a superar los problemas derivados de su contexto social, pero siempre teniendo en vista su autodeterminación.<sup>166</sup>

Lo que se critica de la “autodeterminación” buscada por ESER y HAFFKE, es la imposibilidad de pretender generar un proceso pedagógico sin recurrir a un modelo de contenido concreto y determinado. Por muy suave y sedosa que parezca la cuerda, toda “terapia emancipadora” o “pedagogía autodeterminista” termina siendo igualmente un lazo de ganado.<sup>167</sup>

No obstante, la crítica mayor que se la hace a las “terceras vías” desde una visión marxista o neomarxista, es la falta de contenido (“revolucionario”) de ellas. HAFFKE reconoce el poco alcance político de su postura, y señala que con su programa no se busca eliminar las desigualdades sociales objetivas que el sistema penal reproduce, sino, en el mejor de los casos, dejar en evidencia “la disfuncionalidad del sistema y la amarga realidad de una sociedad clasista, insolidaria y agresiva”<sup>168</sup>, con el objeto de poner coto a la emancipación del “entusiasmo rehabilitador”, evitándose el resentimiento, la evasión o resignación que genera esa tendencia expansiva. MUÑOZ CONDE, partiendo de una fuerte crítica a la propia institución carcelaria, señala la imposibilidad que exista un tratamiento rehabilitador que no caiga en la utopía o el engaño. Como única vía, propone tres tesis a seguir:

---

<sup>165</sup> *Ibidem*, p.47.

<sup>166</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>167</sup> *Ibidem*.

<sup>168</sup> Citado por GARCÍA PABLOS, *ibidem*, p. 48.

- 1° La última meta del sistema penal deber ser la abolición de la cárcel.
- 2° Esa abolición, de no mejorarse las condiciones sociales existentes, sería un mero gesto inútil y simbólico.
- 3° Por último, una estrategia adecuada en materia de resocialización, ha de hacerse cargo del debilitamiento del actual sistema represivo, y propender a un mayor resguardo de los intereses colectivos, sin pretender la trampa revolucionaria de renunciar a determinadas garantías “burguesas”, que han sabido contener y estructurar democráticamente el poder punitivo.

Según BARATTA<sup>169</sup>, superándose las condiciones sociales existentes, la verdadera reeducación del condenado debe propender a transformar una reacción individual e irracional en conciencia y acción política dentro del movimiento de clase.

#### **4) Relaciones entre el concepto de hombre y sociedad, y la función de la pena que subyace a todo programa resocializador**

Según GARCÍA PABLOS, cada postura que se asuma en torno al ideal resocializador dará como sustrato un fin o función del sistema penal de que se trata. Esto, no obstante, sólo confronta las teorías utilitaristas, pues recordemos que para la visión clásica retributiva la pena no es más que una venganza institucionalizada, un intercambio de un mal por mal: la resocialización será vista sólo como una forma de expiar el “pecado” que ha cometido el delincuente.

i) Desde una perspectiva preventivo especial negativa, se habla del hombre-delincuente como un sujeto que tiene adscrito en su ADN el gen criminal. Su principal exponente es la Escuela Positivista italiana, destacándose la labor del médico y criminalista italiano Cesare LOMBROSSO. Para esta postura, la resocialización es un mero eufemismo, puesto que la pena no cumple una labor sanadora verdaderamente, sino únicamente inocuizadora, de alejamiento del seno de la sociedad de los “enfermos peligrosos”. La escuela

---

<sup>169</sup> Citado por GARCÍA PABLOS, *ibidem* p. 49.

positiva, lisa y llanamente ve en el delincuente un enfermo social, peligroso y temible para la sociedad que requiere de la aplicación coactiva y heterónoma de un tratamiento, asumiendo el sujeto el costo de que la sociedad duerma tranquila; se pone el énfasis en la protección de la sociedad frente al atentado al orden social que implica el delito. Se habla entonces de la resocialización como una forma de aseguramiento de la sociedad.<sup>170</sup>

ii) La visión correccionalista de los programas resocializadores dan una perspectiva del delincuente como un “minusválido social”, un inválido, poseedor de una voluntad defectuosa y enfermiza, símil de un loco o un niño, que necesita del paternalismo estatal a efectos que corrija su comportamiento desviado. La pena es vista como una ayuda con una clara orientación pedagógica, pero conserva un matiz defensorista, en el sentido que se asume que es obligación del derecho penal enmendar al culpable, rehabilitarlo internamente, a objeto de mejorar y, consecuentemente, producir la “tutela social”. Bajo este prisma, la resocialización es vista como una utopía romántica y paternalista, y no principalmente como instrumento de defensa social.<sup>171</sup>

iii) Una tercera postura está dada por la tesis de la “Defensa Social”. Para este movimiento de política criminal, la pena se aplica al delincuente con el objeto que se produzca su resocialización, por tanto, no son admisibles las finalidades retributivas ni de venganza social como para los clásicos. El fin inmediato de toda política criminal es la resocialización del reo, que indirectamente, conseguiría la más eficiente lucha contra el crimen y consecuentemente, la defensa de toda la sociedad. Esta perspectiva se aleja totalmente del defensorismo antes descrito, haciendo primar la “realidad del delincuente”, antes que su peligrosidad o invalidez social.<sup>172</sup> Las tesis de la defensa social nueva, asumen como una realidad preexistente lo

---

<sup>170</sup> *Ibidem*, pp. 50 – 51.

<sup>171</sup> *Ibidem*, pp. 51 – 52.

<sup>172</sup> *Ibidem*, pp. 52 – 53.

criminógeno de la sociedad.<sup>173</sup> De acuerdo a ésta, la sociedad no es un paraíso incorrupto, sino, por el contrario, ella misma es la que produce y define la criminalidad; por tanto, la resocialización debe ir encaminada a poner fin a las condiciones que han originado el comportamiento antinómico.<sup>174</sup>

iv) Por último, desde una interpretación marxista, el delincuente es visto como una víctima de la sociedad capitalista. La resocialización no es vista más que como un mito o un engaño. Sólo un programa resocializador proveniente de una democracia popular podrá ir combatiendo las causas de la criminalidad en su base; sin embargo, el Estado no puede prescindir de la privación de libertad como un instrumento de concientización y educación social y como una forma de devolver al delincuente a la vida en sociedad. Todo programa deberá estar orientado a la adscripción de los valores socialistas; por tanto, sólo un programa resocializador máximo puede cumplir con los objetivos humanistas del Estado Social. Independiente de las críticas que puedan hacerse a esta postura ideológica, debe valorarse lo central de la función resocializadora y humanitaria que subyace a esta posición. Finalmente, esa es la meta evolutiva histórica de todo Estado de Derecho.<sup>175</sup>

### **Aportes de las Corrientes Críticas**

El análisis de la criminalidad suele centrarse únicamente en el individuo delincuente; no se atiende a ninguna causa externa metaindividual que haya podido influir en su condena o estigmatización penal. Actualmente, pensemos, por ejemplo, en la desigual distribución de la riqueza, en las diferencias abismantes entre la educación privada y la pública, el entorno social, cultural del delincuente, su pertenencia a minorías étnicas, etc. Estas teorías señalan que más que cambiar al delincuente, es preciso cambiar a la

---

<sup>173</sup> Como no recordar la tesis "*Homo homini lupus*" de Thomas Hobbes, en el siglo XVII.

<sup>174</sup> GARCÍA PABLOS, *Op. Cit.*, p. 54.

<sup>175</sup> *Ibidem*.

sociedad: ella es la que ha de ser resocializada.<sup>176</sup> Se habla de la sociología del conflicto, como la postura que viene a refrescar y sumar importantes elementos de juicio respecto al debate en torno al ideal resocializador. La Teoría del *Labelling Approach*, la escuela psicoanalítica y la criminología crítica se hacen importantes aportes al respecto.

En todas estas corrientes la culpa, o al menos la causa fundamental del delito, pertenece a la sociedad, por tanto ¿Qué legitimidad y poder de convicción puede tener una sociedad injusta para sancionar a un delincuente que ella misma ha generado y que necesita para satisfacer sus frustraciones?<sup>177</sup>

La teoría del etiquetamiento señala que la criminalidad no es intrínseca al delincuente, sino que es producto del “etiquetamiento social” con que un ente criminalizador estigmatiza conductas en sí mismas neutras.

El psicoanálisis, a su vez, habla de la teoría del “chivo expiatorio”, donde el delincuente sería alguien en quien la sociedad proyecta sus culpas.

Desde una faz marxista, la criminología crítica señala que el derecho penal emana de la clase dominante, por lo que no es más que una forma más de defender los intereses de la esa clase.

Todas estas teorías críticas hacen hincapié que una sociedad injusta no puede pretender “resocializar” al delincuente. Algunos se preguntan cómo resocializar a un individuo en una sociedad que es en sí criminógena.

### **Objeciones Prácticas**

Desde un punto de vista práctico, se critica también el fracaso empírico que han tenido los programas de resocialización, los índices de reincidencia y la innecesariedad de aplicar una pena en ciertos casos. Se habla también de la paradoja de pretender educar para la libertad, precisamente privando de ella. Por otro lado, se habla de la “subcultura carcelaria”, que se

---

<sup>176</sup> MIG PUIG, Santiago, “El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho”, Edit. Ariel, España, 1994, ¿Qué queda en pie de la Resocialización?”, p. 141 a 157.

<sup>177</sup> *Ibidem*, p. 145.

caracteriza por valores y normas opuestos a la actitud de colaboración que debiera imperar para conseguir el fin resocializador.<sup>178</sup>

Sin embargo, partiendo de la base de las desigualdades sociales existentes que gravan a la clase a la que pertenecen la mayoría de los delincuentes, la resocialización debe traducirse en una “oferta” de medios al penado, de carácter asistencial y material, que le haga más fácil un futuro lejos de la delincuencia. Para SANZ, el tratamiento es un “derecho del penado”, por tanto, no puede llevarse a cabo sin su consentimiento; hacerlo se opondría al derecho a la autodeterminación, tratarlo como decía MUÑOZ CONDE, como un “conejiillo de Indias”.

Además, deben ofrecerse alternativas a las penas privativas de libertad, pues éstas deben aplicarse sólo cuando sean inevitables; y en caso de aplicarse, debe haber una ejecución humana que respete la dignidad del recluso y que intente paliar la frecuente “desocialización carcelaria”.<sup>179</sup>

Por último, MIR PUIG expone al igual que ROXIN, que el derecho penal y su intervención se justificarían en la necesidad de protección de determinados bienes jurídicos, esto es, para la prevención general, y no sólo para resocializar. La prisión y la resocialización, no son sólo una cura para el enfermo social, sino que son una forma de responder a la necesidad de protección social que tiene una sociedad. MIR PUIG, en este sentido, llama a terminar con el eufemismo de la resocialización como “un favor” que se le hace al condenado, ya que en todo caso, “Lo único que puede justificar la resocialización es la ayuda que el penado admita voluntariamente para su ulterior reinserción social”.<sup>180</sup> Habla incluso de la resocialización como una “oferta al sujeto”<sup>181</sup>; siempre habrá de procurarse la mínima intervención en los ciudadanos. Precisamente, desde un prisma liberal, se teme una “invasión estatal” en las esferas individuales y por eso nace el derecho penal, para limitar el *ius puniendi* estatal.

---

<sup>178</sup> MIR PUIG, Santiago, *op. cit.*, p. 144.

<sup>179</sup> *Ibidem*, pp. 146-147.

<sup>180</sup> *Ibidem*, p. 149.

<sup>181</sup> *Ibidem*, p. 147.



Como una de las garantías que limitan el ius puniendi surge la idea que el derecho penal puede entonces sancionar sólo por la conducta cometida (Derecho Penal del o por Hecho), sin atender a la personalidad o forma de ser del que la ejecuta (Derecho Penal de Autor).

Sin embargo, ello plantea una nueva interrogante, puesto que la función de resocialización es básicamente una medida que se aplica a un individuo concreto y no puede sino consistir en un tratamiento personalizado. Por tanto, bajo un prisma liberal, sólo será admisible aquel programa de resocialización que consista en una mínima intervención, que esté sujeto a estrictos límites que impidan su tendencia expansiva.

### **De la Crítica de la Cárcel a la Crítica de la Resocialización**

Según MATHIESEN, estrategia del abolicionismo, “la cárcel es un fiasco, y los celebrados propósitos adoptados en la teoría de la pena no bastan para defenderla”.<sup>182</sup> La propia Fiscal Judicial de la Corte Suprema Mónica Maldonado señaló, a partir de los informes elaborados por Fiscales Judiciales regionales del Poder Judicial, que en las cárceles tradicionales del país “se observa un panorama inhumano, degradante y cruel hacia los internos (...) que el sistema carcelario está en crisis, y que Gendarmería y el Ministerio de Justicia son los llamados a hacerse cargo de esta realidad, el que, a su juicio, ha empeorado progresivamente en los últimos años.”<sup>183</sup>

Sin embargo, esta postura crítica frente a la cárcel no es algo reciente. Ya a fines del s. XVIII, desde que se consolida la pena privativa de libertad como meta clave de todos los sistemas penales, BECCARIA en su obra “De los Delitos y Penas”, 1764), planteaba las dificultades de la privación de libertad con miras a resocializar al delincuente, señalaba: “No es posible

---

<sup>182</sup> MATHIESEN, Thomas, “Juicio a la Prisión una evaluación crítica”, EDIAR, Buenos Aires, 2003, p., 59.

<sup>183</sup> EMOL Noticias. Viernes 5 de junio del año 1999, en <http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=361447>

reducir la turbulenta actividad de los hombres a un orden geométrico sin irregularidad y confusión”.<sup>184</sup>

GARCÍA PABLOS<sup>185</sup> señala que la causa de la prevalencia de la resocialización, reside en haberse transformado en un “lema político criminal”, definido en extrema oposición al retribucionismo clásico. Esto, sumado a su clara orientación humanitaria, hizo posible el éxito de la meta resocializadora, a pesar de su falta de contenido, o de una concepción unitaria de la misma. Sin embargo, en un corto período de tiempo, pasó de ser la alternativa de futuro del Derecho Penal clásico, a ser puesta constantemente en entredicho.<sup>186</sup>

A fines del s. XIX, se pretendió dejar atrás el antiguo derecho del castigo y de la represión, por un derecho orientado al tratamiento del delincuente. Nacen como críticas a la Escuela Clásica Retributiva la *Scuola Positiva Italiana*, una de las más radicales, que intentó reemplazar la pena por la medida de seguridad; poco a poco fue abriéndose paso la idea de reemplazar el castigo por el tratamiento, la cárcel por un centro terapéutico, las togas de los juristas por las batas blancas de los terapeutas.<sup>187</sup> Una segunda escuela está constituida por los correccionalistas españoles, quienes concibieron incluso el utópico “Derecho Protector de los Criminales”. No obstante, a pesar que la pena no fue sustituida, sí fueron atribuyéndosele fines relacionados con el tratamiento del delincuente. De este influjo, nacen instituciones como el *Derecho de menores*, la *condena condicional*, la *Probation* y la *Libertad Condicional*.

Progresivamente, a mediados del s. XX, en los países nórdicos y EE.UU., junto con la evolución de las ciencias sociales, comienza a hablarse de la “Ideología del Tratamiento”, que determina el contenido y duración de las penas privativas de libertad, e inclusive la sustitución de estas penas por otras medidas o “programas”.

---

<sup>184</sup> BECCARIA, Cesare, *Op. Cit.*, p. 108.

<sup>185</sup> GARCÍA PABLOS, *Op. Cit.*, pp. 55 y 56.

<sup>186</sup> SANZ MULAS, Nieves, *Op. Cit.*, pp. 188-189.

<sup>187</sup> MIR PUIG, Santiago, “El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho”, 1ª edición, Edit. Ariel S.A., Barcelona, junio 1994, pp. 141- 142.

En las décadas cincuenta y sesenta, junto al progreso de las ciencias sociales, comienza a hablarse de la “ideología del tratamiento”, se empieza a discutir el alcance y duración de las penas privativas de libertad, así en muchos casos comienzan a sustituirse las penas por medidas o “programas”. El término resocialización fue usándose con mayor frecuencia, pasando a reemplazar los de mejora, corrección o reeducación.

Sin embargo, en otra vuelta de tuerca, los 60 trajeron la crisis del ideal resocializador. En algunos países se “retrocede” y se renuncia al mismo. En otros, impulsores de la ideología del tratamiento, se optó por retroceder y simplemente renunciar a la resocialización.<sup>188</sup>

No obstante, a pesar de estar contestes respecto a las dificultades de sus justificación, no ha habido obstáculo para que siga aplicándose como principal meta inspiradora de los sistemas penitenciarios, claro que con la salvaguarda de haber sido influido por matices de otras teorías.<sup>189</sup>

Así es como, superado el optimismo inicial, progresivamente fueron surgiendo objeciones nacidas de la puesta en práctica de dichos ideales. Sin embargo, a pesar del descrédito en que ha caído la resocialización, igualmente se le reconoce a esta postura el aporte de nuevas vías no coactivas, así como también el haber reactivado la discusión en torno a la abolición de la pena privativa de libertad; la descriminalización de ciertas conductas y, en general, la minimalización del Derecho Penal.<sup>190</sup>

La sórdida historia de la prisión revela que ha sido un instrumento de vulneración sistemática de otros derechos fundamentales distintos de la libertad. Esta visión apocalíptica de la realidad de las prisiones, se basa en la noción de ella como una institución total deliberadamente dirigida a la sumisión y sometimiento del interno, en la que existe un absoluto desequilibrio entre las fuerzas que conviven, esto es, todo el aparato represor de castigo y de reeducación por un lado, y por otro, el individuo como sujeto receptor del dolor y de valores frecuentemente ajenos. Esto

---

<sup>188</sup> *Ibidem*, p. 142.

<sup>189</sup> *Ibidem*, 143.

<sup>190</sup> *Ibidem*, en general, en Europa se ha abolido algunas penas privativas de libertad cortas.

sumado a la importante distancia física entre el interno y los órganos de poder judicial, garantiza estos últimos de sus derechos. Esto nos obliga como sociedad democrática respetuosa de los Derechos Humanos, a establecer un marco mínimo infranqueable que sirva de patrimonio jurídico al preso, al mismo tiempo que sea un mandato para la administración<sup>191</sup>.

### **Situación post “fracaso” del Ideal Resocializador: los aportes de García Pablos y Baratta**

Una perspectiva crítica, obliga a desconfiar del aparente “neutralismo científico” y la estética humanitarista del concepto de resocialización, connotaciones ambas, que según hemos procurado revisar, más bien son meras divagaciones semánticas.

DE LA CUESTA, señala que ya hacer sinónimos los conceptos de resocialización y humanitarismo ha traído varios problemas. Esta “identificación optimista,” frecuentemente ha hecho bajar la guardia respecto de las garantías jurídicas mínimas al momento de ejecutarse la pena. Este paternalismo esquizofrénico, ha redundado en intervenciones coactivas manipuladoras y gravemente atentatorias de los derechos individuales de los internos. Ejemplos de esta práctica, han sido los programas de aislamiento, métodos psicoquirúrgicos, privación sensorial, condicionamientos de aversión, y hasta la práctica de experimentos con los internos, incluso sin pretensiones terapéuticas.<sup>192</sup> Por ello, las posturas más críticas hablan del dañoso “mito” resocializador, que se ha convertido en un filtro mágico ocultador de la realidad represiva que se vive al interior de los reclusorios. Esto ha facilitado supuestas intromisiones terapéuticas, pero que en la

---

<sup>191</sup> RIVERA BEIRAS, Iñaki (coordinador), “Cárcel y Derechos Humanos: un enfoque relativo a la defensa de los Derechos Fundamentales de los Reclusos”, J.M. Bosch editor S.A., Barcelona, 1992, pp. 8-12.

<sup>192</sup> DE LA CUESTA A., J.L., *Op. Cit.*, p. 11.

praxis, son meras muestras de *vendetta* colectiva<sup>193</sup>, que sólo acarrear mayores transgresiones a los derechos humanos de los penados.<sup>194</sup>

Como ya decíamos, el principal obstáculo de la resocialización ha consistido en la voluntariedad al momento de someterse a un tratamiento, lo que precisamente en el submundo penitenciario, viene a ser una dicotomía insalvable, dada la fuerte restricción a la autonomía individual, que caracteriza al encierro carcelario.<sup>195</sup>

Según DURÁN, lo que ha cambiado no es el fin de las penas privativas de libertad, sino el enfoque que se le da a su función (resocializadora). Esto es, se recalca sobre su imposición heterónoma, su función orientadora de naturaleza garantística al momento de ejecutar la pena<sup>196</sup>. Ésta ha de servir como un criterio orientador, un punto de partida en el que principie la concreción de la autorrealización o autodesarrollo libre del sujeto, o al menos la remoción de los obstáculos penitenciarios que impidan al individuo su socialización.

Los autores reconocen la pérdida de una batalla, pero no de la guerra en contra de la criminalidad. En este frente, se ubican aquellos que, ante la imposibilidad de encontrar “algo más efectivo” que el tratamiento consistente en una pena privativa de libertad, buscan ya no la abolición del ideal resocializador como meta de las penas, sino que se reconozca y asuma la situación deshumanizada e indigna en que se ejecutan las mismas, planteando soluciones prácticas al respecto. A ello apunta la “humanización” de las penas privativas de libertad.<sup>197</sup>

No obstante, DE LA CUESTA rescata la resocialización como un principio informador del régimen penal, pues no reconocerlo, asumir el fracaso del

---

<sup>193</sup> A este fin parecen apuntar las últimas modificaciones a la pena de presidio perpetuo efectivo, que más que servirle al delincuente, sirven al cuerpo social, para acallar su sed de venganza, negándole en la práctica toda posibilidad efectiva de enmienda.

<sup>194</sup> *Ibidem.*

<sup>195</sup> *Ibidem.*

<sup>196</sup> DURÁN MIGLIARDI, M., *Op. Cit.*, p. 70.

<sup>197</sup> CFR: “Resocialización o Control Social” por un Concepto Crítico de “Reintegración Social” del Condenado. Ponencia Presentada en el Seminario “Criminología Crítica y Sistema Penal”, Organizado por Comisión Andina Juristas y la Comisión Episcopal de Acción Social, en Lima, del 17 al 21 de septiembre de 1990, BARATTA, Alessandro, en: <http://www.inau.gub.uy/biblioteca/Resocializacion.pdf>

“mito” y abandonar la resocialización como meta de la privación de libertad traería muchas más consecuencias negativas en la vida penitenciaria, que el mantener dicha finalidad. La resocialización como principio, constituiría una “idea fuerza”, una especie de mito necesario a un modelo o ideología social, como lo es la justicia, la libertad, la democracia, la solidaridad o la belleza.<sup>198</sup>

En relación con su fracaso empírico, GARRIDO Y REDONDO señalan que, a pesar de ser muy difícil la posibilidad de que un delincuente se integre en la sociedad, no son pocas las experiencias que demuestran lo contrario. Es el caso de la institución de la *Probation*, algo parecido a nuestra Suspensión Condicional de la pena, por ejemplo.<sup>199</sup>

La humanización de las penas trae consigo una toma de conciencia a partir del diagnóstico crítico de la realidad, reconociendo las falencias del sistema. Sin embargo, no se hace desde una visión apocalíptica, sino desde un punto de vista pragmático, lejano a cualquier dogmatismo de aula. Se proponen una serie de medidas que tienen por objeto re-dignificar y aumentar las posibilidades efectivas de encontrar tan preciado afán en condiciones de encierro.

### **La tesis de García Pablos<sup>200</sup>**

El autor identifica cuatro problemas, y subsiguientemente aporta soluciones al respecto:

1° La resocialización no puede ser vista como un problema perteneciente a la fase de ejecución (humanitaria) de la pena, ya que ello llevaría a una acriticidad respecto de la misma, desmerecería los fines instrumentales que se asocian a la pena misma, las funciones adscritas a ella, dependiendo del modelo social ante el que estemos en presencia. Debe desconfiarse de esa neutralidad, pues llevaría a consolidar ciegamente el *status quo*, con

---

<sup>198</sup> *Ibidem.*

<sup>199</sup> Citado por DE LA CUESTA, *Op. Cit.*, P. 13.

<sup>200</sup> GARCÍA PABLOS, *Op. Cit.*, pp. 88 – 96.

prescindencia de la legitimación o justificación de la pena, y de sus efectos estigmatizantes y destructivos.

2° Respecto a los programas resocializadores máximos, y su función pedagógico-moralizante, se inclina por su total inadmisibilidad, sean éstos enarbolados como estandartes de una determinada moral, o bien en aras del humanismo benefactor. Resocializar supone una dialéctica entre el individuo y la sociedad que lo rodea, no puede ser, como ya señalábamos, un acto unilateral, ni del individuo ni de la sociedad. Aquello conllevaría una imposición y no la autodeterminación del individuo.

3° La mayor parte de los que sostienen la prevalencia de la resocialización, se concentran en una amplia crítica al retribucionismo. Como decíamos, lo único preciso del concepto de resocialización, es la abierta crítica a las teorías absolutas de la pena. Esto ha implicado, que determinados sectores de límites difusos se arroguen un supuesto progresismo, interpretando y atribuyéndose una mayor evidencia empírica para hablar del tema. Históricamente, la retribución nace con el Estado Liberal, por tanto, arrogarse la voz de la verdad empírica aún es imposible, pues no ha habido una experiencia pura que indique un irrestricto respeto a los derechos individuales ganados por el Estado “Burgués”, especialmente respecto a la esfera de la autonomía. Todas las experiencias apuntadas han entrado en conflicto con la característica definitoria “liberal” de dichos modelos autodenominados progresistas.

4° Respecto a la crítica que se hace a la resocialización, en relación a su inutilidad, puesto que la sociedad es en sí misma criminógena -lo que se sintetiza en la máxima: “a quien hay que resocializar es a la sociedad, no al delincuente”- GARCÍA PABLOS, se opone a cualquier programa resocializador que no se centre en el estudio particular del individuo. Si bien reconoce que las posturas ligadas al retribucionismo se caracterizan por su postura acrítica, las corrientes críticas provenientes de las ciencias sociales, atribuyen a la sociedad la causa de la criminalidad, tienden a caer en una crítica puramente destructiva, escasa de aportes o soluciones al respecto.

Señala, que no debemos olvidar que el crimen no es propiedad de una clase o estrato socioeconómico determinado, no pertenece a la “otredad”, sino que es transversal a éstos; por tanto, cualquier esfuerzo debe ir encaminado al control del delito bajo márgenes razonables, y no debe pretender la utopía *naïf* de la abolición total del crimen.

En el sentido pragmático, el autor no ve la imposibilidad del binomio pena- tratamiento, sino todo lo contrario, sostiene que no puede renunciarse a la pena, en su función preventivo general, ni tampoco al tratamiento, ya que a su juicio, en algunos tipos de delitos, ha producido resultados positivos. Según él, una política criminal adecuada debe considerar “...los datos que suministren las ciencias empíricas, y discriminando, prudentemente, los muy distintos tipos de autor y delitos...”<sup>201</sup> Debe morigerarse la polaridad facilista entre una tesis y otra, tanto la prevención general -con su reguero de terror- y la prevención especial, que transforma a la pena en un método de higiene social.

En todo caso, el derecho penal siempre llegara tarde en el combate del delito, por ello a su entender lo óptimo, es lo que señalaba RADBRUCH: “no hay que buscar un mejor Derecho Penal, sino algo mejor que el Derecho Penal”.

Toda política criminal debe analizar el delito como un fenómeno normal, connatural a toda sociedad, que debe ser tolerado bajo márgenes razonables.

Deben preverse los efectos en la criminalidad que tienen las estructuras sociales injustas, por tanto, debe haber políticas sociales y económicas, que efectivamente morigeren las desigualdades e injusticias sociales. No puede pretenderse únicamente a través del castigo corregir a la sociedad toda, cuna y origen de todo antisocial. Pretender únicamente a través de la aplicación de una sanción punitiva aplicada al individuo “sanar” el comportamiento desviado, “es una estrategia “parcial”, “tardía” o “ineficaz.”

---

<sup>201</sup> *Ibidem*, p.91.



## Los diez puntos de Baratta<sup>202</sup>

El gran maestro Alessandro BARATTA, principia su crítica al modelo resocializador, asumiendo que la minimalización del derecho penal es una meta a alcanzar progresivamente, y desde un punto de vista práctico, identifica las principales problemáticas de la aplicación de los programas de resocialización, y entrega respuestas a dichos cuestionamientos.

Señala que la emergencia del terrorismo, y las contrarreformas llevadas a cabo con fines político-criminales, han desnaturalizado varias de las reformas que habían significado avances en materia penitenciaria. Indica como ejemplo las reformas de los años 70', en Italia y Alemania Occidental.

Progresivamente, la evidencia empírica llevó a renunciar a los fines de resocialización, y por el contrario, a reafirmar la función de la cárcel, en donde ésta es vista como un depósito de individuos aislados del resto de la sociedad, de manera de neutralizar su potencial capacidad dañosa. A esto se llama "inocuidación". Entonces, se pasó de la prevención especial positiva hacia la prevención especial negativa.

Científicamente, no se puede rebatir el hecho de que la cárcel sea un sufrimiento sólo impuesto como castigo, pues no represente en lo absoluto una posibilidad de reintegrarse a la sociedad.

Entonces se origina el movimiento "Neo-prevencionista" o nueva ideología del tratamiento, que tiene por objeto cesar el avance de los movimientos neorretributivos o neoclásicos de la función penal.

BARATTA pretende mantenerse al margen de ambos polos, señalando la legitimidad del objetivo reintegrador social, con la salvedad que éste no puede alcanzarse a través de la cárcel. Por tanto, partiendo de la base de las condiciones infrahumanas en que se ejecutan las penas privativas de

---

<sup>202</sup> BARATTA, Alessandro, "Resocialización o Control Social" por un Concepto Crítico de "Reintegración Social" del Condenado," Ponencia Presentada en el Seminario Criminología Crítica y Sistema Penal, Organizado por Comisión Andina Juristas y la Comisión Episcopal de Acción Social, en Lima, del 17 al 21 de Septiembre de 1990, disponible en: <http://www.inau.gub.uy/biblioteca/Resocializacion.pdf>

libertad, debe lucharse por mejorar el entorno carcelario, las condiciones en que se cumplen las penas privativas de libertad: la mejor cárcel es la que no se construye. Ninguna cárcel es buena para cumplir los propósitos resocializadores, pero hay unas mejores que otras. BARATTA cree firmemente en el abolicionismo como meta última, sin embargo asume que a corto y mediano plazo deben tomarse las medidas necesarias que propendan al reduccionismo, controlando así la inflación penitenciaria. Para esta finalidad, este autor señala 10 puntos en los cuales debe basarse toda política en este sentido.

1.- Debe romperse con la asimetría existente entre programas para detenidos y ex-detenidos. Deben realizarse programas coherentes entre sí, que no sólo brinden reales posibilidades de reinserción durante el cumplimiento penitenciario, sino que debe continuarse con los mismos esfuerzos en la fase postpenitenciaria. Para ello debe incorporarse a la familia, a la comunidad completa.

2.- Despatologizar la imagen del delincuente. Se debe abandonar toda raigambre positiva respecto a la persona del delincuente, debe partirse de la base que no existen detenidos con características específicas a priori. La única característica común de todos los detenidos es precisamente dicha condición.

3.- Deben objetivarse los criterios utilizados en la concesión de beneficios penitenciarios, y en la aplicación de medidas disciplinarias. Los criterios de grado de resocialización o de peligrosidad deben dejarse de lado, y optarse criterios específicos, judiciables y objetivables para la progresión de los distintos niveles de rigor disciplinario, y concesión de beneficios. Este tipo de medidas, sólo pueden ser adoptadas por un juez específicamente dedicado a la ejecución y vigilancia de las penas.

4.- Debe agruparse, segmentarse y diferenciarse los programas de reinserción, con total independencia de las clasificaciones tradicionales de raigambre positivista. Para esto, los criterios de selección y de reagrupación deben guiarse por cuatro objetivos:

i) Fomentar la interacción entre el detenido y su entorno social y familiar.

ii) Reducir las asimetrías o diferencias de poder entre los detenidos, considerando la fuerza relativa a su entorno social, y su vulnerabilidad física y psíquica.

iii) Mejorar el clima relacional al interior de los penales, generando espacios de solución colectiva de conflictos y problemas que prevengan soluciones violentas y autodestructivas.

iv) Posibilidad de diferenciar entre los distintos programas y servicios penitenciarios, considerando una individualización del tratamiento penitenciario.

5.- Aplicación indiferenciada de los programas a toda la población de reclusos, sin distinción entre condenados y detenidos en espera de juicio. Sólo deberá diferenciarse entre las necesidades y las demandas de cada grupo de reclusos.

6.- Coherencia lógica de las fases penitenciaria y post penitenciaria. Esta continuidad estructural permitirá una apertura recíproca e interacción entre el mundo carcelario y el social. De esta manera, se superan los escollos estructurales entre los roles.

7.- Horizontalidad de los roles al interior del mundo carcelario. Debe valorarse la personalidad y demanda del usuario, así como las asimetrías de poder y de iniciativa que caracterizan la relación entre operadores y usuarios. Deben promoverse relaciones simétricas de roles entre personas y no entre sujetos portadores de roles simétricos.

8.- Fomentar la interdependencia y rotación de roles al interior de la cárcel. Debe darse preponderancia al principio de simetría relacional entre usuarios y operadores, pues esto beneficia no solamente a los reclusos, sino también a los operadores.

9.- Considerar el diagnóstico criminal como integrante de la complejidad del universo social. Todos estudio de la cuestión criminal debe hacerse cargo de la corresponsabilidad social en éste. Fomentando en el recluso una conciencia social, de clase, que se sitúe en su rol dentro del sistema social. Debe superarse la violencia individual que subyace al delito, considerando que éste es una expresión de la violencia estructural de la sociedad. Sólo así podrá superarse la violencia institucional carcelaria, y lograr la emancipación y el progreso de la sociedad.

10.- Propender, en general, a la destecnificación de la cuestión carcelaria, terminando con las asimetrías entre los roles al interior del mundo carcelario. Ello implica la valoración de la profesionalidad no solo en un nivel técnico, sino también de la conciencia profesional y civil respecto de la cuestión carcelaria.

Quizás el principal logro de BARATTA es darnos un prisma distinto de la problemática ligada al afán resocializador. Al igual que lo que ha ocurrido con la medicina occidental, el enfermo endosa su sanación al médico, transformándose en un ente completamente pasivo frente al tratamiento. En materia penitenciaria, la sociedad toda no puede endosar la “cura resocializadora” al sistema penitenciario, a decir del maestro “el lugar de la solución del problema carcelario es toda la sociedad”<sup>203</sup>.

---

<sup>203</sup> *Ibidem.*

## **CAPITULO IV**

### **CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LA LIBERTAD CONDICIONAL**

#### **1.- CONCEPTO**

Si partimos de un Estado Social y Democrático de Derecho como Estado paradigma, la actividad punitiva debe interpretarse considerándose odiosa cualquier restricción de la libertad; por tanto, solo cabría limitar la libertad de los individuos en pos de la tutela de las propias libertades de los demás ciudadanos. El derecho penal debe, lógicamente, aparecer como un instrumento apto para alcanzar tal finalidad.<sup>204</sup> Su meta estriba en reducir al máximo posible la violencia social informal, manteniendo la realización máxima de las garantías individuales y legitimándose a medida de que se aproxima a este ideal. Su objetivo, en definitiva, no es otro que el de su propia minimalización, porque la función principal del sistema punitivo en un modelo de Estado donde la libertad se alza como el valor primordial es, sin lugar a dudas, garantizar la máxima dosis de ésta con el mínimo de injerencias.

En este marco conceptual, la libertad condicional es una institución de derecho penitenciario que permite que determinados condenados, cumpliendo los demás requisitos legales, puedan cumplir la pena privativa de libertad a la que han sido sometidos fuera de la cárcel, cumpliendo con determinadas condiciones y con ciertas restricciones.

La libertad condicional no extingue ni modifica la duración de la pena, sino que solo da la posibilidad de cumplirla en libertad, libertad por cierto no absoluta, sino limitada a las obligaciones que establece la ley. El Estado da

---

<sup>204</sup> CARBONELL MATEU, J.C., Derecho Penal: concepto y principios constitucionales, 2º edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p. 192.

su confianza a quien ya está a punto de terminar su condena y quiere volver a ser parte de la sociedad.<sup>205</sup>

Sin embargo, la libertad condicional no constituye un perdón o una gracia, como el indulto o la amnistía, tampoco es un derecho, puesto que no cabe recurso alguno en caso de denegación. En los decretos reglamentarios en donde se regula se habla de “medio de prueba”,<sup>206</sup> “recompensa”,<sup>207</sup> o “beneficio”<sup>208</sup> por tanto valga decir por ahora que es un beneficio legal.

La persona privada de libertad en algún momento debe reintegrarse a la sociedad, lo que se hace más difícil mientras más tiempo haya durado su encierro. Aquí es donde se ve la inconsistencia del sistema, que pretende resocializar al condenado, alejándolo el mayor tiempo posible de la comunidad.<sup>209</sup>

## 2.- NATURALEZA JURIDICA DE LA LIBERTAD CONDICIONAL

La determinación de la naturaleza jurídica de la libertad condicional ha dado lugar a numerosas y encontradas teorías.

Algunos autores estiman que la libertad condicional es un derecho que tiene el condenado una vez cumplidos ciertos requisitos. Otros, afirman que es una gracia o beneficio concedido soberanamente al penado por la autoridad correspondiente. Una tercera teoría establece que es una medida penitenciaria de excepción. Hay, por último, algunos que le han dado el carácter de recompensa<sup>210</sup>.

### 1) La libertad condicional es un derecho

---

<sup>205</sup> LUDEÑA BENÍTEZ, Óscar Daniel. “Breve Estudio sobre la Libertad Condicional: Teoría y Práctica”. En: <http://noticias.juridicas.com>, febrero 2002.

<sup>206</sup> D.L. N° 321. D.O. 10.03.1925. Artículo 1°.

<sup>207</sup> D.S. N° 2.442. d.o. 30.10.1926. Artículo 2°.

<sup>208</sup> *Op. Cit.* Art 15°..

<sup>209</sup> STIPPEL, Jörg Alfred. *Las Cárceles y la Búsqueda una Política Criminal para Chile; Un Estudio acerca del Acceso a la Justicia, la Violación de Derechos y el Nuevo Proceso Penal*; Editorial LOM; 2006; Santiago, Chile, p.98.

<sup>210</sup> FUENTES Aguilera, Roberto, y Vallejos Orellana, Rafael. *Op. Cit.*, p. 22.

Autores tales como Fermín GARRICOITS, Vincenzo MANZINI, Jerónimo MONTES y otros, sostienen que la libertad condicional es esencialmente un derecho que puede invocar el penado cuando ha cumplido en su integridad los requisitos impuestos por la legislación. Afirman que la eficacia de esta concepción radica en que es el mismo penado quien ha de lograr su libertad si cumple con los requisitos exigidos, trayendo de esta forma una enmienda real y positiva. Por otra parte, el penado adquiere seguridad de que cumpliendo los requisitos obtendrá su libertad. La libertad condicional obraría como un estímulo para conseguir la regeneración y rehabilitación del recluso.

Quienes critican esta teoría sostienen que si se admitiera que la libertad condicional es un derecho, se estaría consagrando un sistema legal para acortar las penas privativas de libertad, aún cuando no se acredite que el sentenciado se encuentre suficientemente rehabilitado. Quienes pretenden que la libertad condicional es un derecho, incurren en una contradicción formal; en efecto, “si se concluye que hipotéticamente la libertad condicional es un derecho, ¿A qué autoridad debe demandarse el reconocimiento de semejante derecho? Jurídicamente, concluimos que debería ser solicitada al mismo tribunal que dictó la sentencia condenatoria, porque si el procedimiento se siguiera ante la autoridad administrativa como lo pretende la mayoría de los autores antes mencionados, obviamente deberíamos inferir que al reconocerle esta última, en definitiva la libertad condicional sería un beneficio que concede el poder político.”<sup>211</sup>

## 2) La libertad condicional es una gracia o beneficio

Luis JIMENEZ DE ASUA, René GARRAUD, Franz VON LISZT, Federico de CORDOVA y otros, estiman que el acto de conceder la libertad condicional a un recluso es una gracia que le otorga soberanamente la autoridad.

---

<sup>211</sup> POTTSTOCK, Edmundo. “Naturaleza Jurídica de la Libertad Condicional”. Revista Chilena de Ciencia Penitenciaria y de Derecho Penal. N°9, tomo XV, 1962.

Para JIMENEZ DE ASUA, la libertad condicional es “el hecho de poner en libertad anticipadamente otorgado por la autoridad administrativa, a los condenados a una pena privativa de libertad<sup>212</sup>”.

VON LISZT considera que esta institución es una gracia que la autoridad otorga al recluso, pues estima que los condenados a una pena temporal de larga duración pueden ser liberados provisionalmente con el consentimiento de ella.<sup>213</sup>

Quienes critican esta teoría, afirman que la gracia es sólo una facultad del poder político que deroga la justicia. La gracia está fuera del derecho, en cambio la libertad condicional es una institución jurídica.

MANZINI afirma que “la ciencia jurídica del acto de concepción de la libertad no es aquella de un acto de gracia, ya que la relación punitiva fijada por la sentencia de condena queda inalterada, y el beneficio de la libertad condicional, a diferencia de la gracia, es revocable<sup>214</sup>”. En otros términos, MANZINI considera que no por el hecho de quedar el sujeto en libertad, es absuelto. Por el contrario, esta se sigue cumpliendo pero en libertad, lo que no ocurriría si la libertad condicional fuera una gracia, ya que en este caso, el individuo quedaría totalmente absuelto. Por otra parte, si la libertad condicional fuera una gracia sería irrevocable, lo que no sucede en la realidad.

No obstante lo concluido por MANZINI, nada impide que un acto que sólo interrumpe los efectos de la sentencia o establezca otra modalidad de cumplimiento, sea considerado también un acto de liberalidad de la autoridad.

Por último, POTTSTOCK, refiriéndose a la naturaleza jurídica de la institución, considera que la libertad condicional no puede fundamentarse solamente en la discusión del poder político, ya que la autoridad administrativa no puede actuar según su absoluto criterio. Estima que “no obstante el ejercicio de la facultad discrecional del órgano administrativo que

---

<sup>212</sup> JIMENEZ DE ASUA, Luis, y ONECA, Antón. “Derecho Penal”. Tomo I. Editorial Reus S.A., Madrid, 1929. p. 600.

<sup>213</sup> VON LISZT, Franz. “Tratado de Derecho Penal”. Madrid, 1917. p. 232.

<sup>214</sup> MANZINI, Vincenzo. “Tratado de Derecho Penal”, Tomo IV. Bs. As., 1949, p. 129.



éste otorgue el beneficio de la libertad condicional al penado, sobre la base de que se cumplan determinados requisitos fundamentales:

- 1) La certeza de que el recluso no reincidirá en el delito porque se ha reformado.
- 2) La certeza de que la liberación del recluso no ofende la seguridad social.”

Concluye diciendo que la libertad condicional constituye un beneficio a favor del penado, pero no un beneficio visto desde su solo aspecto individual; tiene también otros objetivos trascendentes: lograr la rehabilitación del sujeto por una parte, y asegurarse que al otorgar la libertad definitiva, éste no representará un peligro para la sociedad<sup>215</sup>.

3) La libertad condicional es sólo una medida penitenciaria de excepción

Algunos autores estiman que la libertad condicional no es una concesión graciosa de la autoridad, ni un derecho establecido a favor del penado, sino que es una medida penitenciaria de excepción que se otorga por la autoridad penitenciaria al delincuente que reúna los requisitos legales y del cual se puede presumir su rehabilitación y enmienda.

Eugenio CUELLO CALON resume este pensamiento cuando indica que “la libertad condicional, es el último momento del tratamiento penitenciario, en particular del régimen penitenciario progresivo. Cuando el penado aparece reformado, la pena ya no tiene para él finalidad alguna y debe ser puesto en libertad. Es, en realidad, un período de transición entre la prisión y la vida libre; período intermedio absolutamente necesario para que el penado se habitúe a las condiciones de la vida exterior, vigorice su capacidad de resistencia a sus atractivos y sugerencias peligrosas y quede

---

<sup>215</sup> POTTSTOCK, Edmundo. *Op. Cit.*, p. 43.

reincorporado de un modo estable y definitivo a la comunidad, este es su verdadero carácter<sup>216</sup>.

Para este autor, carece de trascendencia la discusión en torno a si la libertad condicional es un derecho o una gracia. Afirma que, siendo la libertad condicional un medio para ensayar y comprobar la presunta enmienda del penado, sirviendo de etapa transitoria entre la prisión y la libertad plena, es por ello una medida de carácter penitenciario, corolario lógico del sistema progresivo. "Es un instrumento de que puede disponer la autoridad encargada de su concesión, cuando los antecedentes del condenado hagan suponer su enmienda<sup>217</sup>".

Quienes critican esta teoría afirman que "Decir que la libertad condicional es simplemente una medida penitenciaria de excepción significa dejar sin solución jurídica el problema que nos hemos planteado. Efectivamente, llegaríamos a idéntica conclusión aún cuando aceptáramos en definitiva cualquiera de las dos posiciones antagónicas antes reseñadas. Formalmente, la libertad condicional es inobjetablemente una medida penitenciaria. ¿Pero cuál es su esencia jurídica? Esta interrogante queda sin respuesta en la posición de Cuello Calón y los demás autores mencionados<sup>218</sup>".

### **3.- ANTECEDENTES HISTORICOS**

La forma clásica de liberación del condenado se produce cuando cumple íntegramente la pena. Pero en algunos casos la ley establece que pueden cumplir parte de ella en libertad, cuando por el comportamiento adecuado que han tenido en prisión, se puede presumir su rehabilitación. Esa libertad no es plena, ya que mientras el penado goza de ella, debe someterse a determinadas condiciones bajo sanción de revocación. Esa forma de liberación anticipada recibe el nombre de libertad condicional.

---

<sup>216</sup> CUELLO CALÓN, Eugenio. "La Moderna Penología". Tomo I. p. 536 y ss.

<sup>217</sup> MARIN, Urbano. "La Libertad Condicional en Chile". Imprenta Universitaria, Cochabamba, Bolivia, 1941, p. 43.

<sup>218</sup> POTTSTOCK, Edmundo. *Op. Cit.*, p. 44.

Esta institución es la culminación de la aplicación del sistema penitenciario progresivo, que tiene por objeto la enmienda del delincuente. No podría cumplir cabalmente los fines que tuvo en vista el legislador para establecerla si no fuera esencialmente revocable, por lo que se trata de una forma de liberación eminentemente transitoria, en cuanto a que el sentenciado debe volver al presidio si no respeta las condiciones impuestas en la ley.

En sus inicios, la libertad condicional se concedió por razones económicas más que jurídicas<sup>219</sup> y para disminuir la superpoblación de reclusos existente en las prisiones.

También se consideró por los sistemas neoclásicos como un favor o beneficio dispensado al penado en premio a su buena conducta que determinaba la concesión automática de la libertad, de modo que el interno lo consideraba como un derecho establecido en su favor.

Posteriormente, las concepciones acerca de su finalidad experimentaron un cambio importante, perdiendo su sentido benévolo, conceptualizándola como una prolongación del tratamiento penitenciario, encaminada a la readaptación del recluso a la vida social<sup>220</sup>.

El origen de esta institución se formula partir del reformismo en materia político criminal que inundaba Europa a fines del siglo XIX, que intentaba buscar alternativas a las penas privativas de libertad. Desde que Franz VON LISZT sostuvo que “el sistema de la pena privativa de la libertad en nuestra legislación imperial es una gran mentira oficial”, combatiendo la ejecución de las penas cortas en privación de libertad, así como también la sobrevaloración que en la legislación de su tiempo se hacía de la misma, la ciencia penal no ha dejado de buscar alternativas que permitan superar los efectos disfuncionales de esta especie de pena.

---

<sup>219</sup> FUENTES Aguilera, Roberto, y Vallejos Orellana, Rafael. “La Libertad Condicional en Chile”. Memoria de Prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Universidad de Concepción, 1973. p. 18.

<sup>220</sup> CUELLO CALÓN, Eugenio. “La Moderna Penología”. Edit. Bosch, Barcelona, 1958, p. 537.

La cuestión era, ante todo, teóricamente compleja, dado que el sistema penal del siglo XIX estaba apoyado en una teoría absoluta de la pena básicamente kantiana.

En 1882, VON LIZST ya había propuesto que, en el caso de los delincuentes ocasionales, sólo sería necesaria una pena privativa de libertad que no debería ser ejecutada necesariamente en régimen celular de aislamiento. Posteriormente, postuló una renuncia total a las penas privativas de libertad inferiores a seis semanas, la reducción del campo de aplicación de las penas cortas privativas de libertad mediante la condena condicional y la ampliación del ámbito de la pena de multa, el trabajo forzado sin encierro, etc.

La nueva política criminal recibió una tibia acogida en el Anteproyecto Alemán de 1909, cuyo artículo 26 introdujo la libertad condicional para las penas de larga duración cuando el condenado hubiera cumplido al menos dos tercios de la pena impuesta y al menos un año de la misma, y cuyo artículo 32 consagró la suspensión condicional de la pena.

Ese programa reducido se mantuvo casi invariable en los proyectos siguientes; así puede verse el Proyecto Radbruch de 1922 (artículos 35 a 41), que de todos modos situó la pena de multa en centro de su sistema penal.

En Italia, el *Progetto Preliminare de Feri* de 1921 tampoco innovó fundamentalmente en el programa político social de VON LISZT, junto a la condena condicional (artículos 78 y siguientes) y la liberación condicional (artículos 83 y siguientes); sólo previó la remisión total de la pena que denominó “perdón judicial”, en el artículo 82.

Estas ideas, que en Alemania no se habían podido imponer, ingresaron a la legislación vigente cuando en 1930 se sancionó el Código Penal Italiano, en los artículos 163 y siguientes, que también incluyó el perdón judicial para los delitos cometidos por sujetos de hasta 18 años.

A él siguió en 1937, el Código Penal Suizo, que en su artículo 41 reguló la ejecución condicional, y en el artículo 45 la liberación condicional a prueba.

En España, la condena condicional y la libertad condicional, por el contrario, se adoptaron tempranamente, pues ya la ley de 17 de marzo de 1908 introdujo la condena condicional, según el modelo belga y francés de 1888 y 1891, respectivamente, y en la de 23 de julio de 1914 la libertad condicional<sup>221</sup>.

Para otros autores, como GARRIDO GUZMÁN<sup>222</sup>, el origen de esta institución hay que situarlo en las colonias penales inglesas de Australia, donde era conocida como “*ticket of leave system*”, introducido por el capitán de la marina inglesa Maconochie en la isla de Norfolk, Inglaterra, en 1840, donde se encontraban reclusos los más rebeldes, En este sistema, el penado iba acumulando vales o marcas a los que se hacía acreedor por su trabajo y buena conducta, hasta alcanzar un número determinado y que le suponía una liberación anticipada.

En España, se estableció por primera vez en la Ley de 23 de julio de 1914, constituyendo el último período de los sistemas penitenciarios progresivos, norma refundida en su parte sustantiva en el Código Penal de 1932, manteniéndose en el de 1944 y 1973 hasta el vigente.

#### **4.- CARACTERISTICAS**

##### 1) Se le caracteriza como derecho subjetivo:

Como se ha dicho, existe la discusión si es un beneficio penitenciario o un derecho; en el primer caso, se entiende que su concesión es potestativa, esto es, en su concesión existe cierta discrecionalidad, aun cuando concurren todas las circunstancias que se establecen para su aplicación.

---

<sup>221</sup> BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. “Alternativas a la Pena Privativa de Libertad en el Derecho Penal Europeo Actual”. Revista del Poder Judicial N°43, Madrid, 1996.

<sup>222</sup> GARRIDO GUZMAN, Luis. “Compendio de Ciencia Penitenciaria” Universidad de Valencia. Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal. Valencia. 1976.

Mientras que en el segundo supuesto, la libertad condicional debe otorgarse preceptivamente una vez constatados los requisitos de concesión.

3) Se funda en un criterio preventivo especial: Su fin es regular los efectos dañinos de las penas de encierro; con ella se pretende reinsertar a la sociedad al delincuente que, luego de superar diversas etapas formativas.

4) Constituye un sistema de cumplimiento alternativo: En virtud de ella, no se extingue ni modifica la duración de la pena, sino que ésta se cumple en libertad, de lo que da cuenta la subsistencia de la relación entre el penado y la administración penitenciaria.

5) Es de naturaleza sui generis: Ello conlleva a que se acerque a las medidas de cumplimiento alternativo que sustituyen a las penas, por cuanto su concesión supone que la pena privativa de libertad se cumpla fuera del establecimiento penitenciario, y en ese sentido, ambos tipos de medidas comparten el fundamento genérico de la resocialización.

## **5.- LA LIBERTAD CONDICIONAL EN OTROS ORDENAMIENTOS**

La libertad condicional se otorga a los sentenciados que hubiesen purgado una parte de la pena privativa de libertad, si ha observado buena conducta en la institución penitenciaria. Se impone al beneficiario una serie de condiciones; la principal de ellas es no volver a delinquir, que de no cumplirse provocan la revocación. En cuanto al tiempo que el sujeto debe haber estado privado de libertad, lo que varía desde un tercio de la pena hasta (Ej: Brasil) hasta tres quintas partes (Ecuador, México). La conceden cuando se ha cumplido la mitad de la pena, Costa Rica, El Salvador, Perú, Cuba y Chile; las dos terceras partes Argentina, Bolivia, Colombia, Panamá y Venezuela.

Hay casos especiales, como el argentino, en que se deben haber cumplido 20 años, si se trata de pena perpetua; Cuba, donde el ajusticiado

que no ha cumplido 20 años de edad al inicio de la condena se baja a un tercio; México, en que se cuenta la mitad de la condena en los delitos culposos.

La autoridad competente es la judicial, con excepción de México, Panamá y Chile, en que lo es la administrativa.

La obligación de residir en un lugar determinado se encuentra en El Salvador, Perú y Venezuela; la de tener medio lícito de subsistencia en República Dominicana, Colombia y Uruguay; y ambas obligaciones en Argentina, Ecuador, México y Panamá.

El requisito de tener trabajo ha sido duramente criticado, no sólo por el desempleo, sino también las terribles dificultades que tiene el ex presidiario en hallarlo, convirtiéndose en una condición cuyo cumplimiento escapa a la voluntad del liberado.

La prohibición general de ingerir bebidas alcohólicas que encontramos en México, Colombia y Argentina no parece ser razonable en los casos en que el alcohol no tuvo relación con el delito. Más grave es el precepto ecuatoriano por el que el liberado no puede frecuentar tabernas o acompañarse de gente de “mala fama”, precepto similar al que encontramos en el Código paraguayo.

No tienen el derecho de la libertad condicional los reincidentes en Argentina y Costa Rica; en México y Perú los multirreincidentes y los narcotraficantes.

Se alarga el plazo en caso de ser reincidente en Brasil (la mitad en lugar de un tercio) y en Cuba (dos tercios en lugar de la mitad).

La obligación de reparar el daño, o al menos de garantizar su reparación, es condición en Argentina, Brasil, República Dominicana, Ecuador, México, Perú y Panamá.

En cuanto a peculiaridades dignas de ser mencionadas, en Brasil y Perú el juez dicta las condiciones a que ha de sujetarse el liberado.

En Costa Rica tiene gran participación el Instituto de Criminología, que reporta al juez, y en México, el Consejo Técnico de la Penitenciaría envía su informe a la Secretaría de Gobernación (Ministerio del Interior), quien

concede en definitiva el beneficio. Ambos sistemas tienen sistema progresivo, con prelibertades o semilibertades.

En Cuba, el Ministerio de Justicia puede pedir la liberación aunque no se haya cumplido el plazo legal. Además, intervienen las organizaciones políticas, de masas, sociales y militares en la supervisión de la medida, y pueden pedir su revocación.

En Bolivia, al cumplir la mitad de la pena, puede solicitarse al juez pasar al sistema de confinamiento solamente nocturno, de fin de semana o en institución agrícola, y al cumplir las dos terceras partes, en total libertad.

### **1) Argentina.**

El artículo 13 del Código Penal se refiere a la libertad condicional y dispone que “El condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiere cumplido veinte años de condena, el condenado a reclusión temporal o a prisión por más de tres años que hubiere cumplido los dos tercios de su condena y el condenado a reclusión o prisión, por tres años o menos, que por lo menos hubiese cumplido un año de reclusión u ocho meses de prisión, observando con regularidad los reglamentos carcelarios, podrán obtener la libertad por resolución judicial previo informe de la dirección del establecimiento bajo las siguientes condiciones:

1º residir en el lugar que determine el auto de soltura;

2º observar las reglas de inspección que fije el mismo auto, especialmente la obligación de abstenerse de bebidas alcohólicas;

3º adoptar en el plazo que el auto determine, oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia;

4º no cometer nuevos delitos;

5º someterse al cuidado de un patronato, indicado por la autoridades competentes.



Estas condiciones regirán hasta el vencimiento de los términos de las penas temporales y en las perpetuas hasta cinco años más, a contar desde el día de la libertad condicional.”<sup>223</sup>

## **2) México.**

El artículo 84 del Código Penal Federal dispone que:

“Se concederá libertad preparatoria al condenado, previo el informe a que se refiere el Código de Procedimientos Penales, que hubiere cumplido las tres quintas partes de su condena, si se trata de delitos intencionales, o la mitad de la misma en caso de delitos imprudenciales, siempre y cuando cumpla con los siguientes requisitos:

- I. Que haya observado buena conducta durante la ejecución de su sentencia;
- II. Que del examen de su personalidad se presuma que está socialmente readaptado y en condiciones de no volver a delinquir, y
- III. Que haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado, sujetándose a la forma, medidas y términos que se le fijen para dicho objeto, si no puede cubrirlo desde luego.

Llenados los requisitos anteriores, la autoridad competente tendrá un plazo no mayor a 30 días hábiles para conceder la libertad preparatoria o en su caso informar al interesado el resultado de su trámite, dicha libertad preparatoria estará sujeta a las siguientes condiciones:

- a). Residir o, en su caso, no residir en lugar determinado, e informe a la autoridad de los cambios de su domicilio. La designación del lugar de residencia se hará conciliando la circunstancia de que el reo pueda

---

<sup>223</sup> (Nota: texto conforme a las leyes Nº 11.221, de fe de erratas, y Nº 22.980)

proporcionarse trabajo en el lugar que se fije, con el hecho de que su permanencia en él no sea un obstáculo para su enmienda;

b). Desempeñar en el plazo que la resolución determine, oficio, arte, industria o profesión lícitos, si no tuviere medios propios de subsistencia;

c). Abstenerse del abuso de bebidas embriagantes y del empleo de estupefacientes: psicotrópicos o sustancias que produzcan efectos similares, salvo por prescripción médica;

d). Sujetarse a las medidas de orientación y supervisión que se le dicten y a la vigilancia de alguna persona honrada y de arraigo, que se obligue a informar sobre su conducta, presentándolo siempre que para ello fuere requerida.

### **3) Colombia.**

El Código Penal define la libertad condicional:

Artículo 72. - Concepto. El juez podrá conceder la libertad condicional al condenado a la pena de arresto mayor de tres años o a la de prisión que exceda de dos, cuando haya cumplido las dos terceras partes de la condena, siempre que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social.

### **4) Costa Rica.**

El artículo 64 del Código Penal establece que:

ARTÍCULO 64.- Todo condenado a pena de prisión podrá solicitar al juez competente, y este facultativamente conceder la libertad condicional, cuando haya cumplido la mitad de la pena impuesta en sentencia ejecutoriada; en este caso el juez pedirá al Instituto de Criminología, para su mejor información y resolución, el diagnóstico y pronóstico criminológicos del

penado y un informe en que conste, si el solicitante ha cumplido o no el tratamiento básico prescrito.

El Instituto de Criminología podrá también solicitar en cualquier momento la libertad condicional, si el juez hubiere denegado el beneficio cuando el reo lo solicita y al efecto acompañará los documentos a que este artículo se refiere.

## **5) Cuba.**

El Código Penal dispone que:

ARTÍCULO 58.1. El tribunal puede disponer la libertad condicional del sancionado a privación de libertad si, apreciando sus características individuales y su comportamiento durante el tiempo de su reclusión, existen razones fundadas para considerar que se ha enmendado y que el fin de la punición se ha alcanzado sin necesidad de ejecutarse totalmente la sanción, siempre que haya extinguido, por lo menos, uno de los términos siguientes:

- a) la tercera parte de la sanción impuesta, cuando se trate de sancionados que no hayan arribado a los 20 años de edad al comenzar a cumplir la sanción;
- b) la mitad del término de la sanción impuesta, cuando se trate de sancionados primarios;
- c) las dos terceras partes de la sanción impuesta, cuando se trate de reincidentes o multirreincidentes.

2. En casos extraordinarios, el Ministro de Justicia, oyendo previamente el parecer del Ministro del Interior, puede proponer, a las Salas correspondientes del Tribunal Supremo Popular y éstas otorgar, la libertad condicional aunque no se haya extinguido la parte de la sanción establecida en el apartado anterior.

3. La libertad condicional se otorga previa evaluación de conducta que debe elaborar el órgano correspondiente del Ministerio del Interior. En todo caso se oirá el parecer del fiscal.
4. La libertad condicional implica un período de prueba por un término igual al resto de la sanción que al liberado le quede por cumplir.
5. El tribunal puede supeditar la concesión de la libertad condicional del sancionado al hecho de que alguna organización política, de masas o social, o unidad militar a que éste pertenezca, o su colectivo de trabajo, asuma el compromiso de que orientará su conducta y adoptará las medidas apropiadas para que en lo sucesivo no incurra en nuevo delito.
6. El tribunal comunicará a los órganos de la Policía Nacional Revolucionaria, así como a las organizaciones de masas y sociales del lugar de residencia del sancionado, la libertad condicional acordada, a fin de que éstos observen y orienten la conducta del liberado durante el período de prueba.
7. El tribunal ordenará la ejecución de la parte incumplida de la sanción si durante el período de prueba el que disfruta de libertad condicional es sancionado a privación de libertad por un nuevo delito u observa una conducta antisocial, o la organización política, de masas o social, el colectivo de trabajo o la unidad militar que ofrecieron la garantía, la retiran.
8. En caso de revocación de la libertad condicional, el tiempo durante el cual el liberado disfruto de dicha libertad se abonará al cumplimiento de la sanción.

## **6) El Salvador.**

El artículo 85 del Código Penal señala que:

Artículo 85.- El juez de vigilancia correspondiente podrá otorgar la libertad condicional en los delitos cuyo límite máximo de prisión excede de tres años, siempre que el condenado reúna los requisitos siguientes:

- 1) Que se hayan cumplido las dos terceras partes de la condena impuesta;
- 2) Que merezca dicho beneficio por haber observado buena conducta, previo informe favorable del Consejo Criminológico Regional; y,
- 3) Que haya satisfecho las obligaciones civiles provenientes del hecho y determinadas por resolución judicial, garantice satisfactoriamente su cumplimiento o demuestre su imposibilidad de pagar.

Cuando se tratase de concurso real de delitos, además de los requisitos establecidos, procederá la libertad condicional si el condenado hubiere cumplido las dos terceras partes de la totalidad de las penas impuestas.

## **7) Ecuador.**

En el artículo 87 del Código Penal se regula la libertad condicional:

Artículo 87.- Todo condenado que hubiere sufrido las tres cuartas partes de la condena, tratándose de reclusión, y las dos terceras partes, al tratarse de prisión correccional, podrá ser puesto en libertad condicional, por resolución de la autoridad correspondiente, siempre que hubiere cumplido con regularidad los reglamentos carcelarios y observado muy buena conducta, revelando arrepentimiento y enmienda, bajo las siguientes condiciones:

1. Residir en el lugar que se determine en el auto respectivo, no pudiendo salir de esa residencia sino con permiso de la autoridad que le otorgó la libertad;

2. Que, cuando obtenga dicho permiso, al trasladarse a otro lugar, dé a conocer el permiso a la primera autoridad policial de su nueva residencia;
3. Que acredite tener profesión, arte, oficio o industria, o bienes de fortuna, u otro medio que le permita vivir honradamente;
4. Que el tiempo que le falte para cumplir la pena no exceda de tres años;
5. Que, al haber sido condenado al pago de indemnizaciones civiles, acredite haber cumplido esta obligación, a menos de haber comprobado imposibilidad para hacerlo, y
6. Que el Instituto de Criminología en la Capital de la República o una comisión integrada por el Ministro Fiscal de la Corte Superior de Justicia del distrito y el Jefe Provincial de Salud, en las demás localidades del Estado, conceda informe favorable, a la liberación condicional.

#### **8) Honduras.**

El Código Penal preceptúa que:

ARTICULO 76. El Tribunal de primera instancia que conoció de la causa, podrá conceder la libertad condicional al reo que haya cumplido más de la mitad de la pena, en los casos de condena a reclusión que exceda de tres años y no pase de doce, o que haya sufrido las tres cuartas partes de la pena, cuando ésta exceda de doce años y concurren, además, en ambos casos, las siguientes circunstancias:

- 1) Que el reo no haya sido condenado ejecutoriamente con anterioridad, por otro delito doloso.
- 2) Haber observado buena conducta durante su permanencia en el establecimiento penal contraído hábitos de trabajo, orden y moralidad, que patenten su arrepentimiento y propósito de enmienda.
- 3) Que haya restituido la cosa y reparado el daño en los casos de delitos contra la propiedad y cumplido las demás obligaciones civiles derivadas del delito, o demuestre su incapacidad económica para satisfacer las últimas.

## **9) Paraguay.**

Artículo 51.- Libertad condicional

1º El tribunal suspenderá a prueba la ejecución del resto de una pena privativa de libertad, cuando:

1. Hayan sido purgadas las dos terceras partes de la condena;
2. Se pueda esperar que el condenado, aun sin compurgamiento del resto de la pena, no vuelva a realizar hechos punibles; y
3. El condenado lo consienta.

La decisión se basará, en especial, en la personalidad del condenado, su vida anterior, las circunstancias del hecho punible, su comportamiento durante la ejecución de la sentencia, sus condiciones de vida y los efectos que la suspensión tendrían en él.

2º En lo demás, regirá lo dispuesto en el inciso 4º del artículo 44 y en los artículos 45 al 50.

3º La suspensión no se concederá, generalmente, cuando el condenado hiciera declaraciones falsas o evasivas sobre el paradero de objetos sujetos al comiso o a la privación de beneficios con arreglo a los artículos 86 y siguientes.

4º El tribunal podrá fijar plazos no mayores de seis meses, durante los cuales no se admitirá la reiteración de la solicitud de la suspensión.

## **10) Perú.**

El Código Penal de Perú, trata de la libertad condicional en sus artículos 57 y 58:

Artículo 57.- Requisitos

El Juez podrá suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes:

1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años; y
2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del agente hiciera prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito.

El plazo de suspensión es de uno a tres años.

#### Artículo 58.- Reglas de conducta

El Juez al otorgar la condena condicional, impondrá las siguientes reglas de conducta:

1. Prohibición de frecuentar determinados lugares;
2. Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del Juez;
3. Comparecer personal y obligatoriamente al Juzgado, para informar y justificar sus actividades;
4. Reparar los daños ocasionados por el delito, salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo;
5. Que el agente no tenga en su poder objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito; y,
6. Los demás deberes que el Juez estime convenientes a la rehabilitación social del agente, siempre que no atente contra la dignidad del condenado.

#### **11) Uruguay.**

El artículo 131 del Código Penal trata de la libertad condicional:  
131:

1. Libertad anticipada: La Suprema Corte de Justicia, previo informe del Director del Establecimiento Penal, del Instituto Técnico Forense y del Fiscal de Corte, y siempre que se den pruebas de corrección moral y que los Jueces no hayan pronunciado una medida de seguridad, podrán conceder la libertad anticipada, en los siguientes casos :

1. Si la condena es de penitenciaría, deberá el reo haber cumplido la mitad de la pena impuesta, computándose siempre un día de libertad por cada día de buena conducta.
2. Si la pena recaída es de prisión o multa, podrá concederse sea cual fuese el tiempo de reclusión sufrida.
2. Libertad condicional: Si al quedar ejecutoriada la sentencia condenatoria el penado se hallare en libertad provisional, se suspenderá su reingreso a la cárcel mientras la Suprema Corte, previos los informes a que



se refiere la primera parte de este artículo, resuelva de oficio si otorga o no la libertad condicional; a ese efecto el Juzgado respectivo elevará los autos inmediatamente de aprobada la liquidación de la pena.

La libertad condicional podrá ser otorgada cualquiera haya sido el tiempo de detención, y se revocará sólo por quebrantamiento de la vigilancia de la autoridad o por la mala conducta del liberado.

## **12) Venezuela.**

La ley de Régimen Penitenciario de Venezuela establece que:

Artículo 64: Son fórmulas de cumplimiento de las penas:

- IV) El destino a establecimientos abiertos.
- V) El trabajo fuera del establecimiento, y
- VI) La libertad condicional.

## **13) Brasil.**

El Código Penal de Brasil, en su artículo 83, trata de la libertad condicional y enumera sus requisitos:

Artículo 83. El juez podrá conceder la libertad condicional a los condenados a penas privativas de libertad igual o superiores a dos años, desde que:

- 1) Haya cumplido más de un tercio de la pena a que ha sido condenado por ser reincidente en delito doloso y tener buenos antecedentes;
- 2) haber cumplido más de la mitad de la condena por reincidencia en crimen doloso;
- 3) Comprobado el comportamiento satisfactorio durante la ejecución de la pena, buen desempeño en el trabajo que se le fue atribuido y aptitud para proveer a su propia subsistencia mediante el trabajo honesto;
- 4) Haya reparado, salvo efectiva imposibilidad de hacerlo, el daño causado por la infracción;
- 5) Haber cumplido más de dos tercios de la pena, en los casos de crimen grave, práctica de tortura, trafico ilícito de estupefacientes y drogas afines y

terrorismo, si ha sido penado como reincidente específico en crímenes de esa naturaleza.

Parágrafo único: Para los condenados por crimen doloso, cometido con violencia o grave amenaza a las personas, la concesión de la libertad condicional quedará también subordinada a la constatación de condiciones personales que hagan presumir que el liberado no volverá a delinquir.

#### **14) España.**

Los artículos 90 y 93 del Código Penal español tratan de esta institución:

Artículo 90.

1. Se establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurren las circunstancias siguientes:

- a) Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario.
- b) Que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta.
- c) Que hayan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

No se entenderá cumplida la circunstancia anterior si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Asimismo, en el caso de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, se entenderá que hay pronóstico de reinserción social cuando el penado

muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y además haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.

2. El juez de vigilancia, al decretar la libertad condicional de los penados, podrá imponerles motivadamente la observancia de una o varias de las reglas de conducta o medidas previstas en los artículos 83 y 96.3 del presente Código.

### **15) Italia.**

Los artículos 176 y siguientes del Codice Penale italiano tratan de la libertad condicional:

Artículo 176. El condenado a pena de prisión que, durante el tiempo de ejecución de la pena, haya tenido un comportamiento tal que pueda sugerir su arrepentimiento, puede ser aceptado en la libertad condicional (688 CPP), si ha cumplido al menos treinta meses y al menos la mitad de la condena impuesta, si el resto de la pena no supera los cinco años.

Si se trata de un reincidente, en los casos previstos en el artículo 99 para ser admitido el condenado en la libertad condicional, debe haber cumplido al

menos cuatro años de pena y no menos de tres cuartos de la pena impuesta.

El condenado a privación de libertad perpetua puede ser admitido en la libertad condicional cuando haya cumplido al menos veintiséis años de pena.

La concesión de la libertad condicional está subordinada al cumplimiento de las obligaciones civiles derivadas del delito (artículos 185 y 186), salvo que el condenado demuestre ser incapaz de ejecutarlas.

## **6.- ALGUNAS DEFINICIONES DOCTRINARIAS**

La doctrina recoge distintos conceptos; CADALSO<sup>224</sup> la define como la libertad que se concede a sentenciados a penas privativas de libertad, como recompensa a su intachable conducta en reclusión, cuando se hallan en el cuarto y último período de condena.

CUELLO CALÓN decía que en España posee el sentido de un beneficio otorgado como recompensa de la buena conducta del penado.

La Ley General de Prisiones de España, en su artículo 72 establece que las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal.

Para MAPELLI y TERRADILLOS la libertad condicional no es un grado (el último) dentro del sistema progresivo, sino un modelo de libertad a prueba, directamente fundado en las metas resocializadoras. Si el legislador sólo lo otorga a quienes estén ya situados en el tercer grado, sólo de debe a razones de mejor control y garantía de que el período de prueba no fracasará.

Al decir de FERNANDEZ GUARDA<sup>225</sup>, citando a TAMARIT, la regulación de la libertad condicional ha demostrado hasta fechas recientes un carácter

---

<sup>224</sup> CADALSO, Fernando. "Instituciones Penitenciarias y Similares en España", Madrid, 1922, p. 667.

<sup>225</sup> FERNANDEZ GUARDA, Julio et. Alt. "Manual de Derecho Penitenciario". Editorial Colex, Madrid, 2001. p. 377.

moralista incompatible con los principios penitenciarios vigentes y con el contenido de algunos derechos constitucionales. Se ha caracterizado por su aspecto “premio”, de forma que su concesión parecía más una dádiva graciosa de la autoridad que un programa propio de un sistema penitenciario moderno.

La regulación actual, aunque parecida a la ya establecida en la Ley de 23 de julio de 1914 que se ha mantenido en similares términos a los previstos en el viejo Código, ha derogado ciertos requisitos que han quedado desfasados por el paso del tiempo, como “intachable conducta u ofrecer garantías de hacer vida honrada en libertad”, conceptos un tanto moralizantes y en desuso. La libertad concebida hoy, es por ello, esencialmente un instrumento ordinario para la consecución de los ideales resocializadores del sistema penitenciario español. Aunque, hay que decirlo, la vieja Ley de 23 de julio de 1914 no aparece prevista entre las disposiciones derogadas por la Ley Orgánica de 23 de noviembre de 1995 que aprueba el Código Penal.

## **7.- MARCO REGULATORIO DE LA INSTITUCION EN EL DERECHO DE CHILE**

La libertad condicional es definida en el Artículo 1º del DL N°321, D.O. 12.03.1925 como “un medio de prueba de que el delincuente condenado a una pena privativa de libertad y a quien se le concede, se encuentra corregido y rehabilitado para la vida social”. Luego señala que “no estingue ni modifica la duración de la pena, sino que es un modo particular de hacerla cumplir en libertad por el condenado y según las disposiciones que se dicten en este decreto-lei y en el reglamento respectivo.”<sup>226</sup>

---

<sup>226</sup> FUENTES AGUILERA, Roberto y VALLEJOS ORELLANA, Rafael, “La Libertad Condicional en Chile: Análisis Estadístico en las Cárceles de Temuco, Lautaro y Victoria a partir del 4 de noviembre de 1970”, Memoria para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Chile, 1973.

A su vez, el artículo primero del D.S. N° 2.442, D.O. 26.11.1926, define la libertad condicional como “un modo de cumplir en libertad, bajo determinadas condiciones, i una vez llenados ciertos requisitos, la pena privativa de libertad a que está condenado un delincuente por sentencia ejecutoriada”. Más adelante, en su artículo 2º señala que la libertad condicional se establece como “una recompensa para el delincuente condenado a una pena privativa de libertad por más de un año, que por su conducta i comportamiento intachables en el establecimiento penal en que cumple su pena, por su interes en instruirse i por su empeño en adquirir un oficio o los medios de ganarse la vida honradamente, haya demostrado que se encuentra corregido i rehabilitado para la vida social”.<sup>227</sup>

De esta definición legal se desprende su característica genuina de ser un beneficio o recompensa para los condenados que han demostrado se encuentran aptos para reinsertarse a la vida social. Salvemos que esto, en un principio, puede sonar discutible.

## **8.- REQUISITOS PARA LA CONCESION DE LA LIBERTAD CONDICIONAL**

### **REGLA GENERAL**

El Decreto Ley 321<sup>228</sup>, establece que la libertad condicional es un medio de prueba de que el delincuente condenado a una pena privativa de libertad se encuentra corregido y rehabilitado para la vida social, y en su artículo 2º, establece como requisitos para su obtención, que son reiterados por el Decreto Supremo 2442<sup>229</sup>, en su artículo 4º, los siguientes:

---

<sup>227</sup> *Op. Cit.*

<sup>228</sup> DECRETO LEY 321. Ministerio de Justicia, que establece la libertad condicional para los penados. Publicado en el D.O. el 12 de marzo de 1925. Última modificación, Ley 20.230, de 10 de diciembre de 2007.

<sup>229</sup> DECRETO SUPREMO 2442. Ministerio de Justicia, que fija el texto del Reglamento de la Ley de Libertad Condicional, publicado en el D.O. el 26 de noviembre de 1926. Última modificación, Decreto 625 del Ministerio de Justicia de 23 de agosto de 1990.

- 1) Haber sido condenado a una pena privativa de libertad de más de un año de duración.
- 2) Haber cumplido la mitad de la condena que se le impuso por sentencia definitiva. Si hubiere obtenido, por gracia, alguna rebaja, o se le hubiere fijado otra pena, se considerará ésta como definitiva.
- 3) Haber observado conducta intachable en el establecimiento penal donde cumple su condena, según el Libro de Vida que se le llevará a cada uno.

Al efecto, el Decreto Supremo 2442 establece un Tribunal de Conducta, Consejo que debe existir en todo establecimiento penal en que existan reclusos condenados por sentencia ejecutoriada a penas privativas de libertad, tribunal integrado por el Alcaide o jefe respectivo; el Jefe de la Sección de Criminología; el Director de Escuela; el Jefe de la Sección Trabajo; el Jefe de la Guardia Interna; el médico; un asistente social y un abogado o psicólogo designado por el Director de Servicio. Podrán también formarlo un miembro de los tribunales de justicia designado por la Corte de Apelaciones respectiva; el inspector zonal correspondiente y un abogado del Servicio de Asistencia Judicial del Colegio de Abogados. Este tribunal llevará un Libro de Vida para los reos en libertad condicional, en el que se harán las siguientes anotaciones:

- 1) Las notas de conducta y aplicación que hayan obtenido en la escuela u donde trabajan, según los certificados que deben presentar semanalmente al Tribunal de Conducta.
- 2) Las inasistencias a la escuela o al trabajo, atrasos y salidas anticipadas que no se justifiquen.
- 3) Las infracciones al Reglamento N°2442.
- 4) Las informaciones que reciba de la policía o de otros conductos.

- 5) Las demás observaciones que estime convenientes.
- 4) Haber aprendido bien un oficio, si hay talleres donde cumple su condena.
- 5) Haber asistido con regularidad y provecho a la escuela del establecimiento y a las conferencias educativas que se dicten, entendiéndose que no reúne este requisito el que no sabe leer y escribir.

Al efecto, el Decreto Supremo N°2442 en su título III “De la Educación de los Establecimientos Penales”, señala que en los establecimientos penales donde no haya escuela fiscal, se establecerá una escuela cuyo personal estará constituido por profesores o profesoras, según el caso, para lo cual se destinarán las plazas necesarias (...).”.

#### EXCEPCIONES

El artículo 3° del Decreto Ley 321 establece como casos especiales los siguientes:

- a) Los condenados a presidio perpetuo calificado sólo pueden obtener la libertad condicional una vez cumplidos cuarenta años de privación efectiva de libertad. Y si la solicitud es rechazada, sólo puede deducirse nuevamente después de dos años. En este caso, además, el artículo 5° del DL 321 establece que deberá ser concedida o revocada por el pleno de la Corte Suprema, previo cumplimiento de los trámites ordinarios.
- b) Los condenados a presidio perpetuo puede concedérseles el beneficio una vez cumplidos 20 años. Quedan también incluidos aquí los condenados a penas de duración perpetua que deban cumplir, además, una o más penas temporales.
- c) A los condenados a más de 20 años se les podrá conceder el beneficio una vez cumplidos 10 años de la pena, y por éste sólo hecho ésta quedará fijada en 20 años. Y a los condenados por hurto o estafa a más de 6 años, podrán obtener el mismo beneficio una vez cumplidos 3 años.



- d) A los condenados por los delitos de parricidio, homicidio calificado, robo con homicidio, violación con homicidio, violación de menor de 14 años, infanticidio, del delito previsto en el artículo 367 bis N°1 del Código Penal y elaboración o tráfico de estupefacientes, se les podrá conceder el beneficio cuando hayan cumplido dos tercios de la pena.

A los condenados a presidio perpetuo por delitos contemplados en la Ley 18.314, que fija la penalidad por conductas terroristas, y además condenados por delitos sancionados en otros cuerpos legales, se les podrá conceder el beneficio una vez cumplidos 10 años de pena, siempre que los hechos punibles hayan ocurrido entre el 1 de enero de 1989 y el 1 de enero de 1998, y los condenados suscriban en forma previa una declaración que contenga una renuncia inequívoca al uso de la violencia.

## **9.- ORGANOS QUE INTERVIENEN EN SU CONCESION Y CONTROL<sup>230</sup>**

### **1º) Órganos que intervienen en su Concesión**

Son básicamente tres:

- 1.- Tribunal de Conducta.
- 2.- Comisión de Libertad Condicional.
- 3.- Ministerio de Justicia.

#### **1) TRIBUNAL DE CONDUCTA**

Interviene en le período inicial de su concesión. Consiste en un órgano, formado por un Consejo que funciona al interior de cada Establecimiento Penitenciario.<sup>231</sup>

---

<sup>230</sup> SEPÚLVEDA CRERAR, Eduardo y SEPÚLVEDA BAZÁES, Paulina, “A 83 años del Establecimiento de la Libertad Condicional en Chile: ¿un Beneficio desaprovechado?”, disponible en: [http://www.gendarmeria.cl/doc/reinsercion/revista\\_n13.pdf](http://www.gendarmeria.cl/doc/reinsercion/revista_n13.pdf)

<sup>231</sup> De acuerdo al artículo 11 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios ( D.S. N° 518 de 22/05/ 1998, modificado por el D.S. N° 1248 de 10/11/2005), “Se denominan genéricamente

De acuerdo al Artículo 5° del Reglamento de la Ley de Libertad Condicional<sup>232</sup> está conformado por:

1. El Alcaide o Jefe respectivo.
2. El Jefe de la Sección de Criminología.
3. El Director de la Escuela.
4. El Jefe de la Sección de Trabajo.
5. El Jefe de la Guardia Interna.
6. El Médico.
7. La Asistente Social.
8. Un Abogado o Psicólogo designado por el Director del Servicio.
9. Además, podrá formar parte del Tribunal de Conducta, un miembro del poder Judicial designado por la Corte de Apelaciones respectiva, el Inspector Zonal correspondiente y un Abogado del Servicio de Asistencia Judicial del Colegio de Abogados.

Funciones:

1° Adoptar acuerdos resolutivos

Para que pueda tomar acuerdos resolutivos, requiere de la asistencia de la mayoría absoluta de sus miembros no imposibilitados para asistir. En caso de acuerdos no aceptados por el Jefe del Penal respectivo, éstos deberán ser consultados al Ministro de Justicia para resolver.

Este consejo se reúne en sesión ordinaria una vez al mes, y extraordinariamente cuando el Jefe del respectivo penal lo determine.

2° Llevar los Libros que establece la ley

---

establecimientos penitenciarios, los recintos donde deban permanecer custodiadas las personas privadas de libertad en razón de detención y mientras están puestas a disposición del Tribunal pertinente; las personas sometidas a prisión preventiva y las personas condenadas al cumplimiento de penas privativas de libertad (...) Corresponden también a esta denominación las dependencias destinadas al seguimiento, asistencia y control de los condenados que, por un beneficio legal o reglamentario, se encuentren en el medio libre...”

<sup>232</sup> Decreto N ° 2442, del Ministerio de Justicia, publicado el 26 de noviembre de 1926.

En poder del Tribunal de Conducta, se encuentra un Libro de Actas, en donde constan los acuerdos adoptados, y un Libro de Vida de los Condenados<sup>233</sup> Privados de Libertad, en donde cada dos meses, el Tribunal deberá evaluar y fijar el promedio de la calificación que obtenga cada recluso, en atención a la conducta que ha observado el recluso en dicho lapso de tiempo. Estas calificaciones deberán ser exhibidas cada bimestre mediante carteles que puedan ser consultados por los penados. Además, corresponde al Tribunal de Conducta llevar un Libro de Vida de los Condenados en Libertad Condicional, en donde consten:

1. Las Notas de Conducta y Aplicación obtenidas donde estudien y trabajen, de acuerdo a los Certificados emitidos semanalmente por los mismos.
2. Las Inasistencias, Atrasos y Salidas Anticipadas de la escuela y el trabajo, que no hayan sido debidamente justificadas.
3. Las Infracciones al Reglamento (de la Ley de Libertad Condicional, Decreto N° 2. 442).
4. Las Informaciones recibidas desde la Policía u otras fuentes.
5. Las demás observaciones que estime convenientes.

### 3° Elaborar y Entregar las Listas que establece la ley

Corresponde a este órgano la elaboración de una Lista semestral en donde constan los nombres de los reclusos que efectivamente cumplen con los siguientes requisitos a nivel de conductual:

1. Haber observado una Conducta Intachable, cuestión que ha de constar en su Libro de Vida.
2. Haber aprendido bien un Oficio, en el caso que hubiere talleres en el penal.

---

<sup>233</sup> Nota: En el texto original aparece la voz “*reo*”, que debe entenderse modificada por el artículo 9° de la Ley N°19.047, la Ley N°19.114 y la Ley N°19.158, que reemplazaron la palabra por las expresiones “procesado”, “inculpado”, “condenado”, “demandado” o “ejecutado”, según corresponda.

3. Haber asistido con Regularidad y Provecho a la Escuela y conferencias educativas del Penal. Se entiende que no cumple con este requisito aquél que no sabe leer ni escribir.

El cumplimiento de estos requisitos deberá ser verificado y acordado por el mismo órgano, quince días antes del primero de Abril o del primero de Octubre de cada año. Los días 25 de marzo y 25 de septiembre de cada año, el Tribunal de Conducta deberá tener confeccionada la Lista de los reclusos que cumplan con los requisitos, indicando en la misma, una residencia, que no podrá encontrarse fuera de la ciudad donde funciona el Tribunal.

Además, debe elaborar una segunda lista, similar a la primera, en donde aparezcan las personas que han cumplido con el tiempo mínimo requerido (período de aseguramiento), y que hayan observado la conducta requerida para postular al beneficio, pero que no obstante, el Tribunal estima que no merecen la Libertad porque no cumplen con los requisitos de haber aprendido un oficio, y de haber concurrido periódicamente a la escuela y trabajo.

Tanto en la primera como en la segunda lista, deberán además incluirse los nombres de los reclusos que vayan a cumplir el período de aseguramiento durante los meses de abril, mayo y junio, o durante octubre, noviembre y diciembre, dependiendo del semestre al que pertenezca la lista. Esta información importa para la posible "Concesión Anticipada de Libertad Condicional" que puede concederse a los reclusos que cumplan los plazos requeridos en el semestre subsiguiente, no obstante, esto es sólo para efectos de su concesión, puesto que su cumplimiento sólo se verificará cuando efectivamente hayan transcurrido los plazos requeridos, y se haya observado durante todo el período en cuestión una conducta intachable.

Una vez elaboradas ambas listas, corresponde al Tribunal de Conducta comisionar al Jefe del penal, para que las entregue, junto a los antecedentes fundantes, a la Comisión de Libertad Condicional.

## 2.- COMISIÓN DE LIBERTAD CONDICIONAL

Es una comisión especial que funciona en la Corte de Apelaciones respectiva durante los meses de Abril y Octubre de cada año, que interviene en la instancia intermedia de Concesión de la Libertad Condicional.

Está integrada por:

1) En ciudad asiento de Corte de Apelaciones:

i) Funcionarios que constituyan la visita semestral de cárceles y establecimientos penales.

ii) Dos Jueces de Juzgados de Garantía o de Tribunales de Juicio Oral en lo Penal elegidos por los visitadores.

2) En Santiago:

i) Funcionarios que realicen la visita de cárceles.

ii) Diez jueces de Juzgados de Garantía o de Tribunales de Juicio Oral en lo Penal.

## FUNCIONES

### 1° Hacer la petición de Libertad Condicional

La Comisión de Libertad Condicional durante los meses de abril y octubre de cada año, solicita al Supremo Gobierno la Libertad Condicional de los condenados que figuren en la Lista que elaboró el Tribunal de Conducta.

En poder de esta lista, se somete a votación a los posibles candidatos al beneficio. Con la aprobación de la mayoría, y previo informe favorable por parte del jefe del Establecimiento en que esté recluido el condenado, se procede a hacer la solicitud a través de la Secretaría Regional Ministerial de Justicia respectiva.

La Comisión también podrá pedir la Libertad a favor de los reclusos que cumplan el tiempo mínimo de su condena (para solicitar el beneficio), en los dos meses siguientes a los indicados anteriormente (Mayo y Noviembre).

En el caso que estime improcedente conceder el beneficio, es deber de la Comisión fundamentar su rechazo.

2° En casos calificados, decidir por unanimidad de votos el cumplimiento de los requisitos de 2. y 3. (a que nos referimos al hablar del Tribunal de Conducta), y que a su juicio cumplan con los demás requisitos.

### 3.- MINISTERIO DE JUSTICIA

Interviene en la fase final de concesión de la Libertad Condicional.

Una vez que se han evacuado las nóminas de candidatos al beneficio y cumplidos los demás beneficios que establece la Ley de Libertad Condicional en su artículo 28, el Ministerio de Justicia a través de la Secretaría Regional correspondiente, procede a través de un Decreto Supremo, a conceder la Libertad Condicional del penado. Dichas resoluciones administrativas deben ser transcritas y remitidas al Tribunal de Conducta, a la Dirección Nacional de Gendarmería, a la Dirección General de Carabineros, a la Dirección General de Investigaciones y demás organismos pertinentes, junto al lugar que se haya designado como residencia de cada uno de los beneficiados.

## **2°) Órganos que intervienen en su control y mantención**

### 1.- PATRONATOS DE REOS

El Decreto Supremo N ° 542, del Ministerio de Justicia, D.O. 27 de febrero de 1943 creó el Patronato Nacional de Reos (PANAR), con personalidad jurídica propia, que tiene como misión apoyar la reinserción social y brindar apoyo post penitenciario a la población de condenados que egresa al medio libre, mediante la implementación de programas y proyectos sociales. Éste se desconcentra en los distintos Patronatos Locales de Reos, en Santiago y regiones. En Chile existen seis Patronatos Locales:

- Patronato Local de Arica
- Patronato Local de Valparaíso

- Patronato Local de Melipilla
- Patronato Local de Santiago
- Patronato Local de Rancagua

Además, en todos los establecimientos penales del país habrá un Patronato de Reos dependiente del Patronato Nacional. Cada uno de estos Patronatos estarán formados por:

- 1.-El Jefe de la Prisión
- 2.-El Jefe de Carabineros
- 3.-El Director de la Escuela más antigua del Departamento
- 4.-Una Visitadora Social, si la hay
- 5.-El Médico Jefe del Hospital Regional
- 6.-Un particular que será designado por el Patronato Nacional a propuesta del Jefe de la Prisión

En casos calificados el Patronato Nacional podrá designar a personas distintas de las señaladas para integrar un Patronato Local. Presidirá cada uno de estos patronatos el Jefe de la Prisión, debiendo ser subrogado en su ausencia por el que se designe por sus miembros.<sup>234</sup>

Podríamos decir que, en general, a nivel penitenciario corresponde a los patronatos de reos “prestar protección material y moral a los detenidos, a los reos<sup>235</sup> privados de libertad o en libertad condicional, a los egresados, a los ofendidos, y a sus familias, proporcionándoles medios de trabajo y procurándoles atención social, educacional, física, médica y cultural.”<sup>236</sup>

Los Patronatos de Reos también cumplen funciones en la fase postpenitenciaria: brindan apoyo post-penitenciario mediante acciones de control e intervención. Tienen como población objetiva a aquellas personas que han cumplido su condena y se encuentran en proceso de eliminación de antecedentes (adscritas al D.L N° 409), condenadas con beneficios penitenciarios o condenados con indultos conmutativos en control

---

<sup>234</sup> *Ibidem*, Artículo 4°.

<sup>235</sup> El artículo 9° de la Ley N°19.047, modificado por las leyes N°19.114 y N°19.158, ordenó sustituir la palabra "reos" por las expresiones " procesado", "inculpado", "condenado", "demandado" o "ejecutado" o bien mantenerse según corresponda.

<sup>236</sup> Artículo 2°, letra A, del D.S. N° 542.

administrativo. Adicionalmente, dan orientación legal sobre el cumplimiento de penas accesorias, ley de rebaja e indulto, atención de necesidades básicas urgentes, información sobre las redes sociales y derivación, cuando el caso social así lo amerite; orientación educacional, laboral y derivación a proyectos psicosociales y asistenciales internos<sup>237</sup>.

En relación con la Libertad Condicional, los Patronatos de Reos deben:

1º Velar porque el beneficio de la libertad condicional sea otorgado sólo a aquellos reclusos que realmente lo merecen;

2º Cuidar que los reos<sup>238</sup> en libertad condicional cumplan sus obligaciones en forma que no signifiquen un peligro para la sociedad, para cuyo efecto cooperarán con el Tribunal de Conducta respectivo, de acuerdo con los artículos 27, 28, 29, 30, 31, 34, 35, 37 y 38 del Reglamento sobre Libertad Condicional.

3º Dar orientación legal sobre el cumplimiento de la Libertad Condicional.

## **10.- PROCEDIMIENTO DE CONCESION DE LA LIBERTAD CONDICIONAL**

La libertad condicional es un beneficio legal que se concede por orden de S.E. el Presidente de la República, a personas con condenas superiores a un año, a objeto que cumplan en libertad el saldo de la pena impuesta, sujetas a determinadas condiciones de control.

Se concede a través de las Secretarías Regionales Ministeriales de Justicia a proposición de las Cortes de Apelaciones. No consiste en una gracia, pues se concede sólo en los casos en que se cumplen los requisitos exigidos por la ley y siempre que la autoridad estime que la persona ya no

---

<sup>237</sup> MARTÍNEZ MERCADO, Fernando, "Asistencia Postpenitenciaria en Chile diagnóstico de la oferta pública", RIL editores, Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana (CESC), 1ª ed., Junio 2008, Santiago de Chile, pp. 92 a 99.

<sup>238</sup> Ver *nota 2*.



representa un peligro para la sociedad; tampoco es un derecho porque no hay recurso alguno en caso de su denegación.

Durante el primer día hábil de los meses de abril y octubre, el Jefe de la Unidad Penitenciaria envía a las Cortes de Apelaciones las nóminas de los postulantes al beneficio de libertad condicional. Posteriormente, las Cortes remitirán los antecedentes al respectivo Secretario Regional Ministerial de Justicia, donde se estudiará cada caso a fin de emitir el correspondiente pronunciamiento.

Es así entonces que el condenado debe pedir el beneficio al Tribunal de Conducta del establecimiento penitenciario donde cumple su condena. Para los efectos del cómputo del tiempo de duración de la condena, en los casos de los condenados que hayan obtenido alguna rebaja del tiempo o se les haya fijado otra pena por indulto presidencial, se considerará como pena definitiva, la condena que se señale en el indulto.

Los Beneficiarios de Libertad Condicional quedan sometidos al Tribunal de Conducta que haya en el lugar de su residencia y están sujetos a las siguientes obligaciones:

- No salir del lugar que se haya fijado como residencia, sin la debida autorización.
- Asistir a la escuela y desempeñar el trabajo que se les haya designado.
- Presentarse todos los domingos antes de las 12:00 horas a la Policía y ante el Tribunal de Conducta del cual dependan.
- No ser condenado por un nuevo delito o falta.

## **11.- CONSERVACION, SUSPENSION, AMPLIACION y REVOCACION DEL BENEFICIO**

### **Conservación de la libertad condicional**

El período de libertad condicional durará todo el tiempo que le falte al penado para cumplir su condena, y la pena se reputará cumplida si obtiene el indulto o si culmina su período de libertad condicional sin que haya sufrido una nueva condena o sin que se haya revocado su libertad condicional.<sup>239</sup>

Los condenados a los que se les conceda la libertad condicional quedarán sometidos al tribunal de conducta que haya en su lugar de su residencia, según su sexo, y si no hay de mujeres, del de hombres. Solo con autorización del Ministerio de Justicia y a petición del tribunal de conducta, se puede cambiar el lugar designado a un condenado en libertad condicional para cumplir su condena, de lo que se dará aviso al jefe de policía.

Ese tribunal puede autorizarlo a salir del lugar en que se le haya fijado como residencia, durante un tiempo no superior a dos meses en cada año. Dará aviso al jefe de policía de la ciudad prefijada y de aquella a la que se traslade el reo, ante el cual deberá presentarse el liberto, el mismo día de su llegada o al siguiente, y posteriormente una vez a la semana, de lo que la autoridad dará aviso al tribunal de conducta.

Si el liberto se traslada a un lugar donde no hay tribunal de conducta ni jefe de policía, serán reemplazados por la autoridad administrativa de mayor jerarquía, el juez o un oficial del Registro Civil; o por el comandante de la policía comunal o por el jefe de algún destacamento o grupo de Carabineros.

Los tribunales de conducta que pertenezcan a establecimientos penales donde haya talleres, podrán exigir a los reos libertos que no tengan trabajo al salir, o a los que estando en libertad condicional no tengan empleo, que trabajen en esos talleres, sometidos a los reglamentos del régimen interno

---

<sup>239</sup> DL 321. Artículo 3°.

del penal. También podrán ser obligados a desempeñar trabajos para el Estado o los Municipios.

Los demás tribunales pueden solicitar que a los reos que van a salir en libertad condicional y no tengan trabajo, se les fije como residencia donde haya talleres para penados.

El artículo 31 del DL 321 establece, además, que los condenados que se encuentren en libertad condicional estarán obligados, de un modo especial, a:

1. A no salir, sin la autorización debida, del lugar que se les haya fijado como residencia.
2. A asistir a una escuela o establecimiento de instrucción y a desempeñar el trabajo que se les haya designado, sin que puedan faltar ningún día, ni llegar atrasados o salir antes de la hora, salvo por enfermedad o por alguna causa poderosa que deberán justificar ante el tribunal de conducta.
3. A presentarse una vez a la semana, el día domingo antes de las 12:00 horas, a la policía que corresponda, pudiendo la Dirección General de Policía que ello lo cumplan ante el tribunal de conducta.
4. A justificar ante el tribunal de conducta sus inasistencias al trabajo o a la escuela y los atrasos o salidas anticipadas.
5. A obedecer las órdenes que les imparta el tribunal de conducta que les corresponda.

### **Ampliación de la libertad condicional**

Puede ocurrir que, aprobado el expediente de libertad condicional y encontrándose el penado sin excarcelar al no haber extinguido el tiempo mínimo, en su caso, para obtener ese beneficio, se le imponga una nueva sentencia condenatoria.

En este supuesto, el Centro Penitenciario procederá a la refundición de la nueva condena con las que venía extinguiendo, remitiéndose a la autoridad administrativa una nueva propuesta ampliatoria de la ya aprobada, lo que conllevará normalmente, una nueva resolución ampliando la libertad condicional a la nueva causa y trasladando sus efectos a la nueva fecha en que resulte de la refundición el cumplimiento del tiempo mínimo para optar al beneficio, tiempo en que será excarcelado. El artículo 14 del DL 321 establece que se cumple con el requisito para la obtención de la libertad condicional consistente en haber cumplido la mitad de la condena que se le impuso por sentencia definitiva, si el condenado ha permanecido privado de libertad durante el tiempo antes señalado; no obstante, para estos efectos se entiende también por “tiempo de condena” el total de las condenas que tenga que cumplir el ajusticiado, incluyendo las que se le impongan mientras cumple éstas, deducidas las rebajas que haya obtenido por gracia.

### **Suspensión**

Puede ocurrir que, encontrándose un penado en situación de libertad condicional, ya excarcelado, tuviera que cumplir una nueva condena por delito cometido con anterioridad a la obtención de su nuevo status de liberado condicional.

Como en el caso anterior y una vez que el centro penitenciario tiene conocimiento de esta circunstancia, ya sea porque el liberado condicional ingresa en el establecimiento para extinguir la nueva condena, o porque se recibe el testimonio de la sentencia sin que se haya producido el ingreso de éste, que sigue en situación de libertad.

Ante esta nueva situación se acumulará la nueva condena a aquéllas otras que viene cumpliendo el liberado condicional, se harán nuevos cálculos de las fechas de extinción del tiempo mínimo para la obtención del beneficio respecto del total de las penas a extinguir y, si procede, se formulará propuesta de ampliación de libertad condicional. Cuando, aún con la nueva condena, subsistan en el liberado condicional la concurrencia de todos y

cada unos de los requisitos establecidos para la obtención del beneficio que en su día sirvieron de base para la concesión al mismo de la libertad condicional, la autoridad competente resolverá en uno de los sentidos siguientes:

- Ampliar la libertad condicional a la nueva causa acordándose con efectos de la misma fecha de la resolución la inmediata excarcelación del penado, si se hubiera producido su reingreso en prisión y ya extinguido el tiempo mínimo de la totalidad de la nueva pena a cumplir.
- Suspender la libertad condicional del penado, acordando su reingreso en prisión cuando, efectuada la refundición de las condenas a extinguir se modificara la fecha de cumplimiento del tiempo mínimo y el penado se encontrare en situación de libertad. En este supuesto el penado deberá reingresar en prisión hasta la nueva fecha de cumplimiento del tiempo mínimo. Si el penado se encontrara ingresado en prisión se mantendría la suspensión de la libertad condicional hasta el cumplimiento del tiempo mínimo salvo, claro está, que se modificarán las circunstancias y requisitos para la obtención del beneficio, en cuyo caso podría acordarse la revocación de la misma.

### **Revocación**

El artículo 5º del DL 321 establece que la libertad condicional se revoca del mismo modo que se concede, esto es, por Decreto Supremo.

A su turno, el artículo del DL 2442 establece que la libertad condicional sólo podrá ser revocada por medio de un Decreto Supremo, a petición del Tribunal de Conducta respectivo, en los siguientes casos:

- a) Haber sido condenado por ebriedad o cualquier otro delito. Cuando la falta o delito que merezca la revocación la policía o la autoridad judicial que corresponda informará inmediatamente al tribunal de conducta respectivo.

b) Haberse ausentado sin autorización del lugar que se le haya fijado como residencia;

c) No haberse presentado, sin causa justificada, durante dos semanas consecutivas, a la jefatura de policía que le corresponda;

d) Haber enterado tres notas de mala conducta en la escuela o donde trabaje, calificadas por el tribunal de conducta respectivo.

Cuando se haya revocado la libertad condicional a algún condenado que no esté privado de libertad, será detenido por la policía a fin de hacerlo ingresar al establecimiento carcelario que exista en el lugar más cercano a su detención, de donde será trasladado por Gendarmería al penal que se le haya designado para cumplir el tiempo que le faltare para su condena.

Para tener derecho a salir nuevamente en libertad condicional, deberá cumplir la mitad del tiempo que le corresponde estar de nuevo privado de libertad y reunir los requisitos para su obtención, siempre que no haya sido condenado nuevamente por algún delito, pues en ese caso será considerado como reincidente.

Finalmente, el jefe del establecimiento penal respectivo comunicará oportunamente al Ministerio de Justicia si han ingresado o no a cumplir el resto de sus condenas los reos a quienes se les haya revocado la libertad condicional.

## **El Indulto**

Regulado por el Reglamento de Indultos Particulares, Decreto 1542, cuando el condenado en libertad condicional haya cumplido la mitad de la pena, obteniendo invariablemente las mejores calificaciones por su conducta, aplicación al trabajo y dedicación al estudio, podrá solicitar al Supremo Gobierno, por intermedio del tribunal de conducta respectivo, que le indulte el tiempo que le falte.

Toda persona que se encuentre condenada por sentencia ejecutoriada, salvo por conductas terroristas, puede solicitar a S.E. el Presidente de la

República que le conceda el indulto, el cual puede consistir en remisión, conmutación o reducción de la pena principal y/o accesorias, tramite estrictamente confidencial. La solicitud debe presentarse ante el establecimiento penitenciario en que se está cumpliendo la pena privativa o restrictiva de libertad. Sólo en caso de penas que no importen privación o restricción de libertad, se puede presentar la solicitud en la Oficina de Partes del Ministerio de Justicia o en la respectiva Secretaría Regional Ministerial de Justicia. Salvo casos excepcionales (por ejemplo, enfermos terminales) el condenado deberá cumplir, además, con requisitos tales como el transcurso de más de un año desde que se resolvió una solicitud anterior, el cumplimiento de un determinado plazo de la condena (la mitad o las dos terceras partes, dependiendo del delito), que no se trate de un condenado que haya obtenido un indulto con anterioridad, que habiendo obtenido la libertad condicional ésta no le haya sido revocada y que se encuentre cumpliendo la condena (no haya quebrantado su condena). A la solicitud de indulto se deberán acompañar copias autorizadas de las sentencias condenatorias de primera y segunda instancia y de casación, si la hubiere, con certificación de ejecutoriada.

El resultado es el otorgamiento o denegación de indulto, a través de un decreto o resolución del Ministerio de Justicia.

## CAPÍTULO V

### SEGURIDAD CIUDADANA Y SU RELACION CON LOS FINES DE LA PENA

#### 1. CONCEPTO DE SEGURIDAD CIUDADANA

El concepto de seguridad ciudadana era desconocido para nuestros legisladores de décadas pasadas. Con la palabra seguridad se designaba uno de los conceptos jurídicamente indeterminados de la Constitución de 1980, la Seguridad Nacional.<sup>240</sup> Ésta graficaba la defensa de los intereses nacionales más allá de nuestras fronteras. El enemigo potencial para el constituyente de los 80, “contra el que había que asegurarse”, era exógeno.

Sin embargo, a partir de la década siguiente, la utilización y connotación que se da al vocablo seguridad, se relaciona casi exclusivamente, con definir y aglutinar las políticas de orden público, dirigidas a proteger a la ciudadanía del fenómeno delictivo (y la “inseguridad” que ésta produce).<sup>241</sup> Estas políticas han tenido por objeto combatir el denominado “enemigo interno”, que vive y se mueve entre nosotros: el delincuente, el terrorista, el antisocial. Así, desde un punto de vista simbólico, la seguridad, otrora usada para referirse a la protección de la nación frente a amenazas provenientes de otros Estados, ahora procura proteger a la ciudadanía en la “lucha o guerra contra la delincuencia.”<sup>242 243 244</sup>

---

<sup>240</sup> Ver: Constitución Política de la República de Chile, Artículos: 1º, inciso 5º; 8, inc. 2º; 19 N°11, inc. 2º; 19 N°15, inc. 4º; 19 N°16, inc. último; 19 N°21, inc. 1º; 19 N°24, incs. 2º y 10º; 22; 101, inc. 1º; y artículo 106, incs. 1º y 3º.

<sup>241</sup> “Éstas últimas, nacidas en el seno de políticas de confrontación-internacional o nacional-hacen del tema de la seguridad un hecho casi bélico, transformando a cualquier autor de conductas calificadas como delictivas en la ley penal, como un enemigo al que no sólo hay que neutralizar, sino aniquilar y destruir.”(Fuente: “El Sol en la Ciudad. Estudios sobre Prevención del Delito y Modernización Penitenciaria”, Editora Nacional de Derechos Humanos, septiembre, 1993, Santiago Chile, p.10).

<sup>242</sup> Cliché utilizado por los defensores del movimiento de Seguridad Ciudadana.

<sup>243</sup> Podemos señalar como origen de la introducción del discurso securitario a nuestro ordenamiento penal la Ley N°19.047, que introdujo modificaciones al Código de Procedimiento Penal. Se agregó, en referencia a las causales de denegación a la Libertad Provisional, “*cuando la libertad del detenido o preso sea peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido*”.

<sup>244</sup> William Bratton, jefe máximo de la policía durante el mandato de Rudolph Giuliani, responsable de la popularización del movimiento de Seguridad Ciudadana, señalaba respecto a su inicial “éxito”



El discurso securitario y el debate en torno a la seguridad ciudadana, ha infiltrado completamente nuestro sistema penitenciario. El Ministerio del Interior ha señalado que “La delincuencia es un tema relativamente nuevo en el debate de la política pública en nuestro país. A partir de la década de los 90 se instaló en la agenda, caracterizándose el debate más por su contenido emotivo e ideológico que por su sustento técnico. Este primer periodo se puede identificar por la presencia de argumentos polémicos y confrontacionales, por una discusión de fuerte contenido reactivo, emocional y efectista frente a la delincuencia. Este debate poco o nada ayudó a la construcción de una política eficaz y eficiente en la prevención y control de la criminalidad.”<sup>245</sup> Esta importancia otorgada al fenómeno delictual ha venido en trasuntarse de distintas maneras en nuestro ordenamiento jurídico penal, reconociéndose un panorama social actual profundamente sensibilizado por el tema.<sup>246</sup>

La seguridad ciudadana ha venido a ocupar en nuestra agenda pública, el lugar que en otro tiempo ocupó la lucha contra la pobreza.<sup>247</sup>

Este panorama se hace patente en la actual coyuntura eleccionaria, formando parte sustancial de las actuales campañas políticas, con total independencia de la corriente ideológica a la que adscriben los candidatos.<sup>248</sup>

---

en la guerra contra la delincuencia: “Hemos desembarcado en Normandía, pero todavía no hemos derrotado al enemigo (...) Pelearemos por cada casa, por cada cuadra, por cada vecindario para librarlo del crimen y ganaremos la batalla” (Fuente: “La Guerra y La Paz Ciudadana”, *Op. Cit.*, p. 83.  
<sup>245</sup>“Política Nacional de Seguridad Ciudadana”, Ministerio del Interior, División de Seguridad Ciudadana, Santiago, Octubre, 2004, pp. 16 y 17.

<sup>246</sup> En el Mensaje del Ejecutivo del Código Procesal Penal se señala: “En Chile, por motivos diversos, existe una gran inseguridad subjetiva, un fuerte temor a la criminalidad”.

<sup>247</sup> “*En la Encuesta de Opinión del Centro de Estudios Públicos (CEP)*, se establece que los problemas relacionados con la seguridad ciudadana son los que más preocupan a la población (55%), inclusive es un 3% más alto que el anterior, por sobre los temas de salud, trabajo y educación” (Fuente: Tercer Simposio Nacional de Investigación sobre Violencia y Delincuencia, Fundación Paz Ciudadana, 4 y 5 de octubre de 2006, Santiago). En todo caso, según el INE, la preocupación de la población por la delincuencia, entre el año 2007 y 2008, desciende a un cuarto lugar (Fuente: [www.ine.cl](http://www.ine.cl)).

<sup>248</sup> En el debate presidencial realizado con fecha 23 de septiembre de 2009, los cuatro candidatos a la presidencia de la República, iniciaron sus discursos refiriéndose a la “lucha contra la delincuencia”, coincidiendo “en decir (sic) que sus eventuales gobiernos pondrán un “candado a la puerta giratoria” (Fuente: Tele13 noticias, 24 de septiembre de 2009, disponible en: <http://tele13.canal13.cl/noticias/nacional/7708.htm>)

Haciendo eco de esta ideología securitaria, son numerosos los ejemplos en que nuestra legislación se ha visto invadida por políticas que adscriben al modelo penal de la Seguridad Ciudadana.<sup>249</sup> De esta manera, cada vez se clama por mayor dureza y represión, intentando poner así coto a la denominada “explosión delictual.”<sup>250</sup>

Por otro lado, la demonización de ciertos tipos de delitos por parte de los medios de comunicación social, ha aumentado la percepción de la violencia delictual que existe en nuestro país. Esto, por supuesto, ha traído distintos dividendos a sus defensores, los que han sacado partido de esta sensación de pánico colectivo imperante.<sup>251 252</sup>

Este modelo penal podría caracterizarse por la exigencia de actuaciones enérgicas contra la delincuencia clásica, resumida en el cliché mediático de la “mano dura contra la delincuencia”, excluyendo otro tipo de conductas provenientes de clases poderosas, como la criminalidad de cuello blanco<sup>253</sup> o nuevos tipos criminales, como los delitos económicos o contra el medio ambiente. Las políticas criminales así creadas, van dirigidas a intervenir principalmente sobre los sectores marginales carenciados de nuestra sociedad, sectores sociales respecto de los cuales, por lo demás, se ha producido un notable desapego y desinterés por parte de las clases sociales medias mayoritarias, las que muy por el contrario, solidarizan con los

---

<sup>249</sup> FERNÁNDEZ C., José Ángel, “El Nuevo Código Penal: Una Lucha por el Discurso de la Criminalidad”, en: *Política Criminal* N°1, 2006, Año 5, p. 1- 30.

<sup>250</sup> En palabras del ex Fiscal Nacional del Ministerio Público, Guillermo Piedrabuena, “Frente a esta tendencia ideológica existe (...) una gran presión del ciudadano común, de los medios de comunicación y de los políticos de todas las tendencias en el sentido de que debe aumentarse la severidad penal y en tal sentido se han despachado numerosas leyes que endurecen las penas, tales como la ley de control de armas, los hurtos hormigas, los delitos de agresión contra los policías, delitos de enriquecimiento ilícito y ahora recientemente en la ley de responsabilidad penal juvenil. También es manifestación de esta tendencia la ley de violencia familiar y en el rechazo a los acuerdos reparatorios y también algunas normas del nuevo sistema penal juvenil”, PIEDRABUENA, Guillermo, “La proyección nacional de la Reforma Procesal Penal”, ponencia del Seminario de Evaluación Reforma Procesal Penal, celebrado el 27 de octubre de 2005, en: *Política Criminal* N°2, 2006, D1, p 4.

<sup>251</sup> Ver “La Guerra y la Paz Ciudadana”. *Op. Cit.*

<sup>252</sup> BECCARIA se pregunta: “... ¿cuál es el fin político de las penas? El terror de otros hombres...” *Op. Cit.*, p.55.

<sup>253</sup> “*White Collar Criminal*”, expresión acuñada en la década del 30’ por el sociólogo e investigador norteamericano Edwin Sutherland, que inventó esta categoría para referirse a las personas de estrato medio y alto, que cometen transgresiones legales y éticas en el ejercicio de su profesión.

sectores sociales privilegiados y sus pautas de comportamiento.<sup>254</sup> Este comportamiento aspiracional podría resumirse en la célebre frase del Lazarillo de Tormes: “arrimarse a los buenos, por ser uno de ellos.”

FERNÁNDEZ señala que la mayor parte de las medidas gubernamentales observadas en los tres últimos gobiernos de la concertación, pueden fundamentalmente entenderse ínsitas en el modelo de Prevención Comunitaria del Delito, derivado de las políticas de Tolerancia Cero, popularizadas por el Alcalde de Nueva York Rudolph Giuliani en la década de los 90.<sup>255</sup> Respecto al tema del sistema penitenciario, es de importancia gravitante el hecho de que la coalición oficialista haya construido tres veces más cárceles que las que levantó Pinochet en sus 17 años.<sup>256</sup> A ello debe sumarse la ya iniciada construcción de 10 cárceles concesionadas a privados, lo que a decir del gobierno “representa un gran avance.”<sup>257</sup>

Según el magistrado BROOKS,<sup>258</sup> esta corriente político-criminal ha importado para los E.E.U.U. el contar con la población penitenciaria más numerosa de la tierra, señalándose como principales causas de dicho aumento las campañas de “mano dura contra la delincuencia” y las leyes de condenas mínimas obligatorias.<sup>259</sup>

Pueden citarse como ejemplos paradigmáticos de la influencia que ha ejercido el discurso de la Seguridad Ciudadana en nuestro sistema penal,<sup>260</sup> la Ley N°19.927 que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil (D.O. 14 de enero de 2004), que exasperó de manera general todas las penas; la Ley N°19.950 que aumenta las sanciones a los delitos de hurto y facilita su denuncia e investigación (D.O. 5 de junio de 2004), destinada a

---

<sup>254</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>255</sup> FERNÁNDEZ, *Op. Cit.*, p. 10.

<sup>256</sup> RAMOS A. y GUZMÁN DE LUIGI, *Op. Cit.*, p. 28.

<sup>257</sup> “Política Nacional de Seguridad Ciudadana”, Ministerio del Interior, División de Seguridad Ciudadana, Santiago, Octubre, 2004, p. 51.

<sup>258</sup> Profesor de Derecho de la *California Western School of Law*. Director del Proyecto “Inocente.”

<sup>259</sup> En palabras del magistrado Justin Brooks, ha llegado a 2.1 millones de reclusos en el año 2005, cifra en 1995 alcanzaba los 1.5 millones. En: “Estado de Derecho y Reformas a la Justicia”, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Estudios de la Justicia, Santiago, 2005, pp. 282 a 285.

<sup>260</sup> FERNÁNDEZ, *Op. Cit.*, pp. 14 – 15.

aumentar las penalidades de los hurtos-falta transformándolos en simples delitos; la Ley N°20.000 que sustituyó la Ley 19.366 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (D.O. 16 de febrero de 2005), que establece la figura del microtráfico, a efectos de terminar con la práctica judicial de calificar de consumo-falta, hechos que para el legislador ahora constituyen el delito de microtráfico; y a las que podemos agregar la reciente Ley N°20.253,<sup>261</sup> conocida como Agenda Corta Antidelincuencia, que concedió nuevas facultades a policías, fiscales y jueces.

## **2. INSEGURIDAD CIUDADANA Y CRIMINALIDAD**

En el debate político criminal actual, suelen confundirse dos conceptos que en su naturaleza más íntima tienen características y componentes completamente distintos. La inseguridad ciudadana se relaciona con una percepción subjetiva por parte de las personas; en cambio, las tasas de criminalización y los índices de criminalidad son básicamente indicadores objetivos.<sup>262</sup>

Respecto del sentimiento de inseguridad ciudadana, al tener un componente emocional, puede ser fácilmente manipulado por sus creadores para fines puramente populistas o demagógicos, ajenos a una política criminal coherente, que no abuse de la función instrumental o simbólica del derecho penal.

Un sentimiento de inseguridad de causas objetivas, que obedece a un real aumento de la criminalidad. Una política criminal encaminada al bien común, se sirve de una noción de seguridad objetiva, basada en el bien común y dirige sus esfuerzos hacia la concientización de la ciudadanía acerca de sus necesidades sociales reales. En cambio, una política criminal orientada por un concepto de seguridad subjetivo, obedece a intereses particulares, y “permite a sus diseñadores sacar partido de los miedos (también subjetivos)

---

<sup>261</sup> Ley 20.253 que modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal en materia de seguridad ciudadana y refuerza las atribuciones preventivas de las policías. D.O. 14 de marzo de 2008.

<sup>262</sup> MERA F. Jorge, “Seguridad Ciudadana, Violencia y Delincuencia”, en: “El Sol en la Ciudad”, *Op. Cit.*, pp. 86 - 87.

de la gente,”<sup>263</sup> se orienta hacia criterios económicos<sup>264</sup> o político partidistas, sólo movidos por un afán efectista de figuración social.<sup>265</sup>

En el momento actual, nadie puede dudar de la importancia del tema de la seguridad ciudadana para la opinión pública, especialmente para quienes quieren catapultarse en la arena política, lo que queda de manifiesto en los últimos acontecimientos relativos al panorama electoral chileno.<sup>266</sup>

Según cifras del año 2006, la tasa de victimización se mantiene estable y en descenso, muy por el contrario, la tasa de personas inseguras ha demostrado un nivel creciente.<sup>267</sup> No obstante, este mayor temor parece tener un componente subjetivo importante: el mismo año, en la comparación de la sensación de inseguridad con personas que realmente tienen más probabilidad de ser víctimas de un delito, se produce la “paradoja de la victimización”, puesto que las personas más atemorizadas son precisamente aquellas que presentan una menor probabilidad de ser víctimas de un delito.<sup>268</sup> En los hechos, se reconoce lo difícil que es establecer parámetros objetivos para algo tan subjetivo e íntimo como una sensación. Al respecto, el gobierno ha señalado que en la inseguridad “Los únicos factores potencialmente relacionados con la evolución de la delincuencia que no mejoran o decaen en algunos períodos, son el empleo, el consumo de

---

<sup>263</sup> STIPPEL, *Op. Cit.*, pp. 18 – 19.

<sup>264</sup> Ver: “El Negocio de la Delincuencia,” RAMOS A., Marcela y GUZMÁN DE LUIGI, Juan, en: “La Guerra y la Paz Ciudadana”, editorial LOM, Octubre, 2000, Santiago, Chile, pp. 95 a 126.

<sup>265</sup> Cómo no recordar a Joaquín Lavín y sus botones de pánico. El ex candidato presidencial, que asumió la alcaldía de la I. Municipalidad de Las Condes el mismo año en que nace Paz Ciudadana, fue elegido con 77.7 % de los votos, una votación histórica. Asimismo, “Los planes cuadrantes, los carros de vigilancia, los fono verano seguro, dotaron a hombres como Jaime Ravinet, Pedro Sabat, Raúl Torrealba y el coronel (r) Cristián Labbé, de un protagonismo nunca antes visto. Dejaron de ser simples tapa hoyos, expertos viales, reparadores de semáforos, para convertirse en los líderes que encarnaban una nueva forma de hacer política:” cercana a la gente, preocupada de los problemas reales” (Fuente: “La Guerra y La Paz Ciudadana”, *Op. Cit.*, pp. 81 y 87.

<sup>266</sup> Ver cita 247.

<sup>267</sup> “Tercer Simposio Nacional de Investigación Sobre Violencia y Delincuencia”, Fundación Paz Ciudadana, 4 y 5 de octubre de 2006, Santiago, Chile, p. 60.

<sup>268</sup> Conformadas principalmente por mujeres de más de 60 años, *Ibíd.*, pp. 62 – 63. Lo mismo, ocurría ya en el año 1990, cuando un estudio del CEP señalaba que “el miedo de los encuestados era contradictorio con la realidad” (Fuente: “La Guerra y La Paz Ciudadana”, *Op. Cit.*, pp. 74 y 75.

drogas, la prevalencia de la violencia y una deficiente distribución del ingreso.”<sup>269</sup> 270

### 3. CAUSAS PROBABLES DEL SENTIMIENTO DE INSEGURIDAD

A partir de los cambios que ha sufrido nuestra sociedad, podríamos apuntar dentro de las múltiples causas del incremento de la inseguridad ciudadana, un componente socio-económico.

El desenvolvimiento de nuestra sociedad en una economía de mercado, la mejora en el acceso a bienes que no habríamos imaginado veinte años atrás, sumado al amplio acceso al crédito<sup>271</sup> de sectores tradicionalmente postergados, ha dado una apariencia de bienestar no observada en los últimos años de nuestra historia.

A nuestro entender, estos cambios económicos y sociales producto de la vuelta a la democracia, y el desenvolvimiento del modelo económico, se han sumado a otros de naturaleza identitaria. El estigma ligado a la pertenencia a un estrato socioeconómico bajo<sup>272</sup> y el mayor acceso a bienes de consumo, han llevado a la ciudadanía a autoperibirse como integrante de una bullante clase media trabajadora, generándose mayores expectativas de bienestar.

---

<sup>269</sup> “Política Nacional de Seguridad Ciudadana”, Ministerio del Interior, División de Seguridad Ciudadana, Santiago, Octubre, 2004, p. 16.

<sup>270</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>271</sup> Actitud que a nuestro entender ha sido facilitada por el gobierno: el 30 de marzo 2009, en la sección noticias de la *web* del Ministerio de Hacienda, se señalaba: “Medidas para facilitar el acceso al crédito a personas y empresas: El gobierno anunció 20 medidas para estimular el crédito bancario y no bancario, promover mayor competencia en el sistema financiero e incentivar más opciones de financiamiento para personas y empresas.(...) El conjunto de las medidas podría generar 3600 millones de dólares de crédito privado adicional. Con más crédito en mejores condiciones, las familias tendrán más tranquilidad y las empresas, especialmente las más pequeñas, podrán dar más empleo” (Fuente: [www.hacienda.gov.cl/prensa/...credito/Minuta\\_Tecnica\\_web.pdf](http://www.hacienda.gov.cl/prensa/...credito/Minuta_Tecnica_web.pdf)).

<sup>272</sup> Como tal debemos entender a la gente más pobre de nuestro país. De acuerdo a la Clasificación por Grupo Socioeconómico, el Grupo (GSE) D, calificado por algunas empresas de estudios de mercado como la clase baja. “Se trata de personas con estudios básicos o medios incompletos. Suelen carecer de profesión, por lo que se desempeñan generalmente como obreros, empleadas domesticas o jardineros, que pueden tener un ingreso familiar mensual entre 245 mil pesos y 440 mil. Viven en poblaciones antiguas, de tipo popular y con alta densidad poblacional, en calles con veredas estrechas y pavimento en regular estado, sin áreas verdes y medianamente limpias. Sus casas son pequeñas, de tipo económica y están en Cerro Navia, Recoleta, Conchalí y El Bosque”. (Fuente: <http://www.aimchile.cl/G10.ASP>)

Esta autopercepción es aprovechada por los medios de comunicación y los políticos de todas las esferas, que ahora se lanzan en búsqueda de la seducción del voto de la clase media.

GARRETÓN, citado por STIPPEL, afirma que se ha producido una desinstitucionalización de la vida social, lo que ha traído "...un debilitamiento de sistemas de normas y criterios que fijen (sic) el marco de la vida en común, lo que implica mayor incertidumbre y la búsqueda de parámetros para la vida en comunidad..."<sup>273</sup> Dicha búsqueda de identidad socioeconómica se ha visto reflejada en el *marketing* del más amplio espectro de cosas, abarcando desde la venta de un café hasta las campañas políticas. Según pensamos, este escenario ha sido el caldo de cultivo que ha permitido la intromisión y posicionamiento de los discursos securitarios en nuestra política criminal y temas país. Al parecer, una vez conseguido un determinado estado de bienestar basado en el más amplio acceso al consumo, inmediata y consecuentemente se sucede un angustiante deseo de proteger lo obtenido, de manera de minimizar o hacer desaparecer cualquier riesgo que haga peligrar esa "paz".<sup>274</sup>

#### **4. INSEGURIDAD SOCIAL Y SU INFLUENCIA EN LA AGENDA POLITICO LEGISLATIVA**

Las percepciones sociales acerca del fenómeno delictual, como veíamos, son influidas<sup>275</sup> por diversos agentes sociales, que ven en la satanización del delito y en la inflación carcelaria, una posibilidad de obtener dividendos.<sup>276</sup>

---

<sup>273</sup> STIPPEL, *Op. Cit.*, p. 137.

<sup>274</sup> Algunas cifras: El Índice de Temor de Paz Ciudadana, señala que la sensación de inseguridad es mayor en las personas con más bajos ingresos (22%), mientras que la percepción del temor en el grupo de más altos ingresos es menor (14.4%). (Fuente: Fundación Paz Ciudadana, *Op.Cit.*, pp. 59 – 94).

<sup>275</sup> *Ibidem*, p. 17 y 290.

<sup>276</sup> A decir de HORVITZ: "Parece increíble que no obstante la comprobación empírica, a partir de la segunda mitad del siglo XX, del fracaso de la prisión como medio de lucha contra la criminalidad, ella sea constantemente promovida y percibida como útil a la consecución de tal fin (...) En tal sentido, es imperativo someter a un control severo, en la forma de una crítica lógica y empírica rigurosa, todos aquellos planteamientos teóricos y criminológicos, vestidos con ropaje pseudocientífico." En STIPPEL, *Op. Cit.*, p. 295.

Los medios de comunicación, desde un lado manipulan sin ética profesional la realidad, crean verdaderas historietas de ciencia ficción a partir del fenómeno delictual, con personajes, villanos y héroes,<sup>277</sup> supeditando el interés público a intereses comerciales.<sup>278</sup> Informan la ocurrencia de hechos delictivos, generalmente de gran espectacularidad y morbo, sin embargo, rara vez dan igual énfasis a la necesaria discusión de estos temas.<sup>279</sup>

Por otra parte, los políticos se posicionan como los nuevos adalides de la ciudadanía, defensores de la propiedad e integridad de la “gente honesta”, transformando al atemorizado ciudadano - espectador, en un prosélito más.

La receta frente a la lucha contra la delincuencia siempre es simple: aumentar la criminalización y las penas, construir más cárceles, aumentar la vigilancia, etc., todas medidas que empíricamente se ha comprobado no producen ninguna disminución de las tasas de delincuencia, sino que muy por el contrario, generan un estado policíaco, una sociedad vigilante y castigadora,<sup>280</sup> que se basa en la desconfianza por el otro, que restringe la libertad de toda la ciudadanía y fomenta el abuso de autoridad sobre el común de la gente. Respecto al sistema penitenciario, el aumento de las penas, la creación de nuevos tipos delictuales, la construcción de cárceles, el establecimiento de condenas mínimas, la restricción o supresión de beneficios intrapenitenciarios y medidas alternativas a las penas privativas de libertad, no sólo impide la consecución de cualquier finalidad útil de las penas. De esta manera, la resocialización se transforma en desocialización y exclusión. El sistema penitenciario deviene así en una herramienta que “nadie sabe muy bien para qué sirve, o cuándo es necesario utilizarla”,<sup>281</sup> no obstante la utilizamos alevosamente y de manera indiscriminada.

---

<sup>277</sup> STIPPEL, cita como ejemplo “las niñas araña”, pp. 130 a 133.

<sup>278</sup> *Ibidem*, p. 129.

<sup>279</sup> FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA, *Op. Cit.*, p. 63.

<sup>280</sup> RAMOS y GUZMÁN, *Op. Cit.*, p. 10.

<sup>281</sup> RIEGO RAMÍREZ, Cristián, “Comentario sobre el Informe de la Cámara de Diputados”, en: “El Sol en La Ciudad”, *Op. Cit.*, p 145.



Ya han sido puestas en entredicho las falencias metodológicas de los estudios que señalan el aumento de la delincuencia<sup>282</sup> (a las que se suman, como ya vimos, las dificultades prácticas acerca de cómo cuantificar conceptos tan subjetivos como el sentimiento de inseguridad). Se cuestiona también la falta de información relativa a determinado tipo de delitos, por ejemplo, la victimización por abuso de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, los que incluso pudieren no constituir ilícitos, pero que igualmente pueden generar amedrentamiento y miedo, como es el control de identidad y la revisión de los transeúntes. Es decir, en dichos estudios de victimización no se contabilizan los abusos policíacos que a veces ni siquiera derivan en delito y que deben sufrir impunemente personas comunes y corrientes, a veces, como consecuencia del aumento incontrolado de las facultades de los cuerpos policíacos.

No obstante, el importante sentir que experimenta la ciudadanía no puede obviarse, a pesar de esta aparente falta de idoneidad. Igualmente debe oírse a las víctimas, puesto que paradójicamente, también forman parte de los sectores carenciados, tradicionalmente más criminalizados de nuestra sociedad.<sup>283</sup>

Sumada a la “cifra negra de la criminalidad”, aporte de la criminología crítica, que demuestra que la criminalidad real es mucho mayor que la criminalidad legal,<sup>284</sup> también se señala la desconocida “cifra gris”, representada por la ausencia de datos en relación a delitos que son cometidos pero que no se persiguen.<sup>285</sup> KUPERS, psiquiatra social, señala que aunque poseyéramos los datos ignorados tradicionalmente por estos

---

<sup>282</sup> STIPPEL, pp. 119 – 120. En efecto, el propio estudio sobre inseguridad y delincuencia señala: “*La investigación corresponde a un trabajo con fuentes secundarias, lo que se entiende por el cúmulo de informaciones que se hallan recogidas o publicadas por diversas instituciones sin propósitos específicos de investigación social...*”. (FUENTE: Fundación Paz Ciudadana, *Op. Cit.*, cita 41, p. 63). Llama la atención que unas páginas más adelante se señale un estudio acerca de las ventajas de la disuasión de delitos mediante mecanismos comunicacionales, consistente principalmente en la publicación de avisos y fotografías de imputados. La coautoría de dicho estudio corresponde al director de ALTO S.A., una empresa de seguridad dedicada a disminuir los delitos en tiendas de retail, precisamente mediante dicha disuasión. (*Ibidem*, p. 111)

<sup>283</sup> FERNÁNDEZ C., *Op. Cit*, *ibidem*.

<sup>284</sup> “El Sol en La Ciudad”, *Op. Cit.*, p. 76 y 77.

<sup>285</sup> KUPERS, Terry, en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2004, núm. 07 – cl, p. 16.

estudios, tendríamos que analizarlos correctamente. Da un ejemplo bastante decidor al respecto. Señala un caso hipotético relacionado al consumo ilegal de drogas por parte de adolescentes en E.E.U.U. Por un lado se tiene un adolescente blanco de clase media, que tiene todo pero que usa drogas con fines recreacionales, para “espantar el aburrimiento”, y por otro, un joven de color en los suburbios, cuyo consumo de drogas podría reflejar una forma de enajenarse de su realidad marginal, inadecuada escolarización, ausencia de expectativas de éxito en el mercado laboral y con el hecho de ser degradado por el racismo cultural. “Ambos cometen el mismo crimen, pero el niño negro sí es arrestado, mientras el blanco no lo es.” El propio *Bureau of Justice Statistics* estima que a mediados del año 2003, un 12% de hombres negros entre los veinte y los treinta años estaba preso, un 3.7% de hispanos y sólo un 1.6% de hombres blancos, en la misma franja etárea. Esta realidad no es ajena al sistema persecutorio chileno; Mario MUÑOZ, antropólogo y ex director de la Fundación DEM (Fundación Nacional Para la Defensa Ecológica Del Menor), acota que “Los muchachos de sectores medios llegan sólo a la comisaría. Allí los rescata su padre, quien probablemente reta al carabinero por el descriterio de detener a su hijo cuando maneja en estado de ebriedad. Pero el joven sin recursos entra rápidamente a este embudo donde es muy luego es tratado como delincuente.”<sup>286</sup>

A pesar de esta realidad empírica, las cifras deben analizarse “de tal manera que no mostremos injustamente a las personas socialmente desfavorecidas como personas especialmente propensas al crimen. ¿Cómo explicaríamos la cantidad de personas socialmente desfavorecidas que no delinquen?”<sup>287</sup> No debe cometerse el típico error de enfoque al hablar del tema: “Lejos de asociar pobreza con delincuencia, muchos estudios demuestran que el delito es un hecho repartido homogéneamente en todos los grupos sociales.”<sup>288</sup> Por el contrario, lo que no es homogéneo ni justo, es la calificación y estigmatización como delincuente.

---

<sup>286</sup> RAMOS y GUZMÁN, *Op. Cit.*, p. 174.

<sup>287</sup> KUPERS, *Op. Cit.*, p. 16.

<sup>288</sup> RAMOS y GUZMÁN, *Op. Cit.*, p.174.

Al mismo tiempo, otro factor preponderante al momento de analizar el fenómeno delictual, es la patente desigualdad social, que potencia un efecto vitrina, generando un nuevo tipo de criminalidad habitual de poca monta “que centra sus afanes en los delitos y faltas patrimoniales, con cuyos beneficios esperan obtener las oportunidades vitales que en general la sociedad no les ofrece o que, en el mejor de los casos, han desaprovechado.”<sup>289</sup>

En el actual escenario, la política criminal, más que transformarse en una herramienta del Estado que dote de racionalidad y humanidad a la aplicación del *ius puniendi*, se transforma en un arma político partidista, que más que dar profundidad al debate, responde de manera análoga, con políticas cortoplacistas y efectistas, que más que atacar las complejas causas de la delincuencia, entran en el mismo juego sucio, generando ceguera y exclusión social.

## **5. ESQUIZOFRENIA POLITICO CRIMINAL DEL TRATAMIENTO A LOS PENADOS**

El tratamiento que se ha dado al tema ha derivado en una esquizofrenia político-criminal; posturas como las del Derecho Penal del Enemigo y la de la Sociedad del Riesgo, llevan a la dogmática a esta doble personalidad. Por un lado JAKOBS, con su Derecho Penal del Ciudadano y su Derecho Penal del Enemigo, por otro, la propuesta “progresista” de SILVA SÁNCHEZ, con su Derecho Penal de Tercera Velocidad, inserto en el concepto de la Sociedad del Riesgo, conciben un Derecho Penal destinado a distintos tipos de sujetos, por una parte los enemigos internos, y por otra, los distintos tipos de delincuentes, respectivamente.<sup>290</sup>

Se olvida la condición *sine qua non* de todo proceso penal: los delincuentes también son ciudadanos (“y personas”). MAÑALICH señala que “La adopción de una actitud reactiva, y aun la irrogación de un mal como consecuencia” (...) “supone que al sujeto se lo sigue considerando miembro

---

<sup>289</sup> DIEZ RIPOLLÉS, *Op. Cit.*, p. 16.

<sup>290</sup> *Ibidem*.

de la comunidad, puesto que tales actitudes de desaprobación e indignación son precisamente los correlatos de la demanda moral cuando se siente que la demanda ha sido ignorada.”<sup>291</sup> En la misma línea, SEPÚLVEDA señala una razón histórica al trato discriminatorio que reciben los penados: “...a los condenados intramuros el sistema constitucional no los consideraba como ciudadanos, y por ende no se les permitía alcanzar las bondades del sistema democrático.”<sup>292</sup> A mayor abundamiento, nuestro Reglamento de Establecimientos Penitenciarios yendo más allá de los meros imputados, señala respecto de los internos que “...su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres...”<sup>293</sup> <sup>294</sup> Un sistema penitenciario moderno debe partir por considerar al recluso un “ciudadano en custodia”, puesto que a pesar de haber sido condenado y privado de libertad, no ha perdido su dignidad como ser humano ni sus otros derechos en general.<sup>295</sup>

Desde otra arista, STIPPEL pone de manifiesto la contradictoria dualidad existente en nuestra política criminal, señalando otras incoherencias: “se favorece el uso de la prisión y la prisionización, aunque en el discurso se pretenda crear mayores posibilidades de rehabilitación” (...) “se restringe el otorgamiento de la libertad o de los beneficios intrapenitenciarios y simultáneamente se quiere terminar con el hacinamiento y la sobrepoblación penal.”<sup>296</sup>

La doctrina ha señalado que la única manera de ejecutar una política criminal responsable y coherente, necesariamente debe poner énfasis en las políticas sociales encaminadas a la prevención del delito. Debe terminarse con aquel planteamiento que ve en el derecho penal la fórmula para modelar

---

<sup>291</sup> MAÑALICH R., Juan Pablo, “Pena y Ciudadanía”, p.70, disponible en: [www.cepchile.cl/dms/lang\\_1/doc\\_4059.html](http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_4059.html).

<sup>292</sup> SEPÚLVEDA, *Op. Cit.*, p. 87.

<sup>293</sup> D.S. N° 518, refundido, D.O. 3 de Abril de 2006, Artículo 2, inciso 1°.

<sup>294</sup> No obstante, esta diferenciación entre “ciudadanos decentes que cumplen la ley”, y los enemigos internos, no-personas de los delincuentes, no es nueva: “Ya HOBBS distinguió entre los malos ciudadanos que infringen la ley estatal y los enemigos del Estado que como tales han de ser tratados conforme al Derecho de guerra; ROUSSEAU también mantuvo que los autores de determinados crímenes dejaban de ser “personas morales” pertenecientes al estado civil y se convertían en meros “hombres” a los que era de aplicación el estado de guerra.” (Fuente: FERNÁNDEZ C., *Op. Cit.*, p. 10).

<sup>295</sup> WALTER, *Op. Cit.*, p.212.

<sup>296</sup> STIPPEL, *Op. Cit.*, p. 287 – 288.

o moldear comportamientos (Derecho Penal Simbólico o Instrumental); recordemos que un derecho penal garantista se ve así mismo como generador de violencia, por tanto, el sufrimiento irrogado en su actuar debe ser la última herramienta utilizada para mantener nuestra sana y pacífica convivencia. En ese sentido, el delito como fenómeno sociológico nos señala el tipo de sociedad que estamos construyendo; es un reflejo incómodo, que muchas veces no quisiéramos observar.

## 6. INSEGURIDAD CIUDADANA Y RESPONSABILIDAD SOCIAL

Se ha recalcado en doctrina el papel de la sociedad en la prevención y ataque de las causas de la delincuencia. La paz social y la disminución de la criminalidad no pueden estructurarse sobre una sociedad injusta, insolidaria e individualista.

KUPERS, se refiere a esta falta de consciencia colectiva en Norteamérica: “hay algo en la sensibilidad social de los E.E.U.U. que impulsa a la gente a esconderse en sus casas seguras y a conducir sus lujosos coches como si fueran pequeñas islas de felicidad, habituados a la desgracia y sufrimiento de otras personas en los E.E.U.U. y en el resto del mundo.”<sup>297</sup> Pareciera que la plácida imagen del sueño americano realizado, la adquisición de un bienestar económico y las ansias por formar parte de una clase socialmente privilegiada llevan a la creencia de que “las riquezas les protegerán del dolor social y del caos que resulta de las crecientes desigualdades de nuestra economía e injusticias de nuestro sistema legal.”<sup>298</sup>

En el caso de nuestro país, las casas se han transformado en verdaderas islas de seguridad; la cultura del *ghetto* ha ido poco a poco invadiéndonos; “...la seguridad se transformó en un asunto privado, un encierro tras rejas, alarmas y cierres perimetrales, marcados por un profundo “miedo al otro.”<sup>299</sup> Poco a poco, barrios marginales, sectores acomodados y clase media,

---

<sup>297</sup> KUPERS, *Op. Cit.*, p. 17.

<sup>298</sup> *Ibidem.*

<sup>299</sup> RAMOS A., y GUZMÁN DE LUIGI, *Op. Cit.*, p. 26.

buscan en el aislamiento mayores cuotas de libertad, libertad “entre los iguales”, y protección frente a “los otros”. El cierre de pasajes y de villas ha sido un fenómeno tan masivo y contundente que la Contraloría General de la República se vio forzada a autorizarlo a comienzos del nuevo siglo.<sup>300</sup> El paroxismo de este comportamiento se hace groseramente patente en el triste ejemplo de la segregación urbana que produjo el muro de 3 metros de altura, que separaba las villas La Ermita I y II de las casas residenciales de la calle Monseñor Escrivá de Balaguer, en la comuna de Lo Barnechea. A decir de la alcaldesa Marta Ehlers, buscaba frenar los índices de delincuencia y drogadicción en el sector.<sup>301</sup>

Debemos entender que el sentimiento de inseguridad ciudadana es un temor cuyo origen es difuso, que lamentablemente no es más que una expresión del “debilitamiento del vínculo social, del sentimiento de comunidad, de la noción misma del orden”<sup>302</sup> en que estamos viviendo.

---

<sup>300</sup> *Ibidem*.

<sup>301</sup> DÍAZ PLA, Rodrigo, Antropólogo UAHC, “Segregación residencial urbana: el muro de Lo Barnechea”, *El autor señala*: “Hoy en día, la ciudad se llena de espacios separados: rejas forjadas con el metal del miedo y la inseguridad. Comunidades ecológicas reniegan el acercamiento de campamentos a su zona. Condominios enteros como los que hay en Grecia arriba de Tobalaba, se encierran bajo candados y guardias de seguridad. Los lugares comunes, se transforman en no-lugares, y la ciudad supuestamente se convierte en no-ciudad, en donde todas las interacciones entre todos los actores no aparecen en escena.” Disponible en: [www.antropologiaurbana.cl/pdfs/etno/lo\\_barnechea.pdf](http://www.antropologiaurbana.cl/pdfs/etno/lo_barnechea.pdf).

<sup>302</sup> *Ibidem*, p. 194.

## CAPITULO VI

### ALGUNOS DESAFIOS

#### 1. SUBJETIVIDAD EN LA CONCESIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL

En derecho comparado, el principio de ejecución de las penas dado por la progresividad del régimen, importa que el régimen penitenciario debe sustentarse en el procurar una paulatina reinserción social del interno, por lo que para algunos, este imperativo constituye la materialización del principio de resocialización.

Para MARCOS SALT, a medida que transcurre la ejecución, las condiciones de cumplimiento de la pena sufren modificaciones de relevancia, siendo posible, incluso, que el penado acorte el período de encierro; de ese modo, los avances y retrocesos durante la ejecución modifican sustancialmente las condiciones cualitativas de la pena.<sup>303</sup> Ello, con el propósito de lograr la atenuación paulatina de las condiciones de encierro y evitar un reintegro traumático del interno a la vida extramuros. En ordenamientos jurídicos como el argentino,<sup>304</sup> el fin político criminal explícito constituido por la resocialización del penado, persigue afianzar sus lazos familiares y sociales en un régimen de privación de libertad más flexible.

En el ordenamiento jurídico español, la libertad condicional es estimada como el cuarto grado o última fase del cumplimiento de la condena y supone la salida en libertad hasta la finalización total de la condena. Al decir de LANDECHO y MOLINA, “es el último grado del sistema progresivo.”<sup>305</sup> No obstante, este último grado no puede ser asignado inicialmente al

---

<sup>303</sup> SALT, Marcos Gabriel y RIVERA Beiras, Iñaki. “Los Derechos Fundamentales de los Reclusos. España y Argentina.”. Editores del Puerto, Bs. As., año 1999, p. 224.

<sup>304</sup> Ley N° 24. 660 sobre Ejecución de la Pena Privativa de Libertad, publicada en el D.O. el 16 de julio de 1996, Artículo 1 - La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad. El régimen penitenciario deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada

<sup>305</sup> LANDECHO VELASCO y Molina Blásquez. “Derecho Penal Español. Parte General”. p. 516 a 518. Madrid, 1996.

sentenciado, salvo algunas excepciones. Incluso, el legislador, al decir de algunos de manera inadecuada, lo incluyó en el Código Penal como una de las formas sustitutivas de ejecución de las penas privativas de libertad.

Este principio recibe reconocimiento internacional en el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece que “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.”<sup>306</sup>

Así también, este principio es reconocido como imperativo para los Estados signatarios en orden al fin de la ejecución de la pena, en el artículo 10.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados.”<sup>307</sup>

En ese orden de cosas, son relevantes todas las acciones y actividades para la reinserción social, proceso dentro del cual se encuentra la libertad condicional.

Sin embargo, la política criminal chilena restringe continuamente el acceso a este derecho, beneficio o forma de cumplimiento en libertad, lo que aumenta la tensión en el sistema penitenciario y contribuye al hacinamiento en las cárceles. Así, tenemos una política pública que pretende, por una parte, reintegrar a la sociedad al privado de libertad, negándole al mismo tiempo la oportunidad de probar que puede hacerlo.

Como se ha dicho en otro capítulo, para obtener la libertad condicional hay que reunir dos clases de requisitos: el tiempo cumplido de la condena en privación de libertad y otros referidos al comportamiento dentro del penal. Previo informe del Tribunal de Conducta, el jefe del establecimiento penitenciario de Gendarmería de Chile evalúa el cumplimiento de esos requisitos y forma una lista de postulantes. Dicho listado es enviado a la

---

<sup>306</sup> CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José). San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, suscrita por Chile en 22/11/1969 y ratificada el 28/10/1990.

<sup>307</sup> PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, suscrito por Chile en igual fecha.



Comisión de Libertad Condicional de la Corte de Apelaciones respectiva, momento desde el cual el otorgamiento del beneficio dependerá de una decisión discrecional votada por mayoría. El listado es enviado al Ministerio de Justicia que dictará el Decreto, concediéndola.

En consecuencia, en opinión de STIPPEL,<sup>308</sup> es principalmente el Poder Judicial quien decide sobre una medida que pretende formar parte del sistema progresivo. Eso es sorprendente, por cuanto en el resto de las actividades vinculadas a la reinserción como son la salida esporádica, dominical, de fin de semana y la salida controlada al medio libre son decisiones exclusivas de la autoridad administrativa penitenciaria: el jefe del establecimiento penal respectivo tiene la facultad privativa de conceder, suspender o revocar estos permisos.<sup>309</sup> Parece de toda razón atribuirle esa función al jefe de establecimiento, en común acuerdo con el Consejo Técnico, por cuanto él cuenta con todos los antecedentes. En caso de negativa, esa decisión podría ser apelable ante el juez de Ejecución o de Garantía, pero la realidad no es así. El derecho de los reclusos es socavado en la práctica; las respectivas Comisiones de Libertad Condicional deciden en base a los informes y escritos, sin convocar a una audiencia oral, a fin de obtener una impresión propia del postulante u oír testimonios de gendarmes en relación al comportamiento del interno.

En cambio, el Tribunal de Conducta que propone el listado a la Comisión de Libertad Condicional, puede decidir en base a las apreciaciones diarias del comportamiento de los reclusos. No cuenta sólo con un criterio jurídico, sino con las impresiones del alcaide o jefe respectivo, el jefe de la sección de criminología, el director de la escuela, de la sección trabajo, de la guardia interna, del médico, de los asistentes sociales y de un abogado o psicólogo designados por el director del Servicio.

---

<sup>308</sup> STIPPEL, Jörg A. “Las Cárcenes y la Búsqueda de una Política Criminal para Chile”. LOM Ediciones. Santiago, año 2006. p. 100.

<sup>309</sup> DS 518. artículo 96.

Si se concede la libertad condicional a un interno porque “se encuentra corregido y rehabilitado para la vida social,”<sup>310</sup> el criterio de un equipo multidisciplinario debería prevalecer por encima de la visión de un equipo de profesionales del derecho. En opinión de STIPPEL, “la Comisión de Libertad Condicional debería limitarse a efectuar un control jurídico de las decisiones de los Tribunales de Conducta, verificando si se dan los requisitos formales para el otorgamiento de la libertad condicional.”<sup>311</sup>

Se tiene entonces que el artículo 2º del DL 321 establece el derecho del interno a que se le conceda la libertad condicional, y el artículo 4º señala que la Comisión de Libertad Condicional hará la petición de libertad; la ley no establece que esa Comisión tenga algún margen de discrecionalidad; que el interno puede siempre solicitarla porque es su derecho.

Desde esa perspectiva, es más cuestionable el hecho que el Ministerio de Justicia, a través de los SEREMI, tiene la facultad de excluir personas propuestas en las listas de las Comisiones de las Cortes de Apelaciones. Los SEREMI reciben los listados de las Comisiones de Libertad Condicional, y haciendo uso de la aparente facultad discrecional que les concede el artículo 26 del DL 2442, excluyen a internos de las listas.<sup>312</sup> Entonces, legalmente, el único sustento que puede justificar la decisión de los SEREMI de excluir a alguien de las listas, es aquel que define la procedencia de la libertad condicional (se dictarán, si ello es procedente). Cabe entonces preguntarse como el SEREMI puede diferir una decisión de una comisión de jueces que resolvió que procede el otorgamiento de la libertad condicional.

Además, el DL 321 establece que la decisión acerca del otorgamiento de la libertad condicional la asume la Comisión de Libertad Condicional de las Cortes de Apelaciones, lo que debería traducirse en un Decreto Supremo,

---

<sup>310</sup> DL 321 artículo 1.

<sup>311</sup> STIPPEL, Jörg. *Op. Cit.*, p. 102.

<sup>312</sup> DL 2442 Artículo 26. “Una vez recibida por el Ministerio Justicia la nómina de reos cuya libertad condicional solicita la Comisión respectiva, se dictarán si ello es procedente, las resoluciones correspondientes, concediéndola. Dichas resoluciones se transcribirían al Tribunal de Conducta, Dirección Nacional de Gendarmería, Dirección General de Carabineros, Dirección General de Investigaciones y demás organismos pertinentes. En el mismo decreto se indicará el lugar que se le designe, como residencia a cada uno.”

trámite reglado en el DL 2442, único fundamento legal que podría explicar la discrecionalidad del SEREMI.

Al decir de STIPPEL, un reglamento, como es el DL 2442, nunca puede justificar un menoscabo de derechos otorgados por una ley; la ley obliga al ciudadano tanto como al Poder Ejecutivo; en cambio, el reglamento es elaborado y aprobado por el Poder Ejecutivo a fin de implementar una ley sin modificar jamás su contenido, considerándose siempre una norma de jerarquía inferior respecto de aquélla.

Al modificar las decisiones de la Comisión de Libertad Condicional excluyendo postulantes de los listados, los SEREMI de Justicia modifican las decisiones de un órgano establecido por la ley, basándose en un reglamento, práctica que se contradice con lo establecido en el DL 321.

Tanto el DL 321 como el DS 518 no contienen normas que se refieran a la fundamentación de las negaciones. Si se considera que la libertad condicional es un derecho, como expresamente lo señala el artículo 2 del DL 321, cabe la pregunta cómo se puede revertir una decisión negativa, si no conoce sus fundamentos ya que no hay una fundamentación escrita.

La falta de fundamentación escrita de la negativa da curso a la arbitrariedad y dificulta el acceso a la justicia de los privados de libertad.

## **2. ¿HAY UN VERDADERO ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS PRIVADOS DE LIBERTAD?**

Cabe preguntarse si la restricción al acceso a la justicia se funda en el hecho que la persona se encuentra privada de libertad. No obstante, es preciso recordar que fuera de los derechos perdidos o limitados por la detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es la de un ciudadano libre.

En opinión de KUNSEMULLER,<sup>313</sup> en nuestro sistema jurídico las únicas vías jurisdiccionales disponibles para que un interno ejerza sus derechos respecto de la administración penitenciaria por algún abuso, restricción o desconocimiento de sus derechos son los recursos extraordinarios de amparo y protección, de los que son competentes las Cortes de Apelaciones, tribunales con competencia común sin especialización en la ejecución de las sentencias criminales.

En principio, estos recursos son de difícil acceso, unido aquello al hecho que los internos no tienen a su disposición el expediente de conducta ni se le otorgan copias del mismo, a fin de controvertir los argumentos planteados por la autoridad.

En tanto no cuente con la asesoría de un abogado o de un tercero, no podrá influir en la sustanciación de los únicos recursos a su disposición para reclamar la violación de un derecho en el ámbito penitenciario. Los dos recursos constitucionales permiten que las Cortes de Apelaciones intervengan activamente en la protección de las personas que recuren a la justicia.

Se tiene entonces que los artículos 20 y 21 de la Constitución Política de la República facultan a las Cortes de Apelaciones para adoptar de inmediato las providencias que juzguen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado,<sup>314</sup> ya por la privación,

---

<sup>313</sup> KUNSEMULLER L., Carlos. “La Ejecución de la Sanción Penal. ¿Es necesaria su Judicialización?”. Ponencia presentada en las Primeras Jornadas de Derecho Penal y Ciencias Penales. Universidad Católica de Valparaíso. 2004.

<sup>314</sup> CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA. 1980. *Artículo 20*. El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1.º, 2.º, 3.º inciso cuarto, 4.º, 5.º, 6.º, 9.º inciso final, 11.º, 12.º, 13.º, 15.º, 16.º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19.º, 21.º, 22.º, 23.º, 24.º y 25.º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá también, el recurso de protección en el caso del No. 8. del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

perturbación o amenaza de alguna de las garantías constitucionales del artículo 19<sup>315</sup> de la misma Carta Fundamental, o de la libertad personal y seguridad individual.<sup>316</sup>

Esta formulación amplia de los recursos de protección y amparo permitirían una protección expedita de los derechos de las personas privadas de libertad. Sin embargo, y en opinión de STIPPEL,<sup>317</sup> el sólo hecho que, respecto del recurso de protección, regulado por el Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales<sup>318</sup> se establezcan requisitos, como es el plazo fatal de interposición de treinta días corridos contados desde la ejecución del acto o de la ocurrencia de la omisión, se limita formalmente la defensa de las garantías que protege. Ello, a diferencia del recurso de amparo, que no tiene plazo de interposición; asimismo, interpuesto y admitido a tramitación el recurso de protección, las Cortes otorgan al recurrido un plazo de 5 días

---

Artículo 21. Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que ésta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Esa magistratura podrá ordenar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto será precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, decretará su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, y corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija.

El mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual. La respectiva magistratura dictará en tal caso las medidas indicadas en los incisos anteriores que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

<sup>315</sup> Tales como el derecho a la vida e integridad física y psíquica de las personas; igualdad ante la ley; respeto y protección a la honra de la persona; libertad de trabajo, etc.

<sup>316</sup> Apremios ilegítimos físicos o psicológicos; amenazas de otros internos; falta o deficiencias en la atención médica; no otorgamiento o revocación de beneficios intrapenitenciarios; no incorporación arbitraria a los listados de postulación a la libertad condicional; condiciones inhumanas de encierro, etc.

<sup>317</sup> STIPPEL. *Op. Cit.* p. 197 y siguientes.

<sup>318</sup> Auto Acordado de la Corte Suprema del 24 de junio de 1992 sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales.

para informar; en cambio, respecto del recurso de amparo, el plazo es de 24 horas.

La principal razón, conforme el estudio de STIPPEL, que las Cortes invocan para declarar la inadmisibilidad de los recursos de amparo y protección en materia penitenciaria, es que no corresponden a los casos protegidos. Una segunda razón es que se considera que los hechos carecen de fundamento; en tercer lugar, porque se trataría de hechos constitutivos de delito que exceden la vía recursal; y en último caso, son declarados inadmisibles porque no se señala en qué consiste la ilegalidad.

Analizando así de modo somero estas vías de protección, es posible concluir que no resultan idóneos para garantizar un verdadero control judicial de la administración penitenciaria, y no deberían ser la única vía de acceso a la justicia de las personas privadas de libertad.

En una segunda perspectiva, en algunos aspectos, el juez de garantía tiene el carácter de juez de ejecución, pues, como vimos, dentro de su competencia, está el ejecutar las sentencias criminales y las medidas de seguridad y resolver las solicitudes y reclamos relativos a la ejecución. Sin embargo, sus funciones no están separadas y ejerce igualmente aquellas jurisdiccionales en los procesos respecto de los cuales posteriormente se encarga de la ejecución.

Como se analizó en capítulo aparte, el artículo 14 del Código Orgánico de Tribunales establece que: "(...) Corresponderá a los jueces de garantía (...) f) Hacer ejecutar las condenas criminales y las medidas de seguridad, y resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución, de conformidad a la ley procesal penal." Asimismo, el artículo 113 del mismo Código prescribe que "la ejecución de las resoluciones corresponde a los tribunales que las hubieren pronunciado en primera o en única instancia. No obstante, la ejecución de las sentencias penales y de las medidas de seguridad previstas en la ley procesal penal será de competencia del juzgado de garantía que hubiere intervenido en el respectivo procedimiento penal."

Complementariamente, el artículo 466 del Código Procesal Penal indica que “durante la ejecución de la pena o de la medida de seguridad, sólo podrán intervenir ante el competente juez de garantía el ministerio público, el imputado y su defensor. El condenado o el curador, en su caso, podrán ejercer durante la ejecución de la pena o medida de seguridad todos los derechos y facultades que la normativa penal y penitenciaria le otorgare.” Y la regla del artículo 467 del mismo cuerpo legal, establece que “La ejecución de las sentencias penales se efectuará de acuerdo con las normas de este Párrafo y con las establecidas por el Código Penal y demás leyes especiales.”

Cabe, en principio, hacer presente que la cautela de garantías establecida en el artículo 10 del Código Procesal Penal, que autoriza la actuación de oficio del juez de garantía, se aplica en cualquier etapa del procedimiento, no obstante, las materias propias de las personas que se encuentran cumpliendo condena, se basan en hechos o circunstancias que ocurren una vez operado el desasimiento del tribunal, una vez extinguido el proceso, por lo que ese principio no es invocable para ejercer derechos.

Se tiene entonces que el acceso a la justicia de los penados de libertad es precario, toda vez que los recursos de amparo y protección no son idóneos para ejercer los derechos de los privados de libertad, ya que son conocidos y resueltos por tribunales no especializados que además los rechazan o no los admiten a tramitación por razones formales.

De otra parte, la competencia otorgada a los juzgados de garantía tanto por el Código Orgánico de Tribunales como por el Código Procesal Penal, no llena efectivamente el vacío en esta materia, sino más bien parece una solución parche, más que una decisión adecuada inserta dentro del nuevo sistema procesal penal. Uno de los principios basales del nuevo sistema, es la adecuada división de poderes y funciones. Al imponerse esta función al juez de garantía, se confunde la función jurisdiccional con aquella destinada a velar por el cumplimiento de las penas y medidas de seguridad conforme a derecho, quedando la ejecución penitenciaria a la deriva, sin la existencia de mecanismos legales idóneos y órganos especializados que conozcan de

ellos, dotados de la experticia técnica, imparcialidad y cercanía suficiente con la realidad intramuros.

### **3. ¿LA LIBERTAD CONDICIONAL ES UN BENEFICIO PENITENCIARIO O UN DERECHO?**

La libertad condicional ha sido una herramienta utilizada frecuentemente para permitir a aquellas personas condenadas, que luego de un progresivo tratamiento, se sometan a un sistema de libertad a prueba, el cual les acercará a la libertad plena. Sin embargo, se aprecia que a partir del último tiempo se concede con menos frecuencia, y se eleva el número de personas que debe cumplir completamente su condena a una pena privativa de libertad, lo cual aparece como injustificado, pues a ajusticiados que cumplen con todos los requisitos para acceder a ella, se les niega el beneficio sin fundamentarse las razones que se tuvieron en vista.

El desafío inicial consiste en profundizar en la definición de la naturaleza jurídica de la libertad condicional, determinando si ella constituye un derecho del condenado o simplemente es una concesión graciosa o premial, como lo señala el Reglamento, posición que es asumida con alguna frecuencia por los tribunales de justicia. Asimismo, hay la necesidad de establecer criterios político-criminales que definan los lineamientos generales de aplicación de este beneficio en un Estado Democrático de Derecho como es el nuestro.

En el plano normativo, es preciso modernizar la legislación, pues subsiste un conjunto de disposiciones imprecisas y caducas en variados aspectos que requieren ser urgentemente actualizados, como también, dejar sentado si en los procedimientos para lograr la concesión de la libertad condicional, en aquellos casos en que se cumplen todos los requisitos por el condenado, se le considera a éste un verdadero sujeto del derecho subjetivo a obtenerla y por lo tanto con facultades para acompañar todos los antecedentes que la hagan procedente, o no.

En el plano sistemático, debe hacerse un esfuerzo para armonizar el conjunto de la legislación relativa a la libertad condicional con los otros



beneficios de excarcelación anticipada para condenados basados en la buena conducta y sus posibilidades de reinserción, de modo que sea en realidad la última etapa de un proceso continuo y coherente.

En lo puntual, cabría entonces abordar los inconvenientes a que se enfrentan los privados de libertad para la postulación y goce de la libertad condicional.

En primer término, se tiene que, debido al escaso personal con que cuenta Gendarmería de Chile, un porcentaje mínimo de los internos son diagnosticados al ingresar a una unidad penal, lo que imposibilita contar con una base sobre la cual ir evaluando la futura obtención de beneficios.

En segundo término, existen graves limitaciones para el acceso a la información por parte de los penados, tanto respecto de la existencia de beneficios, sus requisitos y los procedimientos para postular y acceder finalmente a ellos, como también de los resultados que obtengan en las distintas etapas. Incluso ya gozando del beneficio, no existe información clara de las reglas que pueden producir la suspensión y revocación de la libertad condicional.

En tercer término, y como vimos, el Tribunal de Conducta debe llevar un Libro de Vida de los condenados privados de libertad, consignando cada dos meses el promedio de la calificación que obtenga cada recluso, en atención a la conducta que ha observado durante ese tiempo. Cada seis meses, además, debe elaborar un listado con los nombres de los reclusos que efectivamente cumplan, entre otros requisitos, con el aprendizaje de un oficio, en el caso que hubiere talleres en el penal; con la asistencia regular y provechosa a la escuela y conferencias educativas de la unidad penal, requisito que no cumple quien no sabe leer ni escribir. Asimismo, debe elaborar una segunda lista, registrando a los internos que cumplan con el tiempo mínimo requerido y que hayan observado la conducta acorde para postular al beneficio, pero que, no obstante, el Tribunal estima no merecen la libertad porque no cumplen con los requisitos de haber aprendido un oficio y de haber concurrido periódicamente a la escuela y trabajo. Una vez elaboradas ambas listas, corresponde al Tribunal de Conducta comisionar al

Jefe del penal, para que las entregue, junto a los antecedentes fundantes, a la Comisión de Libertad Condicional. El proceso de adopción de la decisión relativa a la incorporación a las listas de postulación no es transparente ni se informa a los condenados; menos existe información acerca de las discrepancias que pudiere haber entre el Tribunal de Conducta y el alcaide o jefe de unidad respecto a las listas de postulación a la libertad condicional, no existe la posibilidad que el interno presente antecedentes al Tribunal de Conducta para demostrar que cumple con los requisitos señalados en la ley y su reglamento para postular al beneficio.

Respecto de estos requisitos fundamentales en el proceso de obtención del beneficio, y como lo informan ESPINOZA y VIANO<sup>319</sup>, existen dificultades para cumplir con el requisito de participar en actividades al interior de la unidad penal, toda vez que existe una escasa oferta de las mismas, lo que resulta más complejo cuando se trata de actividades laborales. De igual modo, cumplir con el requisito relativo al empleo dada la carencia de relaciones de Gendarmería con instituciones que podrían ofrecer plazas de empleo intramuros.

En general, y con la sola lectura de la normativa aplicable, existe poca claridad respecto a los mecanismos con los cuales el interno puede postular e ir cumpliendo con el proceso de postulación y concesión, como tampoco la utilidad práctica que tiene cada una de las etapas que deben cumplir los postulantes. Se carece de uniformidad en los procedimientos a seguir en los distintos penales del país, atendido que, como la legislación aplicable no es clara, se implementa de diversas formas. Del mismo modo, no se informa clara y expeditamente al condenado sobre lo que se está consignando mes a mes por el Tribunal de Conducta en su libro de vida; es impensable la posibilidad de impugnar estas anotaciones en el libro de vida por parte del

---

<sup>319</sup> ESPINOZA, Olga, y VIANO, Carolina. “El Desafío de la Libertad. Proceso de Concesión de Beneficios Intrapenitenciarios para la Reinserción Social”. Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana. Instituto de Asuntos Públicos. Universidad de Chile. Ril @Editores. Santiago, año 2008.

condenado, como tampoco se le entrega información sobre si está en tiempo y cumple con los requisitos para optar a la libertad condicional.<sup>320</sup>

Respecto del control del cumplimiento de la libertad condicional una vez concedido el beneficio, ESPINOZA y VIANO<sup>321</sup> dan cuenta de los riesgos del acompañamiento mecanizado que se ha planteado utilizar en nuestro país, dando cuenta que en algunas ciudades de Estados Unidos se puede observar la mecanización, vía introducción de instrumentos electrónicos y reducción de la intervención de personas, del proceso de acompañamiento de quienes acceden al beneficio. Ello limita el camino a la reinserción, pues no permite flexibilizar la intervención ni adecuar el acompañamiento profesional en función de las necesidades del egresado.

Cuando el proceso de obtención del beneficio avanza, se tiene que el ajusticiado no tiene posibilidad de acceder directamente a la Comisión de Libertad Condicional para acompañar antecedentes pertinentes en el caso de haber sido incluido en una lista; tampoco puede entrevistarse personalmente con los miembros de la Comisión, que no hace uso de sus facultad legal para mandar a hacer peritajes técnicos respecto de condenados que cumplen con los requisitos para acceder al beneficio. Asimismo, las decisiones de la comisión tienen el carácter de reservadas o secretas y no se conoce la fundamentación de la negativa a concederlo.

En la etapa siguiente, la legislación no contempla mecanismos de impugnación de las decisiones del SEREMI de Justicia, en el caso de ser negativas, y tampoco se conoce su fundamentación. Por ello, se hace urgente modificar la Reglamentación de la Libertad Condicional eliminando la facultad que se dice poseer por el Ministerio de Justicia, a través de los respectivos Seremi, para excluir a personas propuestas en las listas de las comisiones de las respectivas Cortes de Apelaciones, lo cual es gozar de un margen de discrecionalidad que es incompatible con la organización racional

---

<sup>320</sup> SEPÚLVEDA CRERAR, Eduardo y SEPÚLVEDA BAZÁES, Paulina. *Op. Cit.*

<sup>321</sup> ESPINOZA, Olga, y VIANO, Carolina. “El Desafío de la Libertad. Proceso de Concesión de Beneficios Intrapenitenciarios para la Reinserción Social”. Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana. Instituto de Asuntos Públicos. Universidad de Chile. Ril @Editores. Santiago, año 2008.

del sistema penitenciario pues implica desconocer las actividades de la Comisión.

#### **4. SISTEMA DE CONTROL JUDICIAL PENITENCIARIO EN LA EXPERIENCIA COMPARADA: ¿FALTA UN JUEZ DE VIGILANCIA O CUMPLIMIENTO PENITENCIARIO?**

Por el principio de legalidad, en un Estado de de Derecho tanto las obligaciones y los derechos como sus limitaciones deben ser establecidos por la ley. El principio de legalidad en la ejecución rige en el momento de cumplimiento de la pena; de la mano con la seguridad jurídica, se traduce en que una ley previa al hecho por el cual se ha condenado a una persona, fije las condiciones de cumplimiento de las sanciones penales y establezca los derechos y obligaciones de los condenados. Asimismo, en virtud de este principio de legalidad, es el órgano jurisdiccional quien tiene la facultad de hacer ejecutar lo juzgado, estando ello vedado, conforme la separación de funciones de los poderes del Estado, al órgano legislativo y a la administración.

La dogmática penal no puede prescindir de la realidad carcelaria; para poder hablar de judicialización de la etapa de ejecución de la pena, no basta con su establecimiento legal, sino que en la etapa de ejecución deben plasmarse también las garantías propias del sistema normativo y las decisiones que versan sobre la modificación de las condiciones cualitativas de la pena deben ser tomadas por un juez imparcial e independiente de la administración, en un proceso constituido con los mismos derechos y garantías de que goza una persona cuando se le atribuye responsabilidad penal.

Este principio entonces importa que todas aquellas decisiones de la etapa de ejecución penal que impliquen una modificación de las condiciones cualitativas de cumplimiento de la pena impuesta conforme las prescripciones de la ley penal, deben ser tomadas o controladas por un juez, dentro de un proceso en el que se respeten las garantías propias del

procedimiento penal, extendiendo la actuación de esta rama del derecho a la ejecución de las sentencias.

PAZ RUBIO lo define como un “órgano personal judicial especializado, con funciones de vigilancia, decisorias y consultivas, encargado de la ejecución de las penas y medidas de seguridad de acuerdo al principio de legalidad y de control de la actividad penitenciaria, garantizando los derechos de los internos y corrigiendo los abusos y desviaciones que puedan producirse por parte de la Administración Penitenciaria.”<sup>322</sup>

Resulta conveniente que el control jurisdiccional de la ejecución penal lo efectúe un órgano especializado distinto del tribunal de mérito, por motivos tales como la distribución de trabajo que saca de la competencia de los tribunales de sentencia, hasta las cuestiones subjetivas que pueden influir en la imparcialidad del juzgador con motivo del conocimiento del caso y de las características del autor, sobre todo en delitos aberrantes o de suma gravedad, y de ese modo menguar derechos del condenado.

Tras una revisión historiográfica de la figura del Juez de Ejecución, nos encontramos como “antecedente del derecho peninsular y colonial hispanoamericano, la Real Pragmática de los Reyes Católicos incluida en la Novísima Recopilación, Libro XII, Título XXXIX, que atribuía a los jueces una función inspectora, referida a las visitas a las prisiones”<sup>323</sup>.

El penitenciarismo latinoamericano es deudor del español, no obstante es Brasil en 1922 el primer país en establecer la figura del Juez de Ejecución Penal, otorgándole amplias facultades, no limitadas al control de la ejecución, sino también a la de cursar instrucciones a los responsables de la administración. El juez de ejecución de penas brasileño realiza su labor en conjunto con un Consejo Penitenciario que hace las veces de puente entre el Poder Ejecutivo y el Judicial, en salvaguarda de los intereses de la justicia y de los derechos de los condenados.

---

<sup>322</sup>PAZ RUBIO, José M. y otros. “Legislación Penitenciaria. Concordancias, Comentarios y Jurisprudencia.” Edit. Colex, Madrid, 1996, p. 259.

<sup>323</sup> NIÑO, Luis Fernando. “El Juez de Ejecución. El Nuevo Proceso Penal Venezolano. XXII Jornadas. J.M. Domínguez Escobar”. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. UCAB-UCV. Barquisimeto, Venezuela, 1998.

Posteriormente, el Código Italiano de 1930 incluye en su artículo 144 la figura del Juez de Vigilancia, mediante la reforma introducida a la Ley 354 de 26 de julio de 1975. “La expresión del legislador italiano *giudice di sorveglianza* fue pionera en la terminología adoptada más tarde por España y otros países latinos, y se aproxima al concepto de contralor sobre el desarrollo de la ejecución penitenciaria<sup>324</sup>.

Dicha Ley 354 en su artículo 69 señaló como funciones de este Juez:

- a)** La vigilancia de los institutos de prevención y pena, debiendo comunicar al Ministerio las necesidades que se detecten en los mismos, en particular, las vinculadas al tratamiento reeducativo.
- b)** La vigilancia “directa” de la custodia de los imputados para asegurar que la misma se realice conforme a leyes y reglamentos.
- c)** La intervención en la ejecución de medidas de seguridad.
- d)** La aprobación del programa de tratamiento.
- e)** La atención de las reclamaciones de los detenidos referidas a cuestiones laborales y disciplinarias.
- f)** La emisión de juicio fundado, sobre propuestas de gracia efectuadas por el Consejo de Disciplina.

Portugal, por su parte, cuenta con esta institución desde el 16 de mayo de 1944, con reformas introducidas entre 1976 y 1978.

En Francia, esta figura data del año 1957. Al decir de Luis F. Niño, “el modelo francés presenta el verdadero Juez de Ejecución de penas, cuya tarea comprende inclusive la asistencia a los liberados, no sólo aquellos que

---

<sup>324</sup> NIÑO, Luis Fernando. *Op. Cit.*, p. 250.

se encuentren cumpliendo medidas de tratamiento en libertad sino también los que la hayan recuperado definitivamente<sup>325</sup>”.

El artículo 722 del Código de Procedimiento Penal francés establece la intervención del magistrado en cada establecimiento penitenciario, a fin de poder determinar, para cada condenado, las principales modalidades de tratamiento; asimismo, cumple funciones vinculadas a la libertad condicional, siempre y cuando la pena privativa de libertad no exceda de tres años. Sus facultades son bastante amplias respecto a los condenados a prisión, ya que define cual ha de ser el tratamiento a aplicar a cada uno. Sin embargo, la propia ley advierte que no debe interferir en la organización y funcionamiento de la prisión. A pesar de esto, ejerce la función de “contralor sobre los establecimientos penitenciarios, en aspectos vinculados a la salubridad, seguridad, régimen alimentario y disciplina, así como respecto a las sanciones impuestas y a los incidentes graves que comprometan el orden o seguridad de las prisiones<sup>326</sup>”.

En España, Mario BARBERO SANTOS, de la Universidad Complutense de Madrid, fue quien en 1977 impulsó la creación de la figura del Juez de Vigilancia y señala en su obra de ese mismo año que “El interno es un ser humano, titular de todos los derechos no afectados por la privación de libertad. La mera reglamentación tiene que reconocerlo solemnemente. Pero para conseguir su respeto, la autoridad penitenciaria tiene que estar sometida a la autoridad judicial. La instauración de un juez de ejecución de penas nos parece por ello necesaria<sup>327</sup>”.

Por su parte, Argentina incorpora el Juez de Ejecución en la jurisdicción federal a partir de la reforma de 1992, en donde se introduce el sistema procesal penal mixto, con una fase de debate oral y público. El Juez de Ejecución argentino tiene una amplia competencia. “Comprende el control

---

<sup>325</sup> NIÑO, Luis Fernando. *Op. Cit.*

<sup>326</sup> NIÑO, Luis Fernando. *Op. Cit.*

<sup>327</sup> NIÑO, Luis Fernando. *Op. Cit.*

de respeto a todas las garantías constitucionales y tratados internacionales ratificados por la República, en el trato otorgado a los condenados, presos y personas sometidas a medidas de seguridad; el control del cumplimiento por el imputado de las instrucciones e imposiciones establecidas en los casos de suspensión del procedimiento de prueba; el control del efectivo cumplimiento de las sentencias condenatorias dictadas por el Poder Judicial de la Nación; la resolución de todos los incidentes que se susciten en dicho período y finalmente, la colaboración en la reinserción social de los liberados condicionalmente<sup>328</sup>.

En Venezuela, con la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal se introduce la fase de "Ejecución de la Sentencia". En este sentido, a partir del mes de julio de 1999 la ejecución de las penas adquiere doble naturaleza: jurisdiccional y administrativa, puesto que la resolución de las incidencias de la ejecución es una actividad procesal, mientras que la ejecución material de las sanciones continúa como una actividad administrativa<sup>329</sup>.

Dentro de las principales funciones otorgadas en el Código Orgánico Procesal Penal al Juez de Ejecución venezolano están las siguientes:

- a)** La ejecución de penas y medidas de seguridad impuestas mediante sentencia firme (Artículo 472-1).
  
- b)** Decidir todo lo relacionado con la libertad del penado: rebaja de penas, suspensión condicional de la ejecución de la pena, redención de la pena por el trabajo y el estudio, libertad condicional, permisos de salida, extinción de la pena (Artículo 472-2).

---

<sup>328</sup> NIÑO, Luis Fernando. *Op. Cit.*

<sup>329</sup> VASQUEZ, Magaly y MANZANEDA, Jesús. "El Nuevo Proceso Penal". Caracas. C.O.P.R.E. citado por María Morais, 1999. "La Pena. Su ejecución en el Código Procesal Penal". Vadell Hermanos Editores, Caracas, Venezuela, 1996.



- c)** Determinar el lugar y condiciones en que se debe cumplir la pena o medidas de seguridad (Artículo 472-3).
- d)** Acumular las penas en caso de varias sentencias condenatorias dictadas en procesos distintos contra la misma persona (Artículo 472-4).
- e)** Controlar la legalidad del Régimen Penitenciario mediante inspecciones y otras vías (Artículo 479).
- f)** Practicar el cómputo y determinar así la fecha exacta de finalización de la condena (Artículo 475).

En consecuencia, y según MANZANARES, citado por Luis F. NIÑO, la institución del Juez de Ejecución responde al propósito de judicializar la ejecución, es decir, al reforzamiento de la “garantía de la ejecución”, o si se prefiere, judicializar disfunciones. Además, se convierte en el garante del correcto funcionamiento de los establecimientos penitenciarios, al menos en aquellos casos que más directa y particularmente afectan a los penados.

Para la profesora de derecho penal y procesal de la Universidad de Sevilla María Isabel GONZALEZ CANO<sup>330</sup>, la aparición del Juez de Ejecución obedece a un doble orden de motivos:

- 1)** La asignación al Poder Judicial de una parte cada vez más esencial del proceso y de la justicia penal;
- 2)** Su vertiente de control de la legalidad administrativa y de protección de los derechos del recluso.

Por tanto, se puede concluir que los Jueces de Ejecución son aquellas autoridades judiciales a quienes por designación del Poder Judicial se les confiere la función jurisdiccional penal especial de hacer cumplir las penas

---

<sup>330</sup> GONZALEZ CANO, María Isabel. “La Ejecución de la Pena Privativa de Libertad.” Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1994.

privativas de libertad, aparte de lo cuál se les atribuye la salvaguarda de los derechos constitucionales fundamentales de los internos que no se hallen privados en la sentencia, así como de los derechos que les son otorgados por dichas disposiciones penitenciarias, corrigiendo los abusos y desviaciones que puedan producirse en la aplicación del régimen carcelario.

Al decir de María G. MORAIS DE GUERRERO, “La intervención del juez es un corolario del principio de humanización de la pena y una consecuencia del principio de la legalidad de la misma y de la legalidad de la ejecución penitenciaria<sup>331</sup>.”

La figura del Juez de Ejecución, se establece así como un órgano judicial unipersonal, con funciones consultivas, de vigilancia y decisorias. En este sentido, a los jueces de ejecución les corresponde controlar la legalidad de la ejecución de las penas y medidas de seguridad, impuestas mediante sentencia firme; además, tienen atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, para resolver los recursos concernientes a las modificaciones que pueda sufrir dicha pena, para salvaguardar los derechos de los penados, así como para corregir los abusos y desviaciones que puedan producirse durante el cumplimiento de la pena<sup>332</sup>.

En el caso chileno, la ejecución de las penas y medidas de seguridad corresponde al Juez de Garantía que haya intervenido en el proceso respectivo, además de aquellas dictadas por los Tribunales Orales en lo Penal, otorgándole también competencia para resolver las solicitudes y reclamos de los penados y de quienes hayan sido objeto de una medida de seguridad que se promuevan durante el tiempo de ejecución de una u otra.<sup>333</sup>

---

<sup>331</sup> MORAIS DE GUERRERO, María G. “La Pena: su Ejecución en el Código Orgánico Procesal Penal. Vadell Hermanos Editores. Valencia – Caracas, Venezuela, 1999, p. 119.

<sup>332</sup> CANCINO, Antonio. “Principales Problemas de la Justicia Penal”. Bogotá Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, citado por Morais Guerrero, María G., *Op. Cit.*

<sup>333</sup> Código Orgánico de Tribunales. Artículo 14 y 113. Código Procesal Penal, artículo 466 y 467.

En la historia fidedigna del establecimiento de la ley<sup>334</sup> da cuenta que se reguló de esa forma la ejecución por no existir en nuestro país jueces especiales, reconociéndose su necesidad. En la Cámara de Diputados se modificó el texto propuesto por el Ejecutivo en cuanto a que se separó la fase de juzgamiento de la de ejecución, plasmando de ese modo el principio procesal del desasimio como efecto de las sentencias firmes o ejecutoriadas. Respecto de la ejecución de las sentencias no se introdujo, entonces, modificación de gran envergadura.

En su artículo 2º, el Reglamento Penitenciario establece como principio rector de la actividad penitenciaria que los internos se encuentran en una relación de derecho público con el estado, de modo que aparte de los derechos de que se les priva o limita con su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es la misma que la de los ciudadanos libres.

Discusiones más, reflexiones menos, existe cierto consenso que el juez de ejecución, como señala RUIZ VADILLO citado por KUNSEMULLER, el problema está en coordinar bien la potestad disciplinaria penitenciaria a cargo de la administración, con límites cuantitativos y cualitativos bien precisados y el correspondiente e imprescindible control jurisdiccional.

Ello resulta relevante, sobre todo, porque el cumplimiento de las sentencias en materia penal difiere de las de otras ramas del derecho, que consolidan o modifican situaciones patrimoniales, laborales, etc., a diferencia de la sanción penal, que siempre compromete derechos fundamentales que no dejan de ser objeto de protección en virtud de ella. Así, las agravaciones o atenuaciones de las sanciones penales ya impuestas se traducen en instituciones como los castigos disciplinarios, los beneficios intrapenitenciarios y, entre estos, la libertad condicional.

Además, para MAPELLI CAFFARENA<sup>335</sup>, la tendencia a que la actividad jurisdiccional trascendiera a la sentencia de condena fue primero una

---

<sup>334</sup> KUNSEMULLER L., Carlos. “La Ejecución de la Sanción Penal. ¿Es necesaria su Judicialización?”. Ponencia presentada en las Primeras Jornadas de Derecho Penal y Ciencias Penales. Universidad Católica de Valparaíso. 2004.

<sup>335</sup> MAPELLI Caffarena, Borja. “La Judicialización Penitenciaria, un Proceso Inconcluso”, en Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 11, mayo de 1999.

preocupación por los excesos punitivos en que frecuentemente caían los responsables de las prisiones, y luego, un interés por asegurar que la flexibilidad introducida en la ejecución de la pena pudiera traducirse en una discriminación arbitraria de algunos condenados frente a otros. Para este autor, el control jurisdiccional de la actividad penitenciaria es una exigencia de una concepción resocializadora de la ejecución de las penas privativas de libertad. Cuando la sanción privativa de libertad sólo se orientaba a la custodia, bastaba el control exterior de la misma; pero en cuanto fueron consolidándose las aspiraciones preventivo especiales, surgieron los modelos de ejecución alternativos que importaron una modificación sustancial en el contenido de la pena que exigía un control imparcial e independiente.

En conclusión, la jurisdiccionalización de la etapa de ejecución no se satisface con la sola introducción de un juez de ejecución o de vigilancia penitenciaria, sino con la reforma de toda la fase de ejecución penal, a fin de dar coherencia interna al conocimiento, juzgamiento y ejecución, sus principios y fines.

## **CAPITULO VII**

### **CONCLUSIONES**

La función de *ultima ratio* y de mínima intervención del derecho penal, hace imperativo que el instrumento penal no sea utilizado de manera indiscriminada o arbitraria. Esta concepción parte de la base que cualquier injerencia del aparato penal, además de irrogar un sufrimiento, siempre puede significar un abuso o mala utilización por parte de la autoridad. Creemos que esta piedra basal del derecho penal contemporáneo ha pasado a segundo plano, siendo desplazada por un abusivo uso político del sistema penal. En los tiempos que vivimos, la utilización indiscriminada del aparato penal, principalmente con fines meramente instrumentales o simbólicos, y la pobreza del debate en torno al fenómeno delictual, han sido una constante. El panorama medial da cuenta de eso: baste encender un televisor al momento de los noticiarios, para imbuirse de la histeria y futilidad que rodea el tratamiento de los hechos delictuales. Expresiones como la “puerta giratoria de la justicia”, la “mano blanda de los jueces”, “los que estamos encerrados en nuestras casas somos la gente honesta, mientras los delincuentes están libres” y otras análogas, han sido utilizadas hasta la saciedad, por dueñas de casa, periodistas, políticos y autoridades de todos los poderes del Estado. Estos dichos se han repetido tantas veces, transformándose en clichés adscritos al inconsciente colectivo del ciudadano promedio, llevando a una cada vez mayor sensación de que las cosas van de mal en peor, y que estamos a punto de vivir una orgía delictual, alejando cualquier tipo de discusión seria y científica al respecto. Preguntas como cuáles son los factores que inciden realmente en los índices de criminalidad, y lo que es más importante, cuáles son los instrumentos con que efectivamente cuenta el Estado para mejorar la situación, han quedado completamente alejados de una discusión seria por parte de los poderes del Estado y de la opinión pública. De esta manera, contrariando las actuales tendencias en otros países del globo, el debate nacional en torno al delito se centra casi exclusivamente en la reacción penal estatal para controlar la -

como hemos visto-, no tan clara “explosión delictual”. Se sigue señalando a la pena privativa de libertad como la panacea, se visualiza a la cárcel como el remedio para todos los males derivados del delito.

Como se ha estudiado en doctrina, las políticas criminales que creen ver la solución al fenómeno delictual en el aumento de las penas y de la criminalización, ya han sido desacreditadas. Los sistemas de tolerancia cero basados en la seguridad ciudadana, ya han demostrado su fracaso empírico. Con el aumento de la represión policíaca y la inflación penitenciaria no se consigue nada. No puede endosarse a la cárcel el rol de reformador de almas, nada conseguimos si seguimos meramente depositando en el olvido carcelario a los delincuentes, si no terminamos con las desigualdades sociales y la falta de simetría en las oportunidades. Incluso desde el mismo Poder Judicial se han alzado las voces para evidenciar la situación inhumana, degradante y cruel que se vive al interior de los penales. El oscuro panorama carcelario, ha derivado en altas tasas de reincidencia y hacinamiento; esta situación no es más que el reflejo de la crisis de nuestro sistema penitenciario. Se hace necesario, por tanto, que nuestro ámbito de las ciencias sociales comience por elevar el debate en torno al complejo fenómeno delictual, y poner en el sitio que corresponde el tema penitenciario, adaptando y adecuando nuestro tratamiento legislativo de los fines de la pena.

En nuestra Constitución Política no existe norma que se refiera a los fines de la pena, cuestión que ocurre en varios de los países latinoamericanos, como hemos revisado. La escasa importancia que ha revestido el tema de la ejecución penal queda de manifiesto en este sensible vacío en el texto constitucional. Por otro lado, nuestro Código Penal también se queda atrás, extendiéndose en la definición de las penas, pero en norma alguna se refiere a la finalidad que ha de tener toda pena privativa de libertad. Esta laguna, no sólo se manifiesta en términos valóricos, o de indiferencia del legislador penal, sino que en cuestiones prácticas, como las asimetrías, confusiones e inconsistencias en que se ha incurrido con las últimas reformas a distintas leyes, verbigracia, la Ley de Delitos Sexuales, las que sancionan la

pornografía infantil y el tráfico de drogas, por mencionar algunas. Esto genera un caos penitenciario, y una pérdida de proporcionalidad y justicia material al momento de sancionar determinadas conductas. Un sistema penitenciario caótico y axiológicamente indeterminado, deja la puerta abierta a la inflación penitenciaria y al mal uso de la política criminal por consideraciones extra-penales.

Junto con la consagración constitucional de los fines de la pena, se hace necesario que fructifiquen los esfuerzos por reformar nuestro Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, su excesiva dispersión y atomización, su falta de coherencia lógica. Si bien, se ha reconocido en su espíritu el representar un esfuerzo por adaptar nuestra normativa interna a los distintos instrumentos y compromisos adquiridos por Chile en el extranjero, no obstante, se sigue sosteniendo la violación al principio de legalidad que representa dicho reglamento. El Reglamento deja una materia de regulación legal en manos de una fuente formal de rango inferior. Esto consecuentemente impide una discusión parlamentaria y una expresión de la ciudadanía. Debe tenerse presente, que toda política penitenciaria es un esquema de la sociedad, y de los ciudadanos que se pretende integren la comunidad nacional. Todo programa de resocialización, por tanto, debe ser discutido en el seno de la sociedad, a través de los cauces institucionales que corresponda. Desde un punto de vista formalista, se ha señalado también que el Reglamento confunde los fines y la ejecución de la pena,- materia de importancia mayúscula en la elaboración de cualquier política penitenciaria-, con las normas de administración interna de los penales. La doctrina ha señalado que la regulación del régimen interno de los establecimientos penitenciarios por el Reglamento no es errada, pues pone en ejecución y permite la aplicación de una ley, que en estos casos, aún no existe. Lo que debe hacerse entonces, es reformar nuestro Código Penal o promulgar una ley de *quórum* superior, que deje fuera de la deriva política eleccionaria el tratamiento legislativo penitenciario. Se hace necesario, entonces, no sólo un reconocimiento constitucional de los fines de la pena, sino que una ley de ejecución penitenciaria, que se encargue de establecer

un marco de garantías mínimas respecto de los reclusos. Proponemos la creación de una instancia administrativa, dependiente del Ministerio de Justicia, bajo la forma de alguna subsecretaría de reinserción social o similar, que se encargue de la ejecución penitenciaria y postpenitenciaria. Así como debe avanzarse en la regulación, reforma y revisión de nuestro marco legislativo penitenciario, la resocialización como fin de la pena, debe establecerse como un derecho de todo penado. Al mismo tiempo, la promulgación de una Ley de Ejecución Penitenciaria deberá dotar de unidad y coherencia a nuestro sistema penitenciario. Sólo de esta manera, la legislación patria podrá ponerse al día con sus compromisos internacionales y conseguir humanizar al actual panorama carcelario chileno. De esta manera, debe evitarse la elaboración de leyes cortoplacistas, urdidas en la coyuntura mediática y populista, que parecen orientadas más bien por oscuros fines político partidistas, más que por una verdadera voluntad de incidir en las complejas causas del fenómeno delictual.

Estas exigencias, no sólo son de orden simbólico, sino que apuntan a sentar las bases esenciales de un nuevo sistema único de ejecución penitenciaria, que tenga como norte la dignidad humana y el respeto por los derechos humanos de los penados. De lo contrario, seguiremos con la paradoja penitenciaria, de que el Estado a través de la criminalización y penalización de ciertas conductas pretenda reestablecer el imperio del derecho, precisamente mediante la negación de derechos de los reclusos. Si el Estado pretende aplicar una pena en respuesta al injusto que representa el delito, debe por principio, velar porque la ejecución penitenciaria cumpla con los imperativos jurídicos que ha roto el delincuente con su actuar antisocial. Sólo a través del establecimiento de un Sistema Único de Ejecución Penitenciaria que se traduzca en una Ley de Ejecución Penitenciaria reflejo de la voluntad general, y la consideración de los reclusos como sujetos de derechos que sólo tienen restringidas aquellas garantías que señala la pena, y no objetos instrumentalizados por el Estado por aparentes razones de conveniencia social, podremos avanzar al respecto.



En términos genéricos, debe descreerse y desconfiar de los profetas que ven en la cárcel, una efectiva arma contra el delito. El debate doctrinal lleva siglos diciendo lo mismo. No hay pena ni sanción que por si sola, pueda constreñir al mismo individuo que ha delinquido o a otros, a que no lo hagan o lo vuelvan a hacer, o, lo que es más difícil aún, revertir los males que ha producido el delito. La privación de libertad ha demostrado empíricamente sus efectos desocializadores y estigmatizantes, no sólo respecto de la persona que la sufre directamente, sino de toda su familia y entorno social. La cárcel, ante la explotación mediática y política del “apocalipsis delincencial” en que vivimos, se transforma aparentemente en la única arma para detener esta epidemia, en el único remedio para respirar y dormir tranquilos, para liberarnos de imaginar las dantescas imágenes asociadas a ser víctima de un delito.

Las peticiones de mayor dureza y de represión penal, se sostienen sobre la base de la “explosión delictual” imperante. De esta manera, ésta se enarbola como argumento irrefutable, cuestión que dista mucho de la realidad, ya que la Tasa de Victimización se mantiene más o menos estable desde fines de los noventa a la fecha. Un indicador muy distinto, y que obedece a otro tipo de factores y variantes, es el Sentimiento de Inseguridad, que efectivamente va en aumento. Este miedo a ser víctima de un delito, es un indicador que no nos debe dejar indiferentes.

Debemos entender que el sentimiento de inseguridad ciudadana es un temor cuyo origen es difuso, que lamentablemente no es más que una expresión del debilitamiento del vínculo social, del sentimiento de comunidad, de la noción misma del orden en que estamos viviendo.

Sin embargo, ¿Cómo responde nuestra sociedad frente a ese pánico colectivo creado por los mismos que usufructúan de él? ¿El Estado y las personas pueden permanecer tranquilos cuando apresan y condenan a un delincuente? ¿Qué pasa cuando ese delincuente se licencia y egresa del recinto penitenciario? ¿Penalizando una determinada conducta evitamos que se reproduzca? ¿La cárcel resarce los males que ha irrogado el delito a la víctima? ¿Por qué se delinque o por qué se deja de delinquir?

Son innumerables las preguntas que surgen al respecto, y muy difíciles de responder. A pesar del largo recorrido de la ciencia penal, hay algunas interrogantes que aún no tienen respuesta.

No obstante, hace años ya contamos con evidencia empírica que, si bien no responde a estas grandes interrogantes, al menos nos indica el camino errado, el que no debemos seguir, y acaso una forma de reaccionar frente al fenómeno delictivo.

El actual sentido de la política penitenciaria, ha hecho caso omiso a esta evidencia, dejándose guiar por los profetas y magos de la seguridad ciudadana, haciendo gala de una profunda ceguera social, fomentando políticas basadas en la exclusión y el miedo al otro, carentes de una verdadera consciencia de bien común, proyectable y evaluable a largo plazo. Por tanto, cual sea el rumbo que tome nuestra política criminal, independiente de lo discutible que en lo particular nos puedan parecer las decisiones adoptadas en materia penitenciaria, éstas no pueden llevarse a efecto sin mediar una evaluación seria de los resultados que se obtienen con ellas. Como se señala en doctrina, no puede perderse la “noción de realidad”, no podemos pretender de manera irrestricta y descontrolada, hacer uso de visiones dogmáticas de raigambres pasadas, que ya han mostrado sus funestos resultados en el seno social, pues ello sería pretender “tapar el sol con un dedo”, y no abrir los ojos frente al verdadero escándalo que estamos presenciando: la permeabilización del aparato penal por la política, de manera de perder completamente el norte – realidad. El triste espectáculo al que asistimos, es la decadencia moral de nuestra política, y en general de la noción de bien común, que es moldeada únicamente con fines político-eleccionarios. De esta manera, el uso del *marketing*, testeos de opinión, *focus group*, y en general, el uso de estrategias comunicacionales, se ha transformado en la nueva forma de hacer política, de la que la política criminal no es ajena, dejando cada vez más lejos ideales como el bien común, la paz social y la sana convivencia.

Todo parece apuntar al rol que corresponde a la sociedad en la prevención y ataque de las causas de la delincuencia. Se ha recalcado en

doctrina que más que extremar posturas frente al fenómeno delictual, lo que se traduce en la polaridad existente definida como “guerra contra la delincuencia”, en lo que cabe poner énfasis, desde posturas provenientes de la Criminología Crítica, es entender que el delito es un fenómeno connatural a toda comunidad, del que indirectamente la sociedad también es responsable. La paz social y la disminución de la criminalidad no pueden estructurarse sobre una sociedad injusta, insolidaria e individualista. Por tanto, todo tratamiento penitenciario debe estructurarse sobre la base del concepto de Corresponsabilidad Social.

Como hemos pretendido revisar en nuestro trabajo, la cárcel y aún el encierro, nacen con fines absolutamente distintos a los punitivos. Su uso y prevalencia durante los últimos siglos ha venido en darse, por una mezcla de criterios económicos y socioculturales. Las críticas, desde el siglo XVII han venido a cuestionar la aplicación y la utilidad que dicho tipo de penas pueden representar a la sociedad. Actualmente, en el mundo contemporáneo, la dirección a la que apuntan las políticas penitenciarias, es a crear alternativas a la cárcel, suprimir y/o reemplazar las penas cortas por otras de mayor utilidad social, dar cabida a los acuerdos reparatorios en materia penal, y en los casos en que sea conveniente seguir sancionando con la privación de libertad, humanizar y hacer lo más productivo posible el tiempo de encierro. El trabajo, los planes de intervención social y familiar, la educación y/o capacitación han mostrado resultados positivos, no obstante: ¿Por qué seguimos privando de libertad? ¿Cuál es la utilidad que verdaderamente cumple este tipo de sanciones?

En las condiciones en que actualmente se priva de libertad, podríamos sostener, a riesgo de parecer alarmistas, que la principal utilidad que cumple la cárcel en nuestro sistema penitenciario es únicamente un fin retributivo de venganza social, y/o de mera inocuización o aislamiento social. Respecto a las finalidades reconocidas de manera tibia y confusa, nuestro Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, y la dispersa y caótica normativa existente al respecto, enarbolan la finalidad resocializadora como fin último de la privación de libertad. Para la consecución de dicho fin, nuestro sistema

de cumplimiento penitenciario se entiende ínsito dentro de los sistemas progresivos, a través del método de individualización científica de la pena.

Este sistema de individualización científica de acuerdo a nuestra legislación penitenciaria, está encomendado a Gendarmería de Chile, entidad encargada de poner en ejecución estos programas de resocialización. Ya hemos revisado los inconvenientes del Sistema de Segmentación y Clasificación. Los criterios de “peligrosidad social” y equivalentes, responden a clasificaciones de raigambre positivista, que más que consistir en un diagnóstico que facilite la consecución de la resocialización, parecen formar parte del etiquetamiento de la otredad. En ningún *ítem* de la ficha de clasificación se hace mención a la voluntad o intención de resocializarse; ésta se transforma en un estigma que perseguirá al reo durante toda su vida intramuros, incluso al momento de solicitar algún beneficio penitenciario o ser trasladado. El éxito apuntado por Gendarmería en la aplicación de los modelos de clasificación y segmentación, parece únicamente visto desde el prisma de la seguridad y la administración interna de los penales. No podría ser de otro modo, pues, ya se señaló que el 75% de la población reclusa tiene un grado de compromiso delictual alto o mediano. También ya se ha hecho hincapié en la diversidad de criterios de clasificación existente entre los distintos penales, y el atentado al principio de inocencia que implica la elaboración de la ficha, por cuanto se aplica al ingreso a un penal, con independencia de si se hace a título de imputado o de penado.

Por otra parte, la figura del gendarme se ha transformado en un elemento integrante característico de la subcultura carcelaria. Se sostiene que si se pretende educar para la libertad en condiciones de encierro, debe fomentarse el autogobierno, la autodisciplina en términos similares a los que encontrará el reo al ser puesto en libertad.

Las nuevas tendencias se inclinan a la “civilización” del órgano gendarme. Se sugiere que la preparación de los gendarmes, antes que estar orientada a formar un custodio o guardia carcelario, lejano, autoritario y fuerte físicamente, debe más bien inclinarse a la adquisición de competencias.

Esto requiere conocimientos técnicos de índole psicológica, educativa y laboral, que permitan al funcionario reaccionar de la forma más idónea al rol rehabilitador, ahondando en la resolución pacífica de conflictos y en la promoción de instancias de mediación entre los mismos presos.

Un tratamiento penitenciario adecuado, debe partir de la base de considerar al delincuente un "igual". Por tanto, con análogos derechos y garantías que un ciudadano común. Esto implica reconocer un marco garantístico mínimo al recluso.

Conforme hemos visto, la privación de libertad en un Estado Democrático de Derecho no se sustrae a los límites impuestos al ejercicio del poder público en contraposición a las garantías individuales. La política criminal debe no sólo criminalizar conductas y sancionarlas, sino también destinarse a tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos contra agresiones de parte de otros, pero también de las penas arbitrarias o desproporcionadas, protegiendo al infractor de la norma penal de reacciones informales, estableciendo un límite máximo a la actividad punitiva del Estado.

Se tiene que los principios limitadores del *ius puniendi* han sido reconocidos explícitamente en nuestro ordenamiento procesal penal, que establece además mecanismos para ejercitar los derechos en que se materializan; así también la técnica legislativa ha ido avanzando paulatinamente en la tarea de depurar y delinear los tipos penales a través de la revisión de cada uno de ellos, en paralelo al desarrollo de la doctrina y jurisprudencia que persiguen incorporar a las decisiones judiciales los principios propios de la teoría del delito.

En consecuencia, en las últimas reformas en las fases de conocimiento y juzgamiento se han creado herramientas, que si bien no son suficientes, permiten reconocer un cambio político criminal en pos de la materialización de las garantías constitucionales respecto de los privados de libertad.

No obstante, en la etapa de ejecución de las resoluciones judiciales, precisamente en el ámbito que resulta más gravoso para el individuo como es el penal, tenemos que no sólo no existen mecanismos de protección de

los derechos no conculcados ni limitados por la privación de libertad, sino que además, se carece de un procedimiento para hacer valerlos y de un órgano con competencias delimitadas, completas y especializadas para que un interno ejerza esos derechos respecto de la administración penitenciaria por algún abuso, restricción o desconocimiento de los mismos.

En un esfuerzo somero e inútil del legislador, se intentó adjudicar el amplio tema de la protección de las garantías constitucionales de los internos en el ámbito de la ejecución penal al Juez de Garantía; esfuerzo somero, por cuanto no se estableció un procedimiento al efecto; e inútil, toda vez que no se reglamentó legalmente el acceso y ejercicio de esos derechos, sino que sólo se aludió a las solicitudes y reclamos relativos a la ejecución, conceptos jurídicos indeterminados, que, como vimos, no están cubiertos por la cautela de garantías que debe informar toda la labor de la judicatura penal, por cuanto ésta sólo es aplicable al proceso penal, antes de obrar el desasimio del tribunal. Por lo demás, con la instauración de ese sistema precario, retrocedimos a las antiguas y consabidas falencias del procedimiento penal antiguo, por cuanto es el Juez de Garantía aquel competente para ejecutar las sentencias dictadas por él mismo o por el Tribunal Oral en Lo Penal, para posteriormente, conocer y resolver de las solicitudes y reclamos del ajusticiado que cumple condena, lo que atenta en contra de las bases mismas de la imparcialidad del sistema acusatorio.

Dentro de esta problemática extensa, se tiene que la libertad condicional, uno de los mecanismos idóneos en vistas a la resocialización como fin de las sanciones penales, no se sustrae de la densa bruma constituida por los derechos no exigibles de los privados de libertad. Es por ello urgente que el legislador precise si constituye un derecho del condenado o simplemente una concesión graciosa o premial, y establezca criterios político - criminales que definan los lineamientos generales de aplicación de este beneficio (o derecho) en un Estado Democrático de Derecho.

En el plano normativo, es necesario implementar un procedimiento contradictorio, expedito y transparente a fin de determinar si la libertad condicional es procedente o no; en tanto, en el plano sistemático el esfuerzo

ha de radicar en la instauración de un sistema progresivo en que la libertad condicional sea la última etapa de un proceso continuo y coherente, que implique una paulatina reinserción social del interno, materializando el principio de resocialización y determinando las condiciones de cumplimiento de las sanciones penales y los derechos y obligaciones de los condenados. En suma, es urgente la judicialización de la ejecución.

No obstante, la judicialización de la etapa de ejecución de la pena no se agota con su establecimiento legal, sino que en ella deben plasmarse también las garantías propias del sistema normativo; de otra parte, las decisiones que versan sobre la modificación de las condiciones cualitativas de la pena han de ser tomadas por un juez imparcial e independiente de la administración, en un proceso dotado de los mismos derechos y garantías de que goza una persona cuando se le atribuye responsabilidad penal; respetando, por cierto, las garantías propias del procedimiento penal.

La implementación de un juez de vigilancia penitenciaria o de ejecución como órgano especializado distinto del tribunal de mérito, materializaría el principio de humanización de las penas y sería una consecuencia del principio de legalidad de las mismas, que en concordancia con la garantía de ejecución, salvaguardaría los derechos del condenado de las cuestiones subjetivas que pudieren influir en la imparcialidad del juzgador con motivo del conocimiento del asunto y de las características del autor.

## BIBLIOGRAFIA

### BIBLIOGRAFÍA GENERAL

#### Índice de Autores

1. “Primer Foro Iberoamericano de Acceso a la Justicia Conclusiones”, Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, Enero 2006.
2. “Seminario de Reinserción Social y Seguridad Pública”, 3, 4, 5 y 7 de septiembre 2007, organizado por Defensoría Penal Pública, Gendarmería de Chile, CESC U. de Chile.
3. “Seminario Modernización del Sistema Carcelario: Colaboración del Sector Privado (Resultados)”, Santiago, abril 1994, Fundación Paz Ciudadana y Libertad y Desarrollo.
4. “Tercer Simposio Nacional de Investigación Sobre Violencia y Delincuencia”, Fundación Paz Ciudadana, 4 y 5 de Octubre de 2006, Santiago, Chile.
5. ARÉVALO CUNICH, Javier, “Curso de Derecho Penal Parte General”, Segundo Semestre 2008, Colección de Apuntes, Universidad de Chile.
6. BACHS I ESTANY BERGALLI, Roberto, BALAGUER SANTAMARÍA, Xavier, GISBERT GISBERT, Antoni y RIVERA BEIRAS, Iñaki ( Coordinador), “Cárcel y Derechos Humanos: Un Enfoque Relativo a la Defensa de los Derechos Fundamentales de los Reclusos”, José María Bosch S.A. Edics, Barcelona, 1992.
7. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. “Alternativas a la Pena Privativa de Libertad en el Derecho Penal Europeo Actual”. Revista del Poder Judicial N°43, Madrid, 1996
8. BALMACEDA HOYOS, Gustavo (Coordinador), “Problemas Actuales de Derecho Penal, Seminario de Derecho Penal”, Universidad de Salamanca, 1ª Edición, Ediciones Jurídicas Santiago (Salesianos), Santiago, Octubre 2007.



9. BARATTA. Alessandro. "Reintegración Social del Detenido. Redefinición del Concepto y Elementos de Operacionalización. La Pena. Garantismo y Democracia." Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, Colombia. 1999.
10. BECCARIA, Cesare, "De los Delitos y Las Penas", Traducción de Antonio Bonanno, Editorial Losada, Buenos Aires, 2004.
11. BINDING, Karl. *Die Normen Und Ihre Übertretung*, Edit. Aalen: Scientia Verlag, 1965. Volumen IV.
12. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, [et al.], "Pena y Estado: Función Simbólica de la Pena", Edit. Jurídica ConoSur Santiago, Chile, 1995.
13. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, "Obras Completas" Tomos I y II, ARA Editores, Lima, Perú, 2004.
14. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, "Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal", Santiago de Chile, Edit. Jurídica Conosur, 1994.
15. BUSTOS, Juan, "Control Social y Sistema Penal", en MERA FIGUEROA, Jorge y DUCE JULIO, Mauricio, Ediciones. Universidad Diego Portales, Santiago, 1996.
16. CADALSO, Fernando. "Instituciones Penitenciarias y Similares en España", Madrid, 1922
17. CANDINA, Azun, "Comunidad y Seguridad: Una Guía para la Prevención a Nivel Local", Centro de Estudios para la Seguridad Ciudadana (CESC), Instituto de Asuntos Públicos Universidad de Chile", Santiago, Chile, 2006.
18. CARBONELL MATEU, J.C., "Derecho Penal: concepto y principios constitucionales," 2º edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996
19. CARRANZA, Elías y VV. AA., "Sistemas Penitenciarios y Alternativas a la Prisión en América Latina y El Caribe", Edit. Depalma, Buenos Aires, 1992.
20. CEREZO MIR, José, "Curso de Derecho Penal Español: Parte General I (vol. I)", Madrid, Editorial Tecnos, 1998, p. 20.
21. CUELLO CALÓN, Eugenio. "La Moderna Penología". Tomo I, Edit. Bosch, Barcelona, 1958.

22. CURY URZÚA, Enrique, "Problemas Actuales de Derecho Penal", Varios Autores, Universidad Católica de Temuco, Escuela de Derecho, Temuco, Chile, 2001.
23. DE RIVACOB A Y RIVACOB A, Manuel, "El Penalista Liberal Controversias Nacionales e Internacionales en Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología", 1ª Edición, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
24. DOMINGUEZ VIAL, Andrés [el al.], "El Sol en la Ciudad Estudios sobre Prevención del Delito y Modernización Penitenciaria", Editora Nacional de Derechos Humanos, Santiago, Chile, Noviembre de 1993.
25. DURÁN MENCHACA, Carlos, "La Evolución del Régimen Penitenciario Chileno durante el Siglo XX (1918-1995)", Memoria para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central, Santiago, 1997.
26. DURÁN MIGLIARDI, Mario, "Prevención Especial e Ideal Resocializador. Concepto, Evolución y Vigencia en el Marco de la Legitimación y Justificación de la Pena", en: Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios - Ministerio de Justicia, Gendarmería de Chile, Santiago, Chile. Nº 13 Diciembre 2008.
27. ESPINOZA, Olga y VIANO, Carolina, "El Desafío de la Libertad: Proceso de Concesión de Beneficios Intrapenitenciarios para la Reinserción Social", RIL Editores y CESC, Universidad de Chile, Santiago, 2008.
28. FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio, PÉREZ CEPEDA, Ana, SANZ MULAS, Nieves, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Coordinador), "Manual de Derecho Penitenciario", Universidad de Salamanca, COLEX, Madrid, 2001.
29. FERNANDEZ GUARDA, Julio et. Alt. "Manual de Derecho Penitenciario". Editorial Colex, Madrid, 2001.
30. FOUCAULT, Michel, "Vigilar y Castigar Nacimiento de la Prisión", México, Siglo XXI ediciones, 23ª edición, 1995.

31. FUENTES AGUILERA Roberto y VALLEJOS ORELLANA, Rafael, "La Libertad Condicional en Chile: Análisis Estadístico en las Cárceles de Temuco, Lautaro y Victoria a partir del 4 de noviembre de 1970", Memoria para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Chile, 1973.
32. GARCÍA VALDÉS, Carlos (director) Y VV.AA., "Diccionario de Ciencias Penales", EDISOFER S.L., Madrid, 2000.
33. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, "Estudios penales: La Supuesta Función Resocializadora del Derecho Penal, Problemas y Tendencias Actuales de la Ciencia Penal, Derecho Penal Político, la Criminalidad Financiera y de "Cuello Blanco", Protección Penal de la Libertad de Obrar de la Persona, Delincuencia Asociada: Criminalidad "Común" y "Terrorista", la Tutela Penal del Honor y la Intimidad como Límite de la Libertad de Expresión", José María Bosch S.A. Editores, Barcelona, 1984.
34. GARRIDO GUZMAN, Luis. "Compendio de Ciencia Penitenciaria" Universidad de Valencia. Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal. Valencia. 1976.
35. GONZALEZ CANO, María Isabel. "La Ejecución de la Pena Privativa de Libertad." Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1994.
36. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, "Cárcel Electrónica: Bases para la Creación del Sistema Penitenciario del Siglo XXI", Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.
37. HASSEMER, Winfried, "Fundamentos de Derecho Penal", traducción y notas de Muñoz Conde, Francisco y Araya Zapatero, Luis. José María Bosch S.A. Editores, Barcelona, 1984.
38. HENTIG von, Hans, "La Pena. Las Formas Modernas de Aparición." Volumen II. Traducción castellana y notas por José María Rodríguez Devesa. Edit. Espasa Calpe, 1968, Madrid.
39. HOBBS. Thomas. "Leviatán" Editorial Fondo de Cultura Económica, 1980, México. 2ª ed. En español, reimpresión 2006.

40. JAKOB YANINE, Mario, "La Libertad Condicional", Memoria para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 1962.
41. JIMENEZ DE ASUA, Luis, y ONECA, Antón. "Derecho Penal". Tomo I. Editorial Reus S.A., Madrid, 1929.
42. KUNSEMULLER L., Carlos, "La Ejecución de la Sentencia Penal: ¿Es Necesaria su Judicialización?", Ponencia del Académico Presentada a las Primeras Jornadas de Derecho Penal y Ciencias Penales, Universidad Católica de Valparaíso, 2004, Colección de Apuntes, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2005.
43. LESCH, H. Heiko, "La Función de la Pena", Dyckinson, Madrid, 1999.
44. MANZINI, Vincenzo. "Tratado de Derecho Penal", Tomo IV. Bs. As., 1949.
45. MAPELLI Caffarena, Borja. "La Judicialización Penitenciaria, un Proceso Inconcluso", en Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 11, mayo de 1999.
46. MARIN, Ubano. "La Libertad Condicional en Chile". Imprenta Universitaria, Cochabamba, Bolivia, 1941.
47. MARTÍNEZ MERCADO, Fernando, "Asistencia Postpenitenciaria en Chile diagnóstico de la oferta pública", RIL editores, Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana (CESC), 1ª ed., Junio 2008, Santiago de Chile.
48. MATHIESEN, Thomas, "Juicio a la Prisión una Evaluación Crítica", EDIAR, Buenos Aires, 1ª Ed, 2006.
49. MIR PUIG, Santiago, "Derecho Penal, Parte General", 5ª Edición, REPERTOR, Barcelona, 1998.
50. MIR PUIG, Santiago, "El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho", 1ª edición, Edit. Ariel S.A., Barcelona, junio 1994.
51. MIR PUIG, Santiago. "Bien Jurídico y Bien Jurídico Penal como Límites del *Ius Puniendi*" En Estudios Penales y Criminológicos, Universidad de Santiago de Compostela, número XIV, año 1991.

52. MORAIS DE GUERRERO, María G. "La Pena: su Ejecución en el Código Orgánico Procesal Penal. Vadell Hermanos Editores. Valencia – Caracas, Venezuela, 1999.
53. MUÑOZ CONDE, Francisco y García Arán, Mercedes, "Derecho Penal Parte General", 2ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.
54. MUÑOZ CONDE, Francisco, "Introducción al Derecho Penal", 2ª edición, Edit B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2001.
55. NEUMAN, Elías e IRURZUN, Victor J. "La Sociedad Carcelaria: Aspectos Penológicos y Sociológicos". Edit. De Palma, 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina, 1984.
56. NEUMAN, Elías "Evolución de la Pena Privativa de Libertad y Regímenes Penitenciarios". Edit. Pannedille, Buenos Aires, Argentina, 1971.
57. NIÑO, Luis Fernando. "El Juez de Ejecución. El Nuevo Proceso Penal Venezolano. XXII Jornadas. J.M. Domínguez Escobar". Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. UCAB-UCV. Barquisimeto, Venezuela, 1998.
58. PAZ RUBIO y otros. "Legislación Penitenciaria. Concordancias, Comentarios y Jurisprudencia." Edit. Colex, Madrid, 1996.
59. POTTSTOCK, Edmundo. "Naturaleza Jurídica de la Libertad Condicional". Revista Chilena de Ciencia Penitenciaria y de Derecho Penal. N°9, tomo XV, 1962.
60. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, "Curso de Derecho Penal Parte General", 1ª Edición, CEDECS S.L., Barcelona, 1997.
61. RACIONERO CARMONA, Francisco, "Derecho Penitenciario y Privación de Libertad: Una Perspectiva Jurídica", Dyckinson, Madrid, 1999.
62. RAMOS ARELLANO, Marcela y GUZMÁN de Luigi, Juan Andrés, "La Guerra y La Paz Ciudadana", Editorial LOM, Santiago, Chile, Octubre 2000.

63. RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.), "Política Criminal y Sistema Penal viejas y Nuevas Racionalidades Punitivas", edit. *Anthropos*, 1ª ed., Barcelona, 2005.
64. ROXIN, CLAUS, "Derecho Penal Parte General", Traducción de la 2a. Edición Alemana y Notas por Luzón Peña, Diego-Manuel, Díaz y García Conlledo, Miguel y de Vicente Remesal, Javier, Civitas, Madrid, 1997.
65. RUSCHE, Georg y KIRCHHEIMER, Otto. "Pena y Estructura Social". Traducción de Emilio García Méndez. Edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1984.
66. SANZ MULAS, Nieves, "Alternativas a la Pena Privativa de Libertad", COLEX, Universidad de Salamanca, Madrid, 2000.
67. SEPÚLVEDA CRÉRAR, Eduardo y SEPÚLVEDA BAZÁES, Paulina, "A 83 años del Establecimiento de la Libertad Condicional en Chile: ¿un Beneficio desaprovechado?", disponible en: [http://www.gendarmeria.cl/doc/reinsercion/revista\\_n13.pdf](http://www.gendarmeria.cl/doc/reinsercion/revista_n13.pdf)
68. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo", José María Bosch S.A. Editores, Barcelona, 1992.
69. STIPPEL, Jörg Alfred, "Las Cárceles y la Búsqueda de una Política Criminal para Chile: Un Estudio Acerca del Acceso a la Justicia, la Violación de Derechos y el Nuevo Proceso", LOM Edics, Santiago, 2006.
70. VALENZUELA, Jonatan, "Estado Actual de la Reforma al Sistema Penitenciario Chileno", en Revista de Estudios de la Justicia (REJ), N° 6, Año 2005.
71. VASQUEZ, Magaly y MANZANEDA, Jesús. "El Nuevo Proceso Penal". Caracas. C.O.P.R.E. citado por María Morais, 1999. "La Pena. Su ejecución en el Código Procesal Penal". Vadell Hermanos Editores, Caracas, Venezuela, 1996.
72. VILLEGAS DÍAZ, Myrna (Coordinadora), Varios Autores, "Contribuciones Críticas al Sistema Penal de la Post-Modernidad", Universidad Central de Chile, Santiago 2007.

73. VON LISZT, Franz. "Tratado de Derecho Penal". Madrid, 1917.
74. WALTER, JOACHIM (Dr.), "Condiciones Básicas de un Régimen Penitenciario Moderno desde el Punto de vista de un Alcaide Alemán", en: Estado de Derecho y Reformas a la Justicia, [Et Al.], Editores James M. Cooper, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Estudios de la Justicia, *Heidelberg Center* para América Latina, *California Western School of Law*, Proyecto Reforma Judicial, GTZ Chile, Santiago, Chile, 2005, pp. 208 a 219.
75. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Manual de Derecho Penal", 6ª edición, EDIAR, Buenos Aires, 2001.

#### **ARTÍCULOS DE PUBLICACIONES SERIADAS ELECTRÓNICAS**

1. "Consideraciones Críticas Sobre el Reglamento Penitenciario Chileno", GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, 30 diciembre, 2007, en:
2. "Aspectos Determinantes de la Pedagogía de la Resocialización", RUIZ VARGAS, Marco Antonio, *Nómadas Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas* N° 20, en: <http://www.a360grados.net/sumario.asp?id=1865>
3. "Resocialización o Control Social" por un Concepto Crítico de "Reintegración Social" del Condenado. Ponencia Presentada en el Seminario "Criminología Crítica y Sistema Penal", Organizado por Comisión Andina Juristas y la Comisión Episcopal de Acción Social, en Lima, del 17 al 21 de Septiembre de 1990, BARATTA, Alessandro, en: <http://www.inau.gub.uy/biblioteca/Resocializacion.pdf>
4. "¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?", LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, *Revista Española de Investigación Criminológica*, N°. 1, 2003, en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=2083426>
5. "Sobre la Crítica a la Teoría de la Prevención General Positiva", SCHÜNEMANN, Bernd, en:

<http://www.scribd.com/doc/6908570/Schunemann-Bernd-Sobre-La-Critica-A-La-Teoria-De-La-Prevencion-General-Positiva>

6. "Principios Rectores de la Ejecución Penal. Su Recepción en la Jurisprudencia de la Provincia de Catamarca", GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl, en: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=16,141,0,0,1,0>
7. "Ejecución Penal Salidas transitorias: ¿Derecho o Gracia?", ORTENZI, Tamara L. y. MACEDA, Gabriela A., en: <http://revistacpc.kennedy.edu.ar/Edicion001/Ejecucion.aspx>
8. "El Juez de Ejecución Penal en el Proceso de Reforma de la Justicia Penal Venezolana", LEAL SUÁREZ, Luisa, Capítulo Criminal (CC), Dic. 2001, Vol.29, N° 4, pp.35-57, en: [http://www.serbi.luz.edu.ve/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0798-95982001012000002&lng=es&nrm=iso](http://www.serbi.luz.edu.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-95982001012000002&lng=es&nrm=iso)
9. "Ejecución Penal El proceso de Determinación de la Pena más allá del Dictado de la Sentencia", BERNASCONI CABRERA, Raquel, en: <http://www.juridice.com.ar/doctrina/ejecpena.htm>
10. "El Juez en la Ejecución de las Penas Privativas de Libertad", SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC), N°07-11, 2005, en: <http://criminet.ugr.es/recpc>
11. "El Juez de la Ejecución Penal en Costa Rica", GARRIDO, John, en: <http://www.monografias.com/trabajos29/juez-ejecucion-penal/juez-ejecucion-penal.shtml>
12. "La Individualización Judicial de la Pena, III Encuentro Internacional Justicia y Derecho 2006", Msc. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Rufina, Jueza Tribunal Provincial Popular La Habana, Cuba, en: [www.tsp.cu/Archivos/REVISTAS/Revista%207.pdf](http://www.tsp.cu/Archivos/REVISTAS/Revista%207.pdf)
13. "La Teoría Unificadora Dialéctica de Roxin a la luz de Beccaria", BOTERO BERNAL, Andrés, Revista Telemática de Filosofía del Derecho (RTFD), n° 5, 11 de Octubre 2001/2002, pp. 201-212. en: [www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero5/16-5.pdf](http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero5/16-5.pdf)



14. "Anteproyecto de Código Penal Chileno de 2005, elaborado por la Comisión Foro Penal". Política Criminal Nº 1, D1, p. 1-92, en: [www.politicacriminal.cl/n\\_01/pdf\\_01/d\\_1.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_1.pdf)
15. "Seminario internacional de expertos sobre la reciente política legislativa penal en Iberoamérica, Conclusiones", Málaga, 16 diciembre 2006, en: [www.pensamientopenal.com.ar/15082007/conclusiones.pdf](http://www.pensamientopenal.com.ar/15082007/conclusiones.pdf)
16. "El Derecho Penal Desde una Evaluación Crítica", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC) 10-11, 2008, GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Marta, en: <http://criminet.ugr.es/recpc>
17. "De la Crítica a la Cárcel a la Crítica de las Alternativas", CESANO, José Daniel, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC) 03-05, 3 Noviembre 2001, en: [www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex108/BMD10803.pdf](http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex108/BMD10803.pdf)
18. "Derechos Fundamentales entre Rejas. Algunas Reflexiones acerca de los Derechos Fundamentales en el Ámbito Penitenciario, al Tiempo que un Comentario de la Jurisprudencia Constitucional al Respecto", MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, ADPCP, Vol. LI, 1998, en: <http://www.cienciaspenales.net>
19. "Determinantes de la Criminalidad. Revisión Bibliográfica", CEA, Macarena, RUIZ, Paulina y MATUS, Jean Pierre, Política Criminal Nº 2, D4, P. 1-34, en: [www.politicacriminal.cl/n\\_02/d\\_4\\_2.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_02/d_4_2.pdf)
20. "Las Razones del Derecho Penal. Modelos de Fundamentación y Legitimación", RODRÍGUEZ MESA, Mª José, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC) 09-10, 2007, en: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-10.pdf>
21. "Una Nueva Versión de las Normas Penitenciarias Europeas", Traducción y Comentarios MAPELLI CAFFARENA, Borja, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC) 08-r1, 2006, en: <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-r1.pdf>
22. "El Derecho Penal en América Latina a finales del siglo XX", DE RIVACOBBA Y RIVACOBBA, Manuel, Direito E Ciudadania Año IV, nº

- 10-11, 2000-2001, pp. 33-54 Praia – Cabo Verde, en:  
<http://www.cienciaspenales.net>
23. “La Esterilización de los Asociales en el Nacionalsocialismo ¿Un Paso para la "Solución Final de la Cuestión Social"?", MUÑOZ CONDE, Francisco, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC 04-05, 2002, en:  
<http://criminet.ugr.es/recpc/04/recpc04-05.pdf>
24. “Evolución Histórica de la Cárcel”, GÓMEZ GRILLO, Elio, en:  
<http://elpresovenezolano.blogspot.com/2009/02/evolucion-historica-de-la-carcel.html>
25. “La Proyección Nacional de la Reforma Procesal Penal”, Piedrabuena, Guillermo, Política Criminal Nº 2, 2006. D1, P. 1-8, en:  
[www.politicacriminal.cl/n\\_02/pdf\\_02/d\\_1.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_02/pdf_02/d_1.pdf)
26. “Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte General”, Política Criminal. Nº 1, D2, p. 1-223, en:  
[www.politicacriminal.cl/n\\_01/d\\_2.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_01/d_2.pdf)
27. “Reflexiones sobre el Derecho Penal del Futuro”, MORILLAS CUEVAS, Lorenzo, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC 04-06, 2002, en: <http://criminet.ugr.es/recpc>
28. “Inseguridad Ciudadana, Miedo al Delito y Policía en España”, MEDINA, Juanjo, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2003, RECPC 05-03 (2003), núm. 05-03, p. 03:1-03:21.
29. “Breve Estudio sobre la Libertad Condicional: Teoría y Práctica”. LUDEÑA BENÍTEZ, Óscar Daniel. En: <http://noticias.juridicas.com>, febrero 2002
30. “La Humanización del Derecho Penal y Procesal. Razón y Sensibilidad”, PELAYO GONZÁLEZ-TORRES, Ángel, Derechos y Libertades Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas, en: <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/1362/1/DyL-1999-IV-7-Pelayo.pdf>
31. “Límites del Normativismo en Derecho Penal”, MIR PUIG, Santiago, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2005, Núm. 07-

- 18, P. 18:1 -18:24, RECPC 07-18 (2005), en: <http://Criminet.Ugr.Es/Recpc/07/Recpc07-18.Pdf>
32. "Los Medios de Comunicación y el Derecho Penal", FUENTES OSORIO, Juan L., Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2005, núm. 07-16, p. 16:1-16:51, RECPC 07-16 (2005), en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf>
33. "La Influencia de los Medios en la Percepción Social de la Delincuencia", NAVARRO, Susana Soto, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2005, núm. 07-09, p. 09:1-09:46, RECPC 07-09 (2005), en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-09.pdf>
34. "El Nuevo Código Penal: Una Lucha por el Discurso de la Criminalidad", FERNÁNDEZ C., José Ángel, Política Criminal nº 1, 2006. A5, p. 1-30, en: [www.politicacriminal.cl/n\\_01/pdf\\_01/a\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/a_5.pdf)
35. "Conversaciones: Dr. Terry KUPERS la Orgía del Encarcelamiento en Estados Unidos y la Ideología que la Sustenta", MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2004, núm. 07-c1, p. c1:1-c1:19, RECPC 07-c1 (2005), en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-c1.pdf>
36. "Estado, Constitución y Pena. Desde la perspectiva del Garantismo Penal", LEAL SUÁREZ, Luisa y GARCÍA PIRELA, Adela, Cuestiones Políticas No. 31, julio-diciembre de 2003, 51-71 IEPDP-Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, en: [www.serbi.luz.edu.ve/pdf/cp/n31/art\\_04.pdf](http://www.serbi.luz.edu.ve/pdf/cp/n31/art_04.pdf)
37. "Las Pena Privativa de Libertad en el Derecho Comparado", de LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, artículo publicado en el libro "Derecho y prisiones hoy" de León Villalba (coord.), Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 2003 y, con posterioridad, en la Revista General de Derecho Penal, nº 1, Iustel, 2004, en: [www.penal militar.es/doc\\_subidos/componentes/1/javier\\_leon.pdf](http://www.penal militar.es/doc_subidos/componentes/1/javier_leon.pdf)

38. "Política Criminal con Bases Empíricas en España", TAMARIT, Josep M<sup>a</sup>, Política Criminal N<sup>o</sup> 3, 2007. A8, P. 1-16, en: <http://www.politicacriminal.cl>
39. "La Política Legislativa Penal Iberoamericana a Principios del Siglo XXI", DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, Política Criminal N<sup>o</sup> 5, 2008, A7-5, pp. 1-37, en: [http://www.politicacriminal.cl/n\\_06/a\\_7\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_7_5.pdf)
40. "Por Qué Castigar y Cómo Castigar Como Reto Penitenciario del Próximo Milenio", GIMÉNEZ PERICÁS, Antonio, IV Coloquio Internacional "Interrogantes Penitenciarios en el Quincuagésimo Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos", Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián, N<sup>o</sup> 12 Extraordinario- Diciembre 1998, Eguzkilore, pp. 189 – 196, en: [http://www.ivac.ehu.es/p278-content/eu/contenidos/boletin\\_revista/ivcke/eguzkilore\\_num\\_extr12/eu\\_extra12/adjuntos/Gimenez\\_Pericas\\_12ext.pdf](http://www.ivac.ehu.es/p278-content/eu/contenidos/boletin_revista/ivcke/eguzkilore_num_extr12/eu_extra12/adjuntos/Gimenez_Pericas_12ext.pdf)
41. "Principios y Penas en el Derecho Penal Chileno", NÁQUIRA R., Jaime, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2008, núm. 10-r2, p. r2:1 -r2:71, RECPC 10-r2 (2008) en: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf>
42. "La Prisión, Ayer y Hoy", GARCÍA VALDÉS, Carlos, en: [http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/valdes%202.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/valdes%202.pdf)
43. "La racionalidad de la actividad legislativa penal como mecanismo de contención del poder punitivo estatal", AROCENA, Gustavo Política Criminal, N<sup>o</sup> 6, 2008, A1-6, pp. 1-15, en: [http://www.politicacriminal.cl/n\\_06/a\\_1\\_6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_1_6.pdf)
44. "La Reincidencia en el Código Penal Español: Una Mirada al Controvertido Modelo Norteamericano", CHAZARRA QUINTO, María Asunción, en: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,427,0,0,1,0>
45. "El Sentido Actual del Principio Constitucional de Reeducación y Reinserción Social", Publicado en presente y futuro de la Constitución Española de 1978. *Universitat de València*, Valencia 2005 pp. 217-

- 233, CERVELLÓ DONDERIS, Vicente, en: [http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/reinsercionce%5B1%5D%5B1%5D.vicentacervello.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/reinsercionce%5B1%5D%5B1%5D.vicentacervello.pdf).
46. "La Resocialización: Objetivo de la Intervención Penitenciaria", de LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *Papers d'estudis i formació*, núm.12, diciembre 1993, pp.9-21, en: [http://www.ivac.ehu.es/p278-content/eu/contenidos/informacion/ivckeijose luis delacuesta/eu jos eluis/adjuntos/ResocBarcelona.pdf](http://www.ivac.ehu.es/p278-content/eu/contenidos/informacion/ivckeijose%20luis%20delacuesta/eu%20jose%20luis/adjuntos/ResocBarcelona.pdf)
47. "El Nuevo Modelo Penal de la Seguridad Ciudadana", DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2004, núm. 06-03, p. 03:1-03:34, RECPC 06-03 (2004), en: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>
48. "Seguridad Pública, Estado de Derecho y Derechos Humanos", HERNÁNDEZ RAMÍREZ, José Luis y MORFÍN SÁNCHEZ, Rogelio, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 01-r1 (2000), en: [http://criminet.ugr.es/elcridi/elcridi\\_ponencia.html](http://criminet.ugr.es/elcridi/elcridi_ponencia.html)
49. "Instituciones, Modalidades y Tendencias del Sistema de Ejecución Penal Italiano: Elementos para su Comparación con la Experiencia Española", ARENA, Domenico, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 02-R1 (2000), en: [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_02-r1.html](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_02-r1.html)
50. "Sistema de Sanciones y Política Criminal Un estudio de Derecho Comparado Europeo", TAMARIT SUMALLA, Josep M., *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2007, núm. 09-06, p. 06:1 -06:40, RECPC 09-06 (2007), en: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-06.pdf>
51. "De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un Debate Desenfocado", DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2005, núm. 07-01, p. 01:1 -01:37, RECPC 07-01 (2005), en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>

52. "El tratamiento del delincuente habitual", SANZ MORÁN, Ángel, Política Criminal nº4. A3, 2007, p.1-16, en: [www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080521\\_17.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_17.pdf)
53. "Violencia y Seguridad", ROBLES PLANAS, Ricard, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2004, núm. 06-r1, p. r1:1-r1:3, RECPC 06-r1 (2004), en: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-r1.pdf>
54. "Los Derechos Fundamentales", apuntes de Derecho Constitucional, QUISBERT, Ermo, pp. 75 – 80, en: <http://geocities.com/derechoconstitucional2001/df.htm>
55. "Determinantes de la criminalidad: Análisis de Resultados", RUIZ, Paulina, CEA, Macarena, RODRÍGUEZ, Carlos y MATUS, Jean Pierre, Política Criminal nº3, 2007, D1, p.1-80, en: [www.politicacriminal.cl/n\\_03/d\\_1\\_1\\_3.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_03/d_1_1_3.pdf)
56. "La Evolución del Sistema de Penas en España: 1975-2003", DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2006, núm. 08-07, p. 07:1 -07:25, RECPC 08-07 (2006), en: <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-07.pdf>
57. "El Sistema de Sanciones en el Régimen Disciplinario Penitenciario", RENART GARCÍA, Felipe, en: [www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080526\\_82.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_82.pdf)
58. "Libro Homenaje a Marino Barbero Santos", Volumen I, en: [www.uclm.es/aidp/pdf/homenaje\\_vol1.pdf](http://www.uclm.es/aidp/pdf/homenaje_vol1.pdf)
59. "El sistema penitenciario en Chile: Desafíos para el nuevo modelo público-privado," DAMMERT Lucía, FLACSO Chile, en: <http://www.flacso.cl/flacso/biblos.php?code=1601>
60. "Consecuencias de la Prisionización", SEGOVIA BERNABÉ, José Luis, disponible en: [www.derechopenitenciario.com/comun/fichero.asp?id=1003](http://www.derechopenitenciario.com/comun/fichero.asp?id=1003)  
<http://derechogeneral.blogspot.com/2007/12/consideraciones-criticassobre-el.html>  
<http://criminet.ugr.es/recpc/recpc05-03.pdf>

## **DIRECCIONES WEB CONSULTADAS**

1. Biblioteca del Congreso Nacional: [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl)
2. Fundación Paz Ciudadana: [www.pazciudadana.cl](http://www.pazciudadana.cl)
3. Ministerio del Interior, División Seguridad Ciudadana: [www.seguridadciudadana.gob.cl](http://www.seguridadciudadana.gob.cl)
4. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales: [www.politicacriminal.cl](http://www.politicacriminal.cl)
5. Instituto Nacional de Estadísticas: [www.ine.cl](http://www.ine.cl)
6. Canal 13 Noticias on line: <http://tele13.canal13.cl/noticias/nacional>
7. Ministerio de Hacienda: [www.hacienda.gov.cl/prensa](http://www.hacienda.gov.cl/prensa)
8. Derecho Penal y Criminología: [www.derechopenalonline.com](http://www.derechopenalonline.com)
9. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología: <http://criminet.ugr.es/recpc/>
10. Centro de Estudios Públicos: [www.cepchile.cl](http://www.cepchile.cl)
11. Antropología Urbana, Universidad Academia de Humanismo Cristiano (UAHC): [www.antropologiaurbana.cl](http://www.antropologiaurbana.cl)
12. Portal de Derecho penitenciario: [www.derechopenitenciario.com](http://www.derechopenitenciario.com)
13. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Chile: [www.flacso.cl](http://www.flacso.cl)
14. Universidad de Castilla-La Mancha: [www.uclm.es](http://www.uclm.es)
15. Université de Fribourg: [www.unifr.ch](http://www.unifr.ch)
16. Web de Derecho Penal y Criminología: <http://criminet.ugr.es/>
17. Portal del Instituto Vasco de Criminología: <http://www.ivac.ehu.es>
18. Seminarios de Estudio Sobre Derecho Penal Militar: [www.penalmilitar.es](http://www.penalmilitar.es)
19. Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales: <http://www.cienciaspenales.net>
20. Sistema de Servicios Bibliotecarios y de Información de LUZ (Universidad del Zulia): [www.serbi.luz.edu.ve](http://www.serbi.luz.edu.ve)
21. Portal de Filosofía y Derecho: [www.filosofiyderecho.com](http://www.filosofiyderecho.com)
22. Juridice Servicios Jurídicos Integrales: <http://www.juridice.com.ar>

23. Derecho en General: <http://derechogeneral.blogspot.com>
24. Servicio de Publicaciones Universitarias: <http://www.a360grados.net/>
25. Portal de E-books: <http://www.scribd.com>
26. Revista Española de Investigación Criminológica:  
<http://dialnet.unirioja.es/>
27. Asociación Pensamiento Penal: [www.pensamientopenal.com.ar](http://www.pensamientopenal.com.ar)
28. Centro de Tesis, Documentos, publicaciones y Recursos Educativos:  
<http://www.monografias.com>
29. *Web de Derecho Penal y Criminología*: <http://Criminet.Ugr.Es>
30. Revistas Especializadas de Prestigio en Formato Electrónico:  
[www.ejournal.unam.mx](http://www.ejournal.unam.mx)
31. Universidad Carlos III de Madrid: <http://e-archivo.uc3m.es>
32. Tribunal Supremo Popular República de Cuba: [www.tsp.cu](http://www.tsp.cu)
33. <http://elpresovenezolano.blogspot.com>

## **LEYES Y TRATADOS**

### **Fuentes Chilenas**

2. Código Penal.
3. Código de Procedimiento Penal
4. Código Procesal Penal
5. D.S. N° 805 del Ministerio de Justicia que aprueba el Reglamento Carcelario (D.O. 30 Abril de 1928).
6. Decreto N° 3.094 del Ministerio de Justicia sobre distribución de la población penal (D.O. 23 Agosto de 1961).
7. D.S. N° 231 Que modifica y complementa el Reglamento Carcelario (D.O. 14 Enero de 1964).
8. Reglamento Sobre Normas Básicas para la Aplicación de una Política Penitenciaria Nacional
9. Decreto N° 1.771 Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (D.O. 9 Febrero de 1993).



10. D.L. N° 409 Establece Normas relativas a reos (D.O. 18 Agosto de 1932).
11. Ley N° 19.047 que hace desaparecer el encierro en celda solitaria como pena (D.O. 14 Febrero 1991).
12. D.L. N° 321 Sobre Libertad Condicional (D.O. 12 Marzo de 1925)
13. Decreto N° 2.442 Reglamento sobre Libertad Condicional (D.O. 26 Noviembre de 1926)
14. D.L. N° 1.505 (D.O. 29 Octubre de 1971).
15. Ley N° 20.042 Modifica el D.L. N° 321 de 1925, sobre Libertad Condicional (D.O. 23 Julio de 2005).
16. Ley N° 19.856 Crea un sistema de reinserción social de los condenados sobre la base de la observación de buena conducta y crea una nueva agravante de responsabilidad penal (D.O. 4 Febrero de 2003).
17. Decreto N° 685 aprueba Reglamento de la Ley N° 19.856, que Crea un Sistema de Reinserción Social de los Condenados en Base a la Observación de Buena Conducta.
18. Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (D.O. 3 Abril de 2006).
19. Decreto Ley N° 409, de 1932
20. Decreto N° 542, de 1943, que crea el Patronato de Nacional de Reos.
21. Decreto Ley N° 2.859, Ley Orgánica de Gendarmería de Chile.

### **Fuentes Comparadas**

1. Código Penal de la República de Costa Rica
2. Código Penal de la República de Cuba
3. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela
4. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
5. Constitución Española
6. Constitución Política del Perú

7. Constitución Política de la República de Bolivia
8. Ley de Ejecución Penal y Supervisión, Ley N° 2298 de 20 de Diciembre de 2001 de la República de Bolivia
9. Ley Nacional N° 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad de la República Argentina
10. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
11. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).