



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**Criminalidad y Reincidencia: Análisis Interdisciplinario de la Salud
Mental y las Expectativas de Resocialización en el Régimen
Penitenciario**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

FELIPE ANTONIO ALLENDES MORAGA

PROFESOR GUÍA: LUIS FELIPE ABBOTT MATUS

Santiago de Chile

2023

INDICE

CAPITULO I: FUNDAMENTOS DEL SISTEMA PENITENCIARIO	9
El Sentido de la Pena de Encarcelamiento Durante la Modernidad	11
El sentido retributivo de la pena en la modernidad temprana.	13
El Fin Utilitario de la Pena. De la Prevención Especial y la Posibilidad de Reformar al Condenado.....	15
Relación del Estado-privado de libertad. El modelo de sujeción especial y el Estado garante de derechos.	21
a) El modelo de Sujeción Especial	22
b) Modelo de Estado como Garante de Derechos.....	23
Principios del Derecho Penal en un Estado Democrático de Derecho y Derechos Humanos como limite a los fines preventivo-especiales. Principios y Marco Normativo	25
Resocialización y Reincidencia.	32
Concepto de Reincidencia	33
Reincidencia en el Ordenamiento Jurídico Nacional	34
Reincidencia Criminológica	37
Resocialización	41
CAPITULO II: SALUD MENTAL Y CRIMINALIDAD	51
Indeterminismo y Libre Voluntad: La Escuela Liberal Clásica del Derecho	52
Libre voluntad y Culpabilidad Jurídico-Penal como Presupuesto de la Imputabilidad	54
La Defensa de la Libre Voluntad desde la Psicología	59
2.2 Neurociencias y Determinismo en la Atribución de Responsabilidad Penal.....	63
La Perspectiva Psicológica del Determinismo: La Psicología Fisiológica.....	65
¿De que Hablamos Cuando Hablamos de Salud Mental?.....	74
Vinculación Entre la Salud Mental y la Conducta Antinómica	81
Concepto de Trastorno Mental	83
Consecuencias y Controversias Relativas a la Salud Mental y la Criminalidad	103
CAPITULO III. REGIMEN PENITENCIARIO Y REGIMEN PENITENCIARIO PSIQUIATRICO FORENSE	106
Evaluación Psicológica-Psiquiátrica Forense vs Evaluación Clínica.....	106
Imputabilidad e Inimputabilidad Jurídico-Penal.	109
Concepto de Imputabilidad e Inimputabilidad	109
La Inimputabilidad en el Ordenamiento Jurídico-Penal Chileno	112

Efectos de la Declaración de Inimputabilidad por Enajenación Mental.....	114
Peritaje Médico-Forense y Declaración de Inimputabilidad.....	115
Inicio del procedimiento diagnóstico.....	119
Internación provisoria (art. 464 CPP).....	119
Establecimientos de internación provisoria	120
Reinserción social y régimen penitenciario chileno	124
Programa de Reinserción Social en Subsistema Cerrado (PRSSC).....	129
Programa de Reinserción Social en Subsistema Abierto (PRSSA).....	130
Programas de Reinserción Social Postpenitenciarios (PRSP)	131
Eficacia del modelo RNR en los PRS en los tres subsistemas.....	131
Observaciones y falencias del Régimen Penitenciario Chileno y su impacto en la Salud Mental	135
CONCLUSIONES	145

Agradecimientos

A mis padres, por todos estos años de entrega, cariño y paciencia en estos tiempos, todo se hace más simple y humano en su compañía. A mis hermanas Luna, suerte la mía de contar contigo y tu tremendo apoyo en este proceso, y a Luz, por iluminar con su sonrisa y ternura de todos mis días.

A mis amigos y amigas, a mis compañeros y compañeras, con quienes he tenido la suerte de compartir y aprender tanto en estos años. Muchas gracias por las discusiones en torno a esta temática, en especial a quienes me proporcionaron desde la psicología una perspectiva crítica de mis ideas iniciales.

A mis profesores y profesoras, y especialmente al profesor Felipe Abbott por sus conocimientos, su compromiso y apoyo en guiarme para desarrollar esta propuesta de buena forma, y especialmente a su paciencia y tiempo.

A quienes se encuentran privados y privadas de libertad, a algunos a quienes he podido conocer y compartir en el desarrollo de esta propuesta, que me aportaron con críticas y dudas que sirvieron de aliento para darle sentido y razón a estos meses, y a cada uno de estos párrafos.

*A quienes deben enfrentarse en condición de especial vulnerabilidad social, psicológica o funcional a las dificultades propias de nuestra realidad, para quienes permiten sostener, **que si el derecho tiene una razón de ser, es la de ser siempre una herramienta real de justicia, humanización y liberación en plena igualdad.***

La cárcel se ha desarrollado hasta convertirse en la infraestructura e institución predilecta para determinar el destino de millones de seres humanos en el mundo en razón de su comportamiento delictual, tanto que, de acuerdo a cifras otorgadas por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, 2021), hasta el año 2019 aproximadamente 11.7 millones de personas se encontraban privadas de libertad, el equivalente a la población de países como Bolivia o casi el doble de la población de países como Uruguay, Noruega o Suecia. Aun cuando la cifra parece ínfima comparada a la población global, la cual se aproxima a más de 7 mil millones de personas en todo el mundo, resulta alarmante considerar que solo desde el año 2000 a la fecha, de acuerdo con el mismo informe, la población penitenciaria global ha aumentado en un 25%, y en un 68% aproximadamente en América Latina y Oceanía, dando cuenta de un creciente empleo de la privación de libertad como mecanismo de respuesta a la delincuencia.

Chile no está a salvo de este fenómeno. La población penal en Chile atendida por Gendarmería de Chile a septiembre de 2023 se sitúa en 140.308 personas, con un aumento comparado en igual periodo de 10 mil personas al año 2022. Solo en 2 años, entre octubre del año 2021 y octubre del año 2023, la población penal registrada en alguno de los subsistemas penitenciarios pasó de 117.000 personas a 140.000, encontrándose actualmente más de 54 mil personas en régimen cerrado de cumplimiento en el territorio nacional.¹ Esto da cuenta de que Chile forma parte de este poco selecto grupo de países que han confiado en el empleo de la cárcel como respuesta a una creciente sensación de inseguridad y criminalidad.

Ante este incremento en el uso de la cárcel como mecanismo de sanción penal, diversas voces críticas han surgido de larga data, pero especialmente en los últimos años a partir del reconocimiento de la Salud Mental como un aspecto particularmente sensible en el desarrollo vital de los sujetos, y las eventuales implicancias de diversos factores en el desarrollo de trastornos mentales y afectaciones al estado mental de la población, entre ellos, del régimen de encarcelamiento, tanto por las propias condiciones de la privación de libertad, como por el contexto de vulnerabilidad de la población reclusa a eventuales vulneraciones a sus DD.HH.

A nivel global, los problemas asociados a la salud mental de la población y el desarrollo de trastornos mentales constituyen uno de los mayores problemas sanitarios en el mundo. De acuerdo con el estudio sobre carga global de trastornos mentales del año 2019 enfocado en 204

¹ Fuente estadística elaborada por la Unidad Estadística, Subdirección Técnica de Gendarmería de Chile. Disponible en: https://www.gendarmeria.gob.cl/est_general.html

países para el periodo 1990-2019, 1 de cada 8 personas en el mundo padece algún trastorno mental, y la cifra se ha incrementado año a año, pasando de 654 millones de personas en 1990 a 970 millones de casos en el año 2019, lo que deja en evidencia que la relación proporcional no varía mayormente en los 30 años comprendidos por el estudio (GBD 2019 Mental Disorders Collaborators, 2022l).

La problematización de la relación entre el encarcelamiento y el agravamiento de condiciones de Salud Mental adversas en la población penal ha sido un ámbito que diversos estudios han relacionado con la actividad criminal, sobre todo en los últimos años y con la aparición de nuevos métodos de estudio y formas de aproximación y entendimiento del comportamiento humano desde la neurociencia y sus aportes a la psicología y la psiquiatría forense, lo que ha problematizado tanto los principios que subyacen a la disciplina jurídico penal desde sus fundamentos doctrinarios y sus presupuestos procesales, como también particularmente en cuanto la idoneidad del uso del encarcelamiento frente a los aportes de la evidencia interdisciplinaria. Esto resulta profundamente problemático en un contexto en que los Estados Democráticos de Derecho y diversos instrumentos internacionales de DDHH, consignan como fin de la pena la resocialización. ¿No resulta contradictorio en este sentido que el propio Sistema Penal conciba al encarcelamiento como medida para reducir la criminalidad, si este es considerado un mecanismo promotor de condiciones de Salud Mental adversas?

En este escenario, es que esta propuesta, pretende analizar desde una perspectiva interdisciplinaria y crítica, los postulados críticos y problematizadores en torno a la eventual correlación que existe entre el encarcelamiento y la Salud Mental. Para ello, se sostendrá desde un análisis bibliográfico de estudios y propuestas desde la interdisciplina, tanto dentro de las Ciencias Sociales como en relación con las Ciencias Naturales, con la finalidad de resolver el problema relativo a la relación entre el Sistema Penal y el Sistema Penitenciario, con la Salud Mental de la población. La orientación con la cual se pretende comprender el análisis es de una progresión temporal, desde la elaboración de la ley penal y los fundamentos del encarcelamiento, hasta su ejecución y el régimen penitenciario en relación con la salud mental.

En el Capítulo I, se pretende sostener un análisis centrado principalmente en los fundamentos del régimen penitenciario en un Estado Democrático de Derecho, que fundan el proceso legislativo que ordena el Sistema Penal. Para ello, desarrollaremos un análisis en sentido histórico y dogmático de los fundamentos del castigo y la consolidación de la pena privativa de libertad en torno a los fines de la pena, centrándose en la discusión en torno al ideal retributivo

y el fin preventivo especial como fundamento del encarcelamiento y su evolución histórica. Posteriormente, se analizará la relación entre Estado y sujeto privado de libertad, desde la Sujeción Especial y el Estado como garante de Derechos en relación con el ideal resocializador, caracterizando el régimen penitenciario en torno a estos dos modelos de relación. Desde ahí se desarrollarán los lineamientos que configuran el marco normativo de límites al ius puniendi en la práctica resocializadora del encarcelamiento, y los principales aspectos relacionados con la tutela de derechos de las personas privadas de libertad que configuran los deberes del Estado en materia de DD.HH en relación con la condición de la población penal y el régimen penitenciario. En el apartado final, se desarrollarán los fundamentos del concepto de reincidencia y resocialización, incorporando los principales modelos de análisis de la reincidencia, desde la reincidencia en sentido normativo y criminológico, para finalmente referirnos en forma breve a los modelos resocializadores y sus objetivos en base a la reducción de la reincidencia delictual, y las principales críticas efectuadas.

En el Capítulo II, desarrollaremos un análisis desde la etapa procesal, en relación con el proceso de reflexión del juzgador en torno a la conducta en relación con la Salud Mental y la relación existente entre Salud Mental y criminalidad. Para ello, nos remitiremos a la controversia entre el pensamiento liberal clásico sujeto al ideal antropológico de libre voluntad, en contraposición a las propuestas deterministas que consolidan los presupuestos en torno a la Salud Mental desde los fundamentos neurocientíficos propuestos por la literatura consultada y su relación con la atribución de responsabilidad penal, problematizando superficialmente la idea de imputabilidad e inimputabilidad. Posteriormente desarrollaremos el concepto de Salud Mental, y presentaremos los principales trastornos definidos por diversos estudios como relevantes en el contexto penitenciario y en el comportamiento asociado al delito, señalando las posibles causas asociadas, los diversos factores biopsicosociales que se conjugan y los índices de prevalencia en la población penal a partir de investigaciones en el contexto nacional e internacional. Para ello nos serviremos de la conceptualización elaborada por el manual DSM-4 y la literatura consultada al respecto desde el campo de la psicología y la psiquiatría.

En el Capítulo III, nos centraremos en un análisis de la ejecución de la pena como tal. En este sentido, desarrollaremos el marco normativo e institucional que delimitan los criterios de diagnóstico clínico y forense en contraposición, remitiéndonos brevemente a señalar los criterios del diagnóstico forense y los métodos de evaluación empleados por este. Posteriormente se desarrollarán las consecuencias jurídicas de la declaración de inimputabilidad penal e imputabilidad, considerando los procedimientos legalmente definidos

a la declaración de inimputabilidad en juicio, su ejecución en la práctica y la participación de diversas instituciones de salud en el proceso, problematizando el estado actual de las regulaciones y las condiciones materiales de cumplimiento normativo. En una segunda parte nos remitiremos a los programas de resocialización y reinserción social presentes en el régimen penitenciario nacional, a partir de los informes actualizados a la fecha por Gendarmería de Chile, con la finalidad de analizar sus programas y resultados, contrastándolos finalmente con las observaciones efectuadas por el Informe del año 2019 del Instituto Nacional de DDHH (2021) respecto al estado de las cárceles en Chile, analizando los principales incumplimientos en la materia y las consecuencias en la salud mental que emanan de cuatro aspectos analizados: hacinamiento, aislamiento, violencia institucional y de pares, y la cobertura en Salud y Salud Mental en los recintos penitenciarios.

CAPITULO I: FUNDAMENTOS DEL SISTEMA PENITENCIARIO

- "Ojalá, Critón, la mayoría fuera capaz de hacer los mayores males, para que también fuera capaz de realizar los mayores bienes. Eso sería magnífico. Pero ahora no son capaces de hacer ninguna de las dos cosas; pues, no siendo capaces de hacer a otro ni sensato ni insensato, lo que hacen lo hacen al azar." - Sócrates.

El sistema penitenciario es probablemente uno de los bastiones más sofisticados y resistentes de la modernidad. Para algunos es considerado un símbolo del ánimo civilizatorio reflejado en la evolución de los mecanismos de sanción, si se considera el tránsito hacia el predilecto uso de la privación de libertad en los Estados de Derecho contemporáneos como una sanción menos lesiva frente a otras como las penas corporales o la muerte de los sujetos condenados.

Resulta notable considerar, que uno de los eventos más significativos hacia la transformación del sistema penal tal y como se conoce hoy en día, surge precisamente del asalto popular y destrucción de un antiguo castillo medieval empleado para la defensa de París durante la Guerra de los Cien Años (Mark, 02 de mayo de 2022), que sería convertido posteriormente en una prisión estatal destinada a servir de cautiverio a los detractores de la monarquía absolutista francesa en un contexto marcado por la arbitrariedad de las detenciones por orden del rey y las cruentas formas de ejecución de las condenas: La Toma de La Bastilla el 14 de julio de 1789, el que marcaría el inicio para la historiografía, de la Revolución Francesa (Reynaud, 2016).

La Revolución Francesa, además de ser el triunfo definitivo de una serie de revueltas iniciadas a fines del Siglo XVII y significar el fin del antiguo régimen monárquico absolutista, caracterizado por una supremacía absoluta del Estado reflejado en el poder incuestionable del rey en lo económico, político y cultural, traería aparejada la instauración de una serie de principios y fundamentos al modelo de sociedad posterior, lo cual obviamente y por añadidura significaría la síntesis de los ideales ilustrados en la discusión relativa a los mecanismos de castigo empleados por el antiguo régimen (Vovelle, 2000).

De acuerdo con Marta de Pablos Carmona (2014), el tema de la criminalidad y el sistema penal medieval se situó como un aspecto de relevancia mayor en el movimiento Ilustrado que nutrió el fundamento intelectual del proceso revolucionario francés, en que se cuestionaron abiertamente los cimientos del modelo de justicia penal y los mecanismos de ejecución en un contexto de absolutismo monárquico. Para la instauración del nuevo régimen, del nuevo modelo

de Estado Moderno sujeto a los principios liberales del sistema penal vigentes hasta hoy, la instauración de nuevos principios y fundamentos en el Sistema Penal resultaría un elemento central, al considerarse que el modelo penal del medioevo era parte fundamental del problema, tanto en los fundamentos del castigo como en las formas de ejecución del mismo. Es por ello que, de acuerdo con Reynaud (2016), temas como la criminalidad y sus orígenes, el delito como fenómeno social, el delincuente como agente, el condenado como sujeto a la potestad del sistema penal, serían a su vez parte relevante de la revisión de los mecanismos empleados hasta ese entonces, los que se situaron como elementos centrales en la discusión de la Asamblea Nacional Francesa desde 1789.

De hecho, no es extraño que el Dr. Guillotine, quien fuera miembro de la Asamblea Nacional Francesa, propusiera para la pena de muerte el empleo de un mecanismo fabricado por él mismo como la guillotina, en un contexto en que la necesidad de implementar los principios humanizadores del castigo o de “la suavidad de las penas” serían parte del eje central del discurso revolucionario desde la ilustración, implicando modificar inclusive los instrumentos empleados para la ejecución de la pena de muerte (aun durante la discusión de su abolición) con el fin de evitar el sufrimiento injustificado, considerado un elemento innecesario, un castigo accesorio a la muerte en sí misma (The Editors of Encyclopaedia Britannica, 10 de diciembre de 2021). En paralelo, la Asamblea Nacional, desarrollaría entre los meses de mayo y junio de 1791 un importante debate para abolir la pena de muerte, con el fin de suplantarse por un mecanismo más humano de sanción, que abriera la posibilidad al condenado a reinsertarse en la sociedad, o a lo menos, no sufrir sanciones tan atroces como su propia muerte, tocando el “problema de la mendicidad” (Reynaud, 2016, p. 4) y el origen del delincuente en sus propias condiciones de vida.

El empleo del encierro penitenciario como medida menos lesiva no estuvo a salvo de críticas. Para el ala derecha de la Asamblea Nacional, el encierro penitenciario fomentaría la corrupción del hombre, mientras que para sus defensores y los abolicionistas de la pena de muerte como Robespierre, la pena de muerte significaría negar la posibilidad de los hombres de alcanzar la virtud luego de la sanción, de ser capaces de reconvertirse en “buenos ciudadanos” (Reynaud, 2016, p. 4), apuntando a la finalidad del sistema penal y la función reformadora de los modelos de ejecución de la pena, en este caso, del encarcelamiento. Hasta ese entonces la prisión era empleada con fines meramente preventivos de cautividad y separación del delincuente del resto de la sociedad, hasta la condena. El encierro no era por sí mismo una forma de castigo en la antigua sociedad medieval, sino una forma de asegurar la ejecución de la sentencia o bien, de

someter al delincuente a un largo proceso de torturas y suplicios a partir de las propias condiciones de encarcelamiento (Horvitz, 2018).

A pesar de esto, de acuerdo con lo señalado por Reynaud (2016), los argumentos de Robespierre y Lepetier respecto al fin de la cárcel como medida de reforma y los eventuales efectos del encarcelamiento sobre los sujetos las causas de la conducta criminal (sobre todo en las discusiones del Comité de Mendicidad de la Asamblea Nacional), serian dejadas de lado.²

Este periodo, será considerado como uno de los antecedentes históricos fundamentales en la comprensión del funcionamiento del moderno régimen penitenciario. Es por ello que es posible encontrar en su instauración, en un contexto de tránsito a la modernidad, una aparente preocupación por la humanización de las penas, la que guiará todo el conjunto de reformas empleadas en contraposición a la pena de muerte y respecto a aquellas medidas de sanción empleadas durante el periodo medieval, y, por lo tanto, sería este principio de humanidad el que conllevaran medidas de ejecución centradas en la figura del condenado, que conformaran parte de los principios fundantes del sistema penal durante la instauración del nuevo régimen, el que justificaría en primera instancia su conformación como la estructura central sobre la cual se sostiene, según Zaffaroni, el Sistema Penal durante la modernidad (Bardazzano et al., 2015).

De acuerdo con María Inés Horvitz (2018), sosteniendo lo anterior, el régimen de encierro penitenciario o la privación de libertad como pena se entiende históricamente como un fenómeno particularmente reciente, si consideramos la larga evolución del sistema penal, desde sus primeras sistematizaciones hasta nuestros días (Messuti, 2014), que se desarrollará a partir de la consolidación del Estado Moderno y las instituciones totales en el sentido propuesto por Goffman (2001), y la reorientación de los fundamentos del castigo a partir de los principios de la Ilustración centradas en el efecto de la pena sobre el condenado y la sociedad (Wilenmann Von Bernath, 2018).

El Sentido de la Pena de Encarcelamiento Durante la Modernidad

Como punto de partida obligado para el profesor Zafaronni (1998) el conceptualizar la pena en sentido general supone la piedra angular sobre la cual se puede contextualizar y comprender tanto al sistema penal, como todo el mundo conceptual del derecho penal en cada

² Conviene resaltar como preámbulo, el tratamiento de la delincuencia en el Comité de Mendicidad de 1790 de la Asamblea Nacional, en la cual se dieron debates relativos al origen de la delincuencia en la condición de vida de los individuos criminalizados por el régimen, fundamentalmente centrada en la pobreza. Al respecto véase: Petit, J. (1997). Pobreza, beneficencia y políticas sociales en Francia (siglo XVIII-comienzos del XX), pp. 179-210.

contexto social, incluyendo, por tanto, el sentido de los mecanismos de ejecución empleados en cada contexto social. Así se refiere al respecto señalando que:

No nos cabe duda de que a partir del concepto de pena puede establecerse deductivamente todo el sistema penal y todo el mundo conceptual del derecho penal, porque en definitiva, lo que se diga sobre la pena que ha de imponer el Estado es lo que decide todo, principalmente, desde luego, la doctrina de la imputación, que, propiamente hablando, abarca toda la doctrina del derecho penal general. No es gratuita la circunstancia de que el concepto de pena siempre sea un tanto nebuloso en la jurisprudencia y en la doctrina (p. 65).

Aún a pesar de lo gravitante que resulta para la disciplina jurídica y en particular para la disciplina jurídico-penal, para la dogmática, de acuerdo con Politoff (1998), el intento por definir el concepto de la pena no cuenta con una posición unitaria entre los distintos alcances desarrollados al respecto.

Desde un sentido semántico el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (s/f) atribuye a la significación de pena como dolor o sufrimiento, y pena como castigo o sanción. Definiciones que guardan una relación estrecha entre ambas acepciones, entendiéndola conforme a lo planteado por Von Liszt (1965, como se citó en Politoff, 1998), donde elemento central del castigo es el sufrimiento de quien lo padece, el cual es causado de forma legítima conforme a la justificación social que se le otorgue, aún a pesar de lo contradictorio que resulte la vulneración de derechos como forma de garantizar la seguridad jurídica.

Desde la sociología del castigo en tanto, el análisis respecto a los mecanismos de castigo y su evolución vendrá dotado de diversas explicaciones relacionadas principalmente con la justificación social del castigo. De acuerdo con Díaz Cortes (2007), será posible desde el planteamiento de Garland en su obra *Castigo y Sociedad Moderna* (1999), reconocer al menos tres principales corrientes explicativas de los elementos culturales y las dinámicas sociales que sostienen una determinada política penal: El funcionalismo antropológico de Durkheim basado

en la solidaridad³, las estructuras de poder en Foucault, y los intereses económicos de Rusche, Kirchheimer, Pavarani y Melossi.⁴

El sentido retributivo de la pena en la modernidad temprana.

Para Durkheim, el castigo constituye una expresión de solidaridad, en tanto se materializa como consecuencia de la conducta de un individuo que atenta contra los valores o elementos “sagrados” de una sociedad determinada (Díaz Cortés, 2007). Se trataría de un atentado contra la divinidad, que causaría notables efectos emocionales en la población, en que la pena se entendería como un fin en sí mismo. El castigo de esta forma sería la retribución por el daño causado, lo que justificaría el suplicio del condenado y el acto del criminal sería neutralizado en el mundo con el castigo empleado (Díaz Cortés, 2007). Esto explicaría en parte, porque formas de castigo como las penas corporales o la muerte encuentran mayor sintonía y legitimación en sociedades con una homogeneidad moral centrada en la religión y las costumbres como la del antiguo régimen medieval y por qué, en contrario, penas como el encarcelamiento serían relegadas a una práctica de aislamiento más que de condena propiamente tal, teniendo sentido como castigo preferente en etapas históricas posteriores, en que la secularización de la pena y la inspiración laica del poder punitivo estatal permitirán un análisis más reflexivo y utilitario respecto a las sanciones empleadas (Díaz Cortés, 2007).

A propósito de esta idea, es que Messuti (2014) plantea que la primera legitimación del poder punitivo sistematizada es posible encontrarla en plena inquisición medieval a través del *Malleus Maleficarum* (El Martillo de las Brujas) del año 1487. Dicho compilado de análisis teológico respecto a la brujería y las prácticas demoniacas, constituye una relevante expresión del castigo medieval centrada no solo en el delincuente y su identificación, sino en las características del delito en sí mismo, y los mecanismos de castigo que de mejor manera contribuirían a retribuir el daño causado al orden divino del mundo por los crímenes (pecados) del delincuente, prefiriéndose las penas corporales, y principalmente la pena de muerte y las ordalías (Resano Moreno, 2014). Para Zafaronni (2000), este cuerpo constituirá “el primer modelo integrado de criminología y criminalística con derecho penal y procesal penal” (p. 258).

³Garland presenta su análisis sobre las siguientes obras de Durkheim: *La división del trabajo social* (1893), *The Two Laws of Penal Evolution* (1901) y *La educación moral* (1925).

⁴ En este apartado nos centraremos particularmente en dos, que constituyen las expresiones más gráficas de la finalidad de la pena y el rol que juega el sujeto condenado en ellas a partir de Émile Durkheim y Michel Foucault.

Esta sistematización vendrá a ser reflejo expreso de la finalidad retributiva de la pena, al menos religiosa, que predominarían en los sistemas penales previos a la modernidad y por sobre todo durante la crisis del Medioevo. La tutela de los sentimientos colectivos en el sentido expuesto por Durkheim a través del castigo, reflejarán no solo el empleo de medidas crueles dirigidas a sancionar la conducta del sujeto, sino también a entender la legitimidad del castigo a través de una justificación externa, idealista o abstracta de dichas prácticas (Mesutti, 2014). La medida del castigo será proporcional a la ofensa del delincuente, y en un contexto en que la ofensa del delincuente se dirige contra algo tan absoluto como el orden divino, y posteriormente, en el sentido propuesto por Kant (quien fuera férreo defensor de la pena de muerte y la Ley del Tali3n) respecto al orden moral de la sociedad reflejada en el Derecho, la extensi3n del merecimiento alcanza ese mismo sentido absoluto, pr3cticamente ilimitado (Dur3n Migliardi, 2011).

Es por ello, que el tr3nsito hacia la desacralizaci3n de la pena conllevar3 una reformulaci3n de estos presupuestos, y, por cierto, del uso del encarcelamiento. De acuerdo con Gernet (1998, como se cit3 en Messuti, 2014), si una de las caracter3sticas de la pena con sentido religioso, es la tendencia a la eliminaci3n o a la expuls3n fuera de las fronteras, la privaci3n de libertad se aparecer3 como una forma de exclusi3n o separaci3n de la sociedad, que vendr3 justificada por un sentido utilitario, demarc3ndose el espacio social que ocupar3 el delincuente a trav3s de la condena al margen de la sociedad en la que habita.

Desde una revisi3n hist3rica del encierro y el aislamiento social como practica punitiva, aun cuando estos tendr3an un car3cter meramente instrumental y excepcional en este contexto, el encierro o exclusi3n del sujeto como resultado de su conducta comenzar3 a su vez, a tener una aplicaci3n cada vez m3s usual en el S.XVIII (Horvitz, 2018). Las prisiones, como la emblem3tica prisi3n de La Bastilla nombrada previamente, ser3n el espacio empleado para aislar al delincuente con fines preventivos en la pr3ctica, centradas en el cautiverio en la mayor3a de los casos hasta su condena efectiva. Esta primera etapa se caracterizar3 por el empleo indistintamente de la prisi3n y los monasterios en casos de cr3menes religiosos en una primera etapa como espacios de aislamiento, hasta la aparici3n de las casas de correcci3n y los hospitales, en que se dar3n las primeras expresiones de reforma al condenado (Monteverde S3nchez et al., 2018), o la conminaci3n a espacios de trabajos forzados a trav3s de las penas de galera o como aliento productivo en las nacientes colonias, que dar3n pie al modelo disciplinario-correccional penitenciario, los que servir3n de antecedentes de la privaci3n de libertad y la formulaci3n de

modelos de corrección y reforma sin perder por cierto, muchos de sus rasgos característicos en torno al efecto esperado con la exclusión en el sujeto (López Melero, 2011).

Para Foucault (2000, citado en Díaz Cortés, 2007), en tanto, el castigo en la modernidad será reflejo de una evolución del castigo absolutista a partir de las críticas planteadas por la Ilustración desde el siglo XVI al XVIII, que traslada el poder del monarca a la función estatal y sus instituciones. El poder se trasladaría desde la arbitrariedad del rey y la inquisición hacia los tribunales y la ley, justificada en una distribución más eficiente del poder punitivo y un enfoque del castigo centrado en el “alma” del condenado más que en su cuerpo.

El tránsito hacia el encarcelamiento como castigo preferentemente empleado, vendría fundamentado en la transformación de las estructuras de ejercicio del poder punitivo del Estado, y principalmente en el objetivo y función de las penas centrándose en la reforma del sujeto condenado como forma de sostener la autoridad de la ley y las clases dominantes, en oposición a la idea de retribución divina y moral propiamente tal. Esta perspectiva de reforma hacia el condenado será probablemente la reorientación más relevante de la modernidad hacia el fundamento de la pena, otorgándole un sentido eminentemente funcional al castigo como mecanismo de reforma (de Pablos Carmona, 2014).

El Fin Utilitario de la Pena. De la Prevención Especial y la Posibilidad de Reformar al Condenado.

De Pablos (2014) reafirmará que la reorientación de las penas hacia la finalidad utilitarista como criterio de legitimidad de las mismas en contraposición del sentido retribucionista expiatorio del medioevo, será uno de los principales aportes de la Ilustración, que confluirán hacia la consolidación de los principios fundamentales de la primera etapa de la relación entre el Estado y las personas privadas de libertad. Para Montesquieu y Beccaria, la prevención del delito será la única justificación legítima de la pena, operando de esta forma como expresión orientadora de la pena y su ejecución, y como criterio limitador del poder punitivo del Estado (de Pablos Carmona, 2014). Al respecto Beccaria (2015) señalará: *“El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas que, guardada la proporción, hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo.”* (p.34).

Las propuestas de Beccaria serán las primeras en cuestionar los cimientos de la finalidad retributiva como fundamento de las penas, la arbitrariedad en la dictación de las conductas

prohibidas y las penas aplicables, y, por cierto, la inhumana ejecución de estas (de Pablos Carmona, 2014). Como contrapartida a la finalidad retributiva se planteara la necesidad utilitarista ya mencionada, a la arbitrariedad de las penas se le confrontará el principio de legalidad, según el cual ninguna pena ni forma de ejecución de la misma puede estar fuera de la ley expresamente conocida por la sociedad (o a lo menos formalizada en la ley), y, a la severidad de las penas el principio de proporcionalidad y culpabilidad, según los cuales la pena y el método de ejecución ha de ser proporcional al daño generado por el condenado y restringida exclusivamente al mínimo necesario para restringir la libertad del autor del delito en base a su proporcionalidad, y adecuada a la comprobación racional de la culpa del autor en la materialización del hecho como fundamento de la atribución de responsabilidad (Baratta, 2004).

Conforme a lo expuesto, es posible desentrañar tres elementos fundamentales del sentido utilitarista propuesto por Beccaria, que delimitarán la concepción preventiva de la pena en la conformación del Estado Liberal (Mir Puig 1998):

1) El único fin legítimo de la pena es la prevención del delito, enfocada tanto respecto de que el sujeto vuelva a delinquir a futuro, como de conminar a que terceras personas delincan.

2) Las penas escogidas para perseguir este fin preventivo, así como el método de ejecución de la pena empleado, deben ser proporcionales al delito y lo suficientemente efectivas para disuadir la dimensión subjetiva (ánimos) de los individuos.

3) Debe optarse por la sanción menos dolorosa sobre el cuerpo del reo.

La consecuencia lógica del planteamiento y los principios de la finalidad utilitarista de la pena centrada en la prevención del delito como forma de garantizar la seguridad de la sociedad, conllevará no solo a la paulatina desaparición de las penas corporales y la pena de muerte como formas de sanción para trasladarla al encarcelamiento, sino también, en un contexto en que el encierro y exclusión de los delincuentes se concebiría como una medida menos lesiva y proporcional a los crímenes cometidos, a un criterio para reorientar el funcionamiento del encarcelamiento y la aislación social hacia el enfoque preventivo, empleando diversos modelos de ejecución (Horvitz, 2018). Pero esta no será la única ni principal razón, sobre todo en relación con la finalidad preventiva del encarcelamiento sobre el sujeto condenado.

Del fin preventivo de la pena, surgirán dos corrientes principales en la teoría penal, orientadas según el sujeto al cual se busca disuadir del delito mediante la pena: La finalidad preventiva general y especial. Por una parte, la prevención general, se orientará hacia la

colectividad como el sujeto hacia el cual la pena se dirige, la cual puede tomar una forma positiva o negativa. En un sentido positivo, la pena vendrá a ser una forma de reafirmar los ideales de justicia asentados socialmente frente a la conducta del sujeto y su impacto socialmente negativo, influyendo en un sentido sicosocial sobre la comunidad que verá en el derecho y la aplicación del Sistema Penal el mecanismo preferente de resolución de conflictos (Durán Migliardi, 2011). En tanto, en su acepción negativa, autores como Feuerbach (1989), precursor de esta corriente, plantean que la finalidad preventiva de la pena deberá orientarse a la intimidación de la población al verificarse las condiciones en que se ejecuta la pena en los condenados, promoviendo así una disuasión psicológica sustentada en el temor a ser encarcelado como motivación para no delinquir (Meini, 2013).

De acuerdo con Horvitz (2018), a partir de la década de los 70, la unión entre los principios retribucionistas y finalistas de la pena tendrán una importante aceptación en la dogmática penal hasta hoy, consolidándose la idea de que tanto los principios retributivos que resurgirán posteriormente en la voz de Kant y Hegel durante el siglo XIX, y los fines preventivos de la pena, se desarrollarán en diversas etapas. La prevención general tendrá una mayor relevancia en el ámbito de la legislación y como principio inspirador de la política penal del Estado, operando como límite en la determinación de la conducta típica, el sentido retributivo como medida de determinación de la pena relativa al merecimiento de la pena conforme al delito cometido, y la prevención especial, como orientadora de la ejecución, conforme a las necesidades criminológicas de prevención a la reincidencia (Horvitz, 2018).

En este sentido, Zaffaroni (1997) se refiere a la distinción entre la prevención general y especial de forma resumida: “Con la prevención general se pretende que el que no delinquirá no delinca, y con la prevención especial se pretende que el que delinque no vuelva a hacerlo” (p. 43). Es por esta razón, que conviene detenerse específicamente en la prevención especial respecto al análisis del encarcelamiento y el régimen penitenciario como tal y el efecto esperado (y no) de la pena en los condenados.

La prevención especial como fin de la pena durante la ejecución en este sentido tendrá un notable correlato en su primer momento dado el contexto en que se desarrolla la idea del encarcelamiento como medida de sanción. El encarcelamiento como pena preferente en relación con la finalidad preventiva especial surge en un contexto de crisis del Medioevo donde incrementa la criminalidad en Europa, fenómeno que se ha explicado desde las perspectivas sociológicas del fundamento de la pena de acuerdo con Garland (1999) como consecuencia de

diversos factores sociales y económicos, marcados por una alta movilidad del campo a la ciudad que conllevarían un incremento en las masas empobrecidas de las ciudades desde el siglo XVI y que se profundizaría llegado el siglo XVIII (Horvitz, 2018), lo cual propició, en sentido pendular, una creciente preocupación por la función social de la criminalidad, que se trasladaría desde la utilización de la prisión y la fuerza de trabajo de los encarcelados en campos de trabajo forzado hacia la discusión por las causas de la criminalidad con el fin de prevenirla y controlarla a través del sistema penal.

La figura del delincuente en dicho contexto pasará a ser progresivamente asociada al sujeto que atenta contra el orden social y la moral, agrupando un amplio espectro de grupos marginalizados que irán, según Pérez Fernández y Peñaranda Ortega (2017), desde los “enfermos o enajenados mentales”, las personas en situación de calle, las prostitutas y los criminales comunes, los cuales serán sujetos a instituciones de aislamiento social, a través del encierro en hospitales, casas correccionales y las cárceles indistintamente en una primera etapa, para pasar posteriormente al análisis particular y diferenciado de las causas del comportamiento desviado entre “enfermos mentales” y criminales, y ofrecer medidas de tratamiento.

El desarrollo de “lo penitenciario” como institución tendrá en este sentido, una doble orientación funcional: por una parte, se consolidará como mecanismo de aislamiento con fines centrados en la seguridad de la sociedad basada en la peligrosidad del delincuente, y por otra, de corrección y dirección de la conducta (Ferrajoli, 1995). Este aspecto reflejará en la vida de los individuos conforme a la consolidación del Estado y las instituciones públicas, con la proliferación y asentamiento de las denominadas “instituciones totales”, en el sentido propuesto por Goffman (2001), refiriéndose a los hospitales psiquiátricos y, por cierto, a las cárceles, como aquellos espacios institucionalizados en que la vida de los individuos se encuentra determinada por presupuestos extraordinarios fijados por un tercero que entraña la figura de autoridad y donde los sujetos se ven conminados a determinar su cotidianidad en base a esta estructura foránea. Goffman (2001) referirá respecto a la característica común de estas instituciones:

Primero, todos los aspectos de la vida se desarrollan en el mismo lugar y bajo la misma autoridad única. Segundo, cada etapa de la actividad diaria del miembro se lleva a cabo en compañía inmediata de un gran número de otros, a quienes se da el mismo trato y de quienes se requiere que hagan juntos las mismas cosas. Tercero, todas las etapas de las actividades diarias están estrictamente programadas, de modo que una actividad

conduce en un momento prefijado a la siguiente, y toda la secuencia de actividades se impone desde arriba, mediante un sistema de normas formales explícitas, y de un cuerpo de funcionarios”, características por cierto compartidas, tanto en el régimen de internación penitenciaria como en la internación psiquiátrica. (pp. 19 – 20)

Esta necesidad de prevención y control de la criminalidad será el fundamento para el desarrollo de la teoría preventiva especial de la pena, la cual se fijará en el carácter correctivo del castigo como fundamento, y la posterior implementación de las denominadas “medidas de seguridad” como alternativas de tratamiento en los últimos años del siglo XIX con el auge del positivismo. Estas se centrarán en las características del delincuente (Zaffaroni, 1997), así como en el auge del Estado Intervencionista en el sentido señalado por Mir Puig (1989), hacia el ideal resocializador y una función del Estado como garante de derechos a mediados del siglo XX.

Franz Von Liszt será uno de los percusores principales, a lo menos desde la doctrina alemana, de la idea de prevención de la criminalidad fundada en la corrección de la conducta del condenado mediante la pena (Meini, 2013). Para Von Liszt, la pena tendrá una triple función relacionada con las características del delincuente, i) inocuización o neutralización para los delincuentes irrecuperables y los delincuentes habituales reincidentes; (ii) intimidación para los delincuentes que no requieren corrección, el delincuente ocasional) y (iii) corrección para los delincuentes que necesiten corrección y sean capaces de ella, el delincuente habitual (Sanguino Cuellar y Baene Angarita, 2016). Los primeros dos criterios funcionales de la pena serían los adoptados por la practica penitenciaria para la ejecución de los fines preventivos especiales negativos centrados en la neutralización del delincuente.

La absorción de la finalidad especial negativa en la formulación de los métodos empleados en las cárceles tendrá una notable expresión en el surgimiento del modelo penitenciario de Pensilvania tras la reforma efectuada por Benjamín Franklin en 1770, en que, tras la supresión de los azotes y la mutilación, se consignó el aislamiento de los presos como medida de tratamiento de la criminalidad con fines correctivos y de continuidad del factor de intimidación (Monteverde Sánchez et al., 2018). Las consecuencias de dichas medidas fueron un fracaso rotundo en términos humanitarios, sobre todo en aquellas que la implementaron a cabalidad como la cárcel de Filadelfia: la tasa de suicidios aumentó exponencialmente, sumándose un incremento en el deterioro de la salud mental de los internos.

Benjamín Vicuña Mackenna (1857) desarrollaría su tesis sobre el régimen penitenciario, visitando los modelos penitenciarios implementados en EE. UU. como parte del programa de

reformas al Sistema Penal llevados a cabo a fines del siglo XIX en Chile. Atestiguó respecto al modelo de la cárcel de Filadelfia que: “en la cárcel de Filadelfia, el condenado no habla, pero es porque está solo, porque jamás oye a su derredor la voz de ningún mortal” (p. 152). En un castigo de encierro de esas características, el preso está tan deprimido, cargado de ideas de culpa y remordimiento, atormentado por distintos disturbios autónomos, agravado por un zumbido en la cabeza que produce el temor de la locura, no era extraño que se convirtiera en suicida en potencia. Conviene señalar que dicho modelo de cumplimiento, en la forma de medida de castigo, por cierto, se sigue empleando en la actualidad en Chile bajo medidas de aislamiento absoluto e incomunicación, en casos de gran connotación social en la Cárcel de Alta Seguridad de Santiago.⁵

Otro de los modelos empleados bajo el ideal correctivo en el periodo fue el de las prisiones de Aurburn regidas por el esquema puritano-disciplinario y el Panóptico de Bentham basado en la vigilancia continua y la intimidación psicológica de los presos, a través de la vigilancia continua, el trabajo forzado, el silencio total, y la dirección absoluta de las dinámicas relacionales de los presos se instaba no solo a la corrección de la conducta, sino también a la intimidación del condenado de recaer en el delito, influidos a su vez, y en gran manera por el modelo instaurado por Napoleón en Francia, inspirado en el régimen de disciplina militar en el contexto penitenciario, que modelaría el carácter general del Estado en diversas áreas, incluyendo por cierto, la función punitiva estatal (Monteverde et al., 2018; Ruiz, 2020).

La evolución de este modelo conllevará con el surgimiento del positivismo naturalista italiano a fines del siglo XIX, el empleo de mecanismos de intervención dirigidos a la comprensión del delincuente como un sujeto inferior, desviado y condicionado por razones fisiológicas, raciales y psicológicas innatas a delinquir, lo cual propiciará el surgimiento de medidas de seguridad y tratamiento centradas en la neutralización de la personalidad del condenado, llegando incluso a anular su capacidad volitiva mediante el empleo de mecanismos de intervención quirúrgica, psicofármacos, o inclusive, la trepanación (Hardy, 1998; Vallejo Ruiloba, 2011).

En un sentido opuesto, se posicionan críticos de la prevención especial como Ferrajoli (1995), quien señalará que resulta indistinguible la prevención especial positiva o negativa al

⁵ Véase al respecto como ejemplo, la emblemática y controversial situación de Mauricio Hernández Norambuena, alias “Comandante Ramiro”: El Mostrador.2020. Justicia ordena poner término al régimen de aislamiento del «Comandante Ramiro» en la CAS. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2020/04/30/justicia-ordena-poner-termino-al-regimen-de-aislamiento-del-comandante-ramiro-en-la-cas/>. Consultado el 14 de agosto de 2023.

verse ajustada a los mismos presupuestos totalitarios; la transformación o corrección de la conciencia y libre voluntad de los individuos a través de la cárcel, donde el fin preventivo especial positivo tendrá como principal enfoque la resocialización de los condenados. A pesar de la anterior crítica, este será uno de los principios centrales de la regulación penitenciaria tanto en Chile como en la mayoría de los Estados Democráticos (y no totalitarios) de Derecho, como se verá en lo que sigue.

De acuerdo con Zaffaroni (1997), sostenemos que la concepción crítica de Ferrajoli carece de sustento, en cuanto deben considerarse características que lo distinguen del sentido especial negativo, especialmente respecto del objetivo de la pena basada en el ideal resocializador, el cual se materializará en la prevención de la reincidencia y la consecutiva reinserción social del condenado mediante métodos de intervención ajustadas a una serie de principios fundamentales como resultado de la evolución de los Derechos Humanos y la consolidación del Estado Social de Derecho.

Solo como preámbulo, el modelo normativo enfocado en la resocialización contempla como eje central, que la privación de libertad del condenado o la condición en la que se encuentre en relación al Sistema Penal, no lo condicionará a la pérdida de sus derechos subjetivos más allá de la mera privación de libertad ambulatoria como derecho suspendido o condicionado al cumplimiento de la pena o medida alternativa de cumplimiento, lo cual se distingue de cualquier alcance correctivo empleado con fines terapéuticos sobre el sujeto e intimidatorios que obsten o anulen su condición de sujeto de derecho (Zaffaroni, 1997). Para la finalidad preventiva especial positiva, en este sentido, la función de la pena privativa de libertad no será otra que la capacidad de resocializar al condenado, sujeto a los límites que hagan a la ejecución de la pena compatibles con el respeto a sus derechos fundamentales, reorientando tanto el sentido orgánico como funcional del régimen penitenciario hacia este fin (Zaffaroni, 1997; Baratta, 2004).

Así, tanto para la finalidad preventiva especial negativa como la positiva el objetivo principal será evitar la reincidencia criminal, pero solo en la prevención especial positiva se entenderá a la resocialización como el método empleado para estos fines. A partir de ambos modelos, se entenderán distintas expresiones de la relación del Estado con las personas privadas de libertad en torno a la tutela de garantías y derechos que conviene analizar.

Relación del Estado-privado de libertad. El modelo de sujeción especial y el Estado garante de derechos.

a) El modelo de Sujeción Especial

El modelo de sujeción especial surge durante el siglo XIX en Alemania como consecuencia del proceso de transición del absolutismo monárquico a la monarquía constitucional y las discusiones relativas a los ámbitos de competencia y autonomía que el ejecutivo mantendría en el desarrollo de determinadas políticas públicas e instituciones estatales frente al parlamento (Arias, 2022). Bajo esta perspectiva, la administración optó por diferenciar dos ámbitos de interacción entre el Estado y los miembros de la sociedad, una faceta externa en que la relación entre los administrados y el Estado se regularía por el derecho generando una relación de derechos y obligaciones controlables judicialmente, y una faceta interna relegada a la relación del Estado respecto a determinados sujetos cualificados, en que la relación quedaría supeditada al ámbito meramente administrativo, al margen del derecho, y sujetos a la potestad reglamentaria del ejecutivo. Esta relación de sujeción especial sería empleada en el caso de los funcionarios públicos, las fuerzas armadas, los centros educativos, hospitales comunes y psiquiátricos, y, por cierto, la población penal (Arias, 2022).

Así, la dimensión estructural y funcional del régimen penitenciario, especialmente en lo relativo a las condiciones de las personas privadas de libertad, se encontraría determinada por la ausencia de derechos reconocidos a los condenados, lo cual moldearía las condiciones y mecanismos empleados durante el encierro. Este sería el fundamento jurídico en la implementación del modelo correccional de las prisiones de Auburn, el Panóptico y el de la cárcel de Filadelfia, en que los límites relativos a la restricción o derecha violación de los Derechos Fundamentales de los condenados se encontraría plenamente legitimada por su condición de sujeción especial (Arias, 2022; Méndez, 2018).

El empleo de métodos disciplinarios mediante castigos corporales y aislamiento, estricta disciplina. y silencio obligado, como método de reforma y corrección se vería sostenido por la nula consideración del preso como sujeto de derechos. y la finalidad intimidatoria del castigo, cosificando al privado de libertad, y convirtiéndolo en un sujeto a meras obligaciones difusas e indeterminadas. Al mismo tiempo, la ausencia de reserva legal en las materias relacionadas con la ejecución de la pena conllevaría no solo la absoluta desconsideración del reconocimiento de derechos fundamentales, sino también a la ausencia de revisión jurisdiccional de los conflictos suscitados al interior de las cárceles, y las medidas disciplinarias internas adoptadas por la administración de estas, y, por cierto, la observancia de las condiciones de vida de las personas privadas de libertad.

Así, Arias (2022) sostiene que una vez dictada la sentencia condenatoria, el destino del sujeto privado de libertad quedaría relegado al desinterés de la sociedad, y la absoluta inobservancia de la condición personal del detenido, convirtiéndose el encarcelamiento en una medida de castigo particularmente indeterminada y muchas veces vulneradora de derechos agregados a la inherente pérdida de libertad ambulatoria de la población penal, que darían cuenta del efectivo fracaso de la finalidad preventiva especial bajo este modelo.

b) Modelo de Estado como Garante de Derechos.

Debido a los efectos del modelo de sujeción especial en toda su extensión, pero particularmente respecto a la preocupación por las condiciones de las personas privadas de libertad y el reconocimiento las graves violaciones a los Derechos Fundamentales de las personas durante la segunda guerra mundial, es que a comienzos del siglo XX y hasta nuestros días, se ha promovido la necesaria determinación del ideal intervencionista del Estado como garante de derechos fundamentales de la población y como responsable de las vulneraciones de las cuales sean sujetos. Especialmente en el caso de los sujetos que forman parte de las “instituciones totales”, dada su histórica y empírica situación de vulnerabilidad en dicho contexto, regulándose dicha relación de tutela Estatal a través de diversos instrumentos internacionales; elementos orientadores y limitadores de la función punitiva estatal o *ius puniendi* (Arias, 2022).

La superación del paradigma del modelo de sujeción especial como orientador de la política penitenciaria y la práctica de encarcelamiento, conlleva no solo una transformación en el rol que el Estado debe asumir respecto a las personas privadas de libertad y el reconocimiento de la persona vinculado a cualquier etapa del Sistema Penal como sujeto de derechos, institucionalizando el resguardo de sus garantías y derechos humanos desde la detención hasta la ejecución de la pena como tal y su puesta en libertad, sino también y como consecuencia, una creciente exigencia en la reformulación de la estructura penitenciaria y el funcionamiento de las cárceles con vistas al cumplimiento efectivo de la normativa internacional en materia de DDHH (Castro, 2018; Castro et al., 2010).

Así, por ejemplo, las principales transformaciones en la estructura penitenciaria, dicen relación con el enfoque preventivo especial positivo y el objetivo resocializador del encarcelamiento, orientando hacia una estructura penitenciaria dirigida a la segmentación modular de la población penitenciaria conforme al análisis de sus propias necesidades de resocialización, enfocándose en los factores de riesgo de reincidencia y la facilitación al acceso a

programas enfocados en la efectiva resocialización del condenado (Arias, 2022). Esta transformación también ha implicado exigencias respecto al funcionamiento de las cárceles y el rol de los agentes estatales de cautela y la participación de funcionarios de otras áreas, como el fomento de programas educativos, de trabajo enfocados en la posterior reintegración del condenado, atención médica y psicoterapéutica, asistencia social, programas de tratamiento a las adicciones, entre otros, además del empleo de penas alternativas y la creación de subsistemas cerrados, centros de trabajo y educación (CET en Chile), y centros abiertos de cumplimiento de condena (Arias, 2022).

La mayor parte de estos programas se configuran según el modelo de resocialización mayoritariamente empleado tanto a nivel nacional como internacional, enfocados específicamente en los factores criminógenos de riesgo del condenado. Estos se basan en el modelo de “Riesgo-Necesidad-Responsividad” (RNR), en que se analizan los factores criminógenos y las necesidades de cada uno de los sujetos privados de libertad con miras a la reducción de su reincidencia según los siguientes criterios: i) riesgo: la intensidad de la intervención debe ser proporcional al riesgo de reincidencia, ii) necesidad: la intervención debe focalizarse en aspectos que se asocian al riesgo de reincidencia, y iii) responsividad: la intervención debe adaptarse a la capacidad de respuesta que mantenga el sujeto intervenido (Arias, 2022). Respecto a este modelo, lo estudiaremos en profundidad en el capítulo III de esta propuesta relativo al funcionamiento y regulación normativa de Gendarmería de Chile en relación con la resocialización y el contexto penitenciario.

Desde el ámbito del control jurisdiccional, este modelo opta por la existencia de tribunales especiales, de ejecución de penas o bien por los mismos tribunales ordinarios en lo penal, a los cuales se recurre mediante acciones de cautela o bien, por vía directa para ser puestos en conocimiento de aspectos relativos a las medidas de internación, la eventual vulneración de derechos, la dictación de reglamentos y medidas disciplinarias, entre otros ámbitos (Horvitz, 2018).

En este sentido, la función resocializadora desde la determinación del fin preventivo especial positivo como fundamento de la ejecución de la pena en el contexto de un Estado Democrático de Derecho, sufrirá importantes reformulaciones desde las etapas anteriores, desde la construcción dogmática de la finalidad de la pena y el modelo de relación entre el Estado y el sujeto privado de libertad. Para una mejor comprensión del contexto normativo y las obligaciones de los Estados respecto a la privación de libertad, nos centraremos en los principios

y normas en materia de DDHH y su integración en la legislación nacional, para posteriormente abarcar la aplicación y cumplimiento en torno a la función resocializadora de la pena y la reincidencia en el contexto normativo nacional.

Principios del Derecho Penal en un Estado Democrático de Derecho y Derechos Humanos como limite a los fines preventivo-especiales. Principios y Marco Normativo

Como se ha señalado en el apartado anterior, principios relevantes en lo relativo a los fines de la pena y las limitaciones establecidas a la función coercitiva estatal se han sostenido especialmente a partir de la conformación e integración de la normativa internacional en materia de DD.HH. relativas a la privación de libertad y la tutela de garantías de los sujetos internados tanto en hospitales psiquiátricos como en cárceles, que vendrán a limitar y orientar el eje sobre el cual se constituirá la practica punitiva estatal y las medidas de seguridad. Estas limitaran la función de los órganos y agentes del estado desde la detención hasta la puesta en libertad del sujeto, medidas de seguridad o penas alternativas a la pena privativa de libertad, así como también a aquellos sujetos a medidas de internación psiquiátrica.

Conviene señalar, de acuerdo con Castro (2018), que los últimos años y producto de un aumento en la crisis de inseguridad relacionada al incremento en las tasas de delincuencia patrimonial, sexual y el narcotráfico, se ha venido produciendo un incremento notable en el empleo del encarcelamiento y agravamiento de las penas asociadas en América Latina. Esto ha tenido como consecuencia un incremento en la legislación destinada a la restricción de los jueces a la hora de reducir las penas, la reducción de beneficios penitenciarios, el empleo excesivo de la pena privativa de libertad y un aumento en el tiempo de uso de dicha medida. Todas medidas que son parte de una política penal enfocada en el aumento del encarcelamiento, el agravamiento de las penas, y la creación de nuevos tipos penales, dando cuenta de un avance contrario a los intentos de concebir al sistema penal como ultima ratio (Castro, 2018). Su materialización en la práctica penitenciaria ha significado una notable dificultad en las medidas de cumplimiento de los estándares mínimos de privación de libertad y de materialización de los presupuestos resocializadores del encarcelamiento, producto del excesivo uso de la pena privativa de libertad y la medida de prisión preventiva, acompañado de la falta de inversión en las cárceles y en consecuencia, de un aumento en las tasas de hacinamiento y vulnerabilidad propias de las precarias condiciones de los establecimientos penitenciarios, lo cual ha conllevado bajos resultados positivos en torno a la prevención de la reincidencia criminal (Castro, 2018).

En este sentido, Chile se encuentra entre los países con mayor cantidad de presos por cada 100.000 habitantes (242 cada 100.000), encontrándose entre los países con tasas extremas de privación de libertad (sobre 150 cada 100.000), y entre los países con una tasa moderada de hacinamiento (115%) (Castro, 2018). Frente al panorama internacional, dista bastante de la realidad de países europeos, en que el promedio se sitúa bajo el 100% de hacinamiento, y una tasa de encarcelamiento inferior a los 100 cada 100.000 habitantes (Castro, 2018). La explicación dada a este fenómeno responde a diversos factores asociados con el contexto social y económico⁶, y particularmente con el carácter que tiene la privación de libertad en los países latinoamericanos, en que la vulneración de derechos humanos, no solo como una práctica extraordinaria durante la privación de libertad, sino por las propias condiciones de las cárceles, profundizan ampliamente la posibilidad de reincidir en la conducta criminal.

Dentro del marco normativo del DIDH en materia penitenciaria encontramos de acuerdo al notable trabajo de recopilación desarrollado por Castro, Cillero y Mera (2010) una serie de criterios normativos en el contexto interamericano, que por su amplitud no serán expuestos a cabalidad, pero que se encuentran pertinentemente recogidos en el trabajo desarrollado por Álvaro Castro en “Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de imputados y condenados privados de libertad” (2018) sobre el cuál se elaboraran las principales directrices en este apartado.

Respecto de la vulneración de derechos en el contexto penitenciario, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014), los derechos de la Convención Americana de Derechos Humanos que con mayor frecuencia son vulnerados en el interior de los recintos carcelarios son: **el derecho a la vida** (artículo 4); **el derecho a la integridad corporal** (artículo 5); **la prohibición de la esclavitud y servidumbre** (artículo 6); **la libertad de conciencia y de religión** (artículo 12); **el principio de legalidad y de retroactividad** (artículo 9); y **el derecho a la protección de la familia** (artículo 17).

La particular condición del sujeto privado de libertad, especialmente por las consecuencias del encarcelamiento en la salud mental de las personas privadas de libertad y su capacidad de socialización, además del nivel de prevalencia a ser víctima de afectaciones a su

⁶ Al respecto, se ha planteado como posible factor el elemento común del alto nivel de encarcelamiento en países en que el modelo neoliberal prima, en comparación a los estados de bienestar o estados sociales de derecho comunes en el contexto europeo, lo cual propicia situaciones de vulnerabilidad social que no son atendidas por el Estado dado el bajo gasto social y el alto nivel de exclusión social. Al respecto: Lappi-Seppälä, T. (2009). Imprisonment and penal policy in Finland. En P. Wahlgren (Ed.), Scandinavian studies in law.

integridad física y psíquica tanto por parte de otros internos como de los agentes estatales, supone la necesaria implementación de medidas enfocadas en garantizar el resguardo a la integridad física y psíquica de los condenados en primer lugar (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014).

En este sentido, se encuentran regulaciones al respecto en el art. 7° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y especialmente las Reglas mínimas para el Tratamiento de los Reclusos que en sus artículos 30, 31, 32 y 33, establecen límites específicos a las medidas empleadas durante ejecución de la pena, tales como la prohibición de las penas corporales, el aislamiento, el uso de grilletes, y el empleo de otras medidas atentatorias contra la salud mental y física de los condenados (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014)⁷.

Respecto a los alcances interpretativos de la normativa anteriormente señalada, resultan de gran relevancia las observaciones generales de las Naciones Unidas N°20 sobre la prohibición a la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes y especialmente la N°21 sobre el trato humano a las personas privadas de libertad, que introducen un marco de límites interpretativos al empleo de la normativa establecida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ratificado por Chile en 1972, y otros instrumentos internacionales anteriormente mencionados (Naciones Unidas, 2008).

Hay una serie de elementos notables en la observación general N°21, por ejemplo, la extensión de la tutela de derechos fundamentales al ámbito de las personas privadas de libertad en cumplimiento terapéutico (dígase, sujetos a internación en hospitales psiquiátricos o con tratamientos médicos como medida de seguridad) y el reconocimiento a la especial condición de vulnerabilidad de las personas sujetas a medidas de reclusión o internamiento según sea el caso, y sobre las cuales la tutela de derechos por parte del Estado se entiende como una obligación (Naciones Unidas, 2008).

Al mismo tiempo, introduce una consideración expresa al principio de progresividad y no discriminación en materia de DD.HH. (número 4 de la observación general) en el trato a las personas privadas de libertad, reconociendo la dignidad humana como principio básico del trato de los Estados frente a toda persona por su sola condición de ser humano. Por lo tanto, el marco

⁷ De mayor relevancia para los efectos de esta propuesta lo constituye la regla 32, considerando la participación de profesionales de la salud en la verificación del estado de las personas privadas de libertad sujetas a medidas disciplinarias.

normativo no puede admitir el empleo de medidas que condicionen, restrinjan o anulen su reconocimiento bajo ningún precepto.⁸

La jurisprudencia en la materia también ha ofrecido importantes consideraciones respecto al alcance del conjunto de hechos constitutivos de una violación de DD.HH. de las personas privadas de libertad, especialmente a partir de la afectación a la integridad física y psíquica, no solo como parte de la conducta voluntaria u omisiva de los agentes estatales, sino también por las condiciones propias del régimen de encierro, y la denegación o falta de asistencia médica y otros servicios básicos.⁹

A su vez, se contemplan obligaciones expresas en lo relativo al resguardo de la integridad física y psíquica de los condenados en relación con las condiciones internas del encierro, estableciéndose como verdaderas exigencias de cumplimiento a los Estados, el que los recintos penitenciarios cumplan con condiciones mínimas de salubridad, seguridad, recreación, privacidad y espacio, con miras a la resocialización de los sujetos privados de libertad, la cual también incluye por cierto generar las condiciones para su efectiva reinserción social una vez cumplida la condena. En este sentido, Castro (2018) señala:

En el caso *Lori Berenson Mejía* señala que las paupérrimas condiciones materiales de un centro privativo de libertad dificultan el cumplimiento de los objetivos de la pena de cárcel. Alerta también a los jueces a la hora de determinar la sanción penal y ejercer el control de ejecución de la pena de atender a las condiciones materiales del encierro. El segundo análisis que hace la Corte sobre el fin de la pena es el de su duración y la necesidad de que exista después del cumplimiento de la sanción un tiempo suficiente en que el egresado del sistema carcelario pueda desarrollar su proyecto de vida. La idea de que después de la condena exista la posibilidad de desplegar un proyecto de vida se ha vuelto seriamente limitada con las penas de privación de libertad perpetuas. En el caso *Mendoza con Argentina* se reconoció que el presidio perpetuo impuesto a adolescentes

⁸ Véase al respecto, Corte IDH. Caso *CANTORAL BENAVIDES vs. PERÚ*. Serie N° 69 Sentencia de 18 de agosto de 2000, Discutida en Galdámez Zelada (2008).

⁹ También véase el caso *Caso Tibi vs. Ecuador* Sentencia del 7 de septiembre de 2004, en que la Corte Interamericana determina la existencia de vulneraciones a la integridad física y psíquica del detenido a partir de las condiciones propias del régimen de cumplimiento penitenciario, siendo el Estado de Ecuador el obligado a garantizar condiciones mínimas, que no hagan comulgar la restricción del derecho a la libertad ambulatoria a través de la pena, con otro tipo de afectaciones a los DD.HH.

infractores impide la reinserción social, además de infringir la dignidad humana y el principio de proporcionalidad. (p. 48)

En un sentido similar, Nash y Núñez (2018) han sostenido criterios relevantes a partir del razonamiento desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de DDHH, calificándose como criterios mínimos de cumplimiento penitenciario, enfocados en el mismo ideal resocializador de la pena, bajo la obligación de garantizar condiciones mínimas en los establecimientos penitenciarios como parte de los deberes de protección de la vida y la integridad de la población penal. Refieren al respecto en cinco criterios de obligación de tutela:

- Asumir una actitud de guardián permanente frente a la población penitenciaria, que se traduce en adoptar mecanismos de resguardo razonables para prevenir el peligro de lesión de derechos en el interior de la cárcel. Esto significa que tan pronto tome conocimiento de aquellos riesgos o peligros que se ciernen sobre la población penal, deberá poner en marcha dichos mecanismos de evitación o contención.
- Proteger a imputados y condenados por igual, independiente del tipo de recinto penitenciario en que se alojen, sea estatal o administrado por privados. No solo dentro de la cárcel, sino también en los traslados, en la conducción a diligencias judiciales o cuando son llevados a hospitales externos, el Estado tiene la obligación de proteger a condenados e imputados por igual.
- Asegurar dentro de la prisión condiciones mínimas compatibles con la dignidad humana. Lo anterior significa evitar el hacinamiento; asegurar la separación por categorías; brindar acceso al agua potable para consumo e higiene; entregar alimentos de buena calidad y con valor nutritivo suficiente; brindar para todos los privados de libertad educación, trabajo y recreación; garantizar ampliamente las visitas; asegurar que todas las celdas cuenten con luz natural, ventilación e higiene; asegurar limpieza y privacidad en los servicios sanitarios, y entregar revisión médica regular.
- Asegurar una tutela efectiva de los derechos de los reclusos a través de órganos jurisdiccionales, comunitarios y administrativos (Nash, 2016).

Importante para objeto de esta propuesta es referirse a los estándares mínimos de cumplimiento en relación con la salud mental de los sujetos privados de libertad. De acuerdo con Figueroa (2018), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela), en sus números 24, 25 y 110 establecen como responsabilidad estatal proveer el acceso a servicios de salud mental, sin discriminación, con personal especializado en iguales

condiciones a las del medio extra penitenciario, garantizando además que dicha atención se prolongue tras la excarcelación. En el mismo sentido, la OMS ha recomendado que, para el caso de personas privadas de libertad, la atención de salud mental sea provista dentro de las prisiones. o bien, en pabellones especializados de hospitales generales, y no en instituciones psiquiátrico-forenses, con el fin de prevenir cualquier grado de vulneración por su condición de privación de libertad (Figueroa, 2018).

Por lo tanto, las obligaciones de los Estados respecto a la tutela de derechos de las personas privadas de libertad, no se reduce exclusivamente a prevenir acciones directamente vinculadas con hechos constitutivos de tortura y otros tratos crueles inhumanos y degradantes por parte de sujetos particulares, sino que la extensión de estas obligaciones también considera las condiciones materiales del régimen penitenciario al que se sujetan las personas privadas de libertad, siendo uno de los aspectos relevantes el aseguramiento de condiciones mínimas de atención en Salud y Salud mental.

En conclusión, la introducción de los DD.HH. en el ordenamiento jurídico penal, en particular en el ámbito de la regulación de las condiciones de los sujetos privados de libertad se establece como una manera de expresa limitación a la función punitiva del Estado, no solo relativo a la determinación de la pena aplicable en concreto a la conducta reprochada en la norma y en la serie de garantías procesales en etapa jurisdiccional, sino también, y sobre todo, extensible a la etapa de cumplimiento, en que la persona privada de libertad es reconocida como sujeto de derechos efectivos y especialmente vulnerable.

Implementación de los criterios antes vistos en el contexto chileno. Regulación de la relación entre Estado-Privado de libertad.

A pesar de encontrarse establecido un marco contundente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos respecto a los límites de la ejecución de la pena y derechos tutelados en favor de las personas condenadas, en Chile no existe una ley que contemple taxativamente, de forma precisa y unitaria, un sistema de ejecución de penas y medidas de seguridad como tal, que si existe en el caso de países como España, Alemania o Argentina (Fernández, 2018).

Esto traerá dos repercusiones notables al respecto según Fernández (2018):

a) Que la normativa penitenciaria en Chile se encuentre dispersa en una serie de regulaciones relacionadas.

a. A nivel constitucional se encuentra normativa relacionada a partir del principio de legalidad de las penas (art. 19 N°3), a la libertad personal (art. 19 N°7), al recurso de amparo (art. 21) y a la facultad exclusiva de los tribunales de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 76).

b. A nivel legal en el Código Penal (CP: arts. 79, 80, 86), el Código Orgánico de Tribunales (COT: art. 14 letra f, art. 113, art. 567 y ss.) y el Código Procesal Penal (CPP: 466 y ss.) atinentes a la ejecución de las penas privativas de libertad, la Ley 18.216 (modificada por la ley 20.603) que establece penas que indica como sustitutiva a las penas privativas o restrictivas de libertad y la Ley 19.856 que crea un sistema de reinserción social de los condenados sobre la base de la observación de buena conducta, y la LOC de Gendarmería de Chile que establece el marco normativo orgánico y funcional (Nash y Núñez, 2018).

b) Que el núcleo fundamental de la normativa penitenciaria se encuentre regulado en un reglamento, en particular referido al Decreto 518 de 1998 que indica el reglamento de establecimientos penitenciarios, modificado por el Decreto 924 de 2016 vigente a la fecha.

Para María Inés Horvitz (2018), el que la norma penitenciaria que regula la ejecución de la pena en Chile se encuentre dispersa en diversos cuerpos legales, y que su núcleo se conforme al interior de un reglamento, no satisface el estándar de taxatividad y certeza que el principio de legalidad sostiene con las consecuencias jurídicas y fácticas que ello significa, principalmente en el resguardo de las garantías y derechos fundamentales reconocidos a las personas privadas de libertad, respondiendo a una manifestación expresa de la continuidad del modelo de sujeción especial en nuestro contexto. Esto tendrá como consecuencia, un mayor riesgo de afectación a los derechos humanos de las personas privadas de libertad, una mayor situación de vulnerabilidad por las condiciones propias del régimen penitenciario chileno y la ausencia de límites claros y mecanismos de control efectivos, lo cual conlleva una contradicción importante con la normativa en materia de DIDH antes referida y tendrá notables repercusiones en las condiciones de las personas privadas de libertad y su desarrollo al interior del régimen penitenciario. La mayor parte de los criterios en materia de DIDH serán implementados como principios empleados en la jurisprudencia, denotando el carácter tardío de su implementación,

dado que la justicia resuelve respecto de una situación de vulneración que ya se ha materializado en el pasado.¹⁰

En este sentido, Horvitz (2018) señala:

La ausencia de las garantías penales de reserva legal y de jurisdiccionalidad en la fase de ejecución de las penas privativas de libertad significa, en pocas palabras, dejar entregada la suerte de los reclusos al autocontrol y a la discrecionalidad del órgano público a cargo de ella, pues resulta inconcebible el reconocimiento de derechos subjetivos públicos a cualquier persona si no se dispone de mecanismos jurisdiccionales efectivos para su tutela para el caso de afectación o abuso que provenga de la propia administración. (...), aunque ciertos tribunales tienen competencia y atribuciones para pronunciarse acerca de los reclamos de los reclusos en el ámbito de los derechos constitucionales que no deberían ser afectados por la irrogación de la pena, la práctica judicial arroja un saldo negativo en esta materia. (p. 914).

Esto trae notables repercusiones en un ámbito de sanciones disciplinarias en particular. Un ejemplo emblemático de ello dice relación con el aislamiento como medida de sanción y control disciplinario, el cual aun contrariando diversas disposiciones en materia de DD.HH. sigue empleándose a discrecionalidad en nuestro país. Resulta de relevancia principalmente, dado su impacto corroborado por diversos estudios en la salud física y mental de los sujetos, llegando a generar profundos efectos en la salud mental agravada. (Observatorio contra la Violencia Institucional, 2021).

Como se analizará, el efecto del contexto de internación penitenciario chileno como resultado de este carácter eminentemente administrativo de su regulación, conllevara en muchos casos a un detrimento en las expectativas de resocialización y disminución de la reincidencia criminal como fines de la pena privativa de libertad, al incrementar los riesgos asociados a situaciones de vulneración de derechos que impedirán un efectivo empleo de los programas de resocialización en las personas privadas de libertad.

Resocialización y Reincidencia.

¹⁰ Respecto a los casos en que la jurisprudencia ha fallado empleando dichos criterios véase a Nash, C. (2016). Derechos humanos y proceso penal: estándares de la jurisprudencia interamericana, pp. 238-245.

Como se ha señalado previamente, la reincidencia se sitúa como una institución de especial relevancia y larga data en el tratamiento de la pena y el análisis del delito como fenómeno social recogido en la norma penal, especialmente vinculado con el fin preventivo especial positivo. Ya en el derecho romano y germánico se encuentran expresiones que atribuyen a la reincidencia en el delito una justificación para el agravamiento de la sanción atribuida a su autor (Mir Puig, 1974). En el mismo sentido, la prevención de delitos futuros como fundamento de la pena, se encuentra establecido como un fundamento recogido tanto en sentido general como especial, y es considerado un factor de gran relevancia en la determinación de la pena atribuida (Mir Puig, 1974).

De ahí que su conceptualización, los alcances que toma como factor de determinación de la pena al interior del ordenamiento jurídico penal y su vinculación con los análisis efectuados relativos al desarrollo de una política criminal determinada, resulten de gran relevancia.

Concepto de Reincidencia

El origen lingüístico de la reincidencia proviene del latín *recidere*, término que refiere a una recaída, en este caso, una recaída hacia la conducta delictiva (Morales Peillard et al., 2015). En general, el uso común del término de reincidencia se considera un indicador preferente de la eficacia de políticas de seguridad y de los sistemas penales, dado que se centra específicamente en la cantidad de delitos cometidos con posterioridad a un ilícito anterior. A pesar de su uso común, la reincidencia no tiene una conceptualización uniforme en la doctrina y en el derecho comparado (Morales Peillard et al., 2015). Por ello se habla de una tridimensionalidad de la reincidencia que opera en sentido jurídico (la recaída delictual posterior a la condena); penitenciario (la recaída delictual en la etapa de cumplimiento); y criminológico (la recaída delictual con independencia del contacto con el sistema penal que haya tenido el autor).

En sentido jurídico, la reincidencia se atribuye la realización de una actividad delictiva de manera repetida en el tiempo (dos o más veces), y que a raíz de ella se produce un contacto con los agentes de control formal, en particular con las instituciones vinculadas con el sistema penal y/o de cumplimiento penitenciario (Morales Peillard et al., 2015). Al mismo tiempo, se distingue doctrinariamente entre cuatro tipos de reincidencia:

- A) Reincidencia propia o ficta, e impropia, dependiendo del vínculo formal con el sistema de control.

- a. La primera hace referencia al fenómeno de quienes cometen un nuevo delito con posterioridad al cumplimiento efectivo de su condena, es decir, que hayan pasado el tiempo estipulado en cumplimiento de la pena. En este caso, por ejemplo, se excluyen quienes hayan sido formalizados sin cumplir una condena.
- b. El segundo tipo hace referencia a quienes cometen un delito con posterioridad a la condena sin haberse cumplido de forma efectiva.

B) Reincidencia específica y genérica, según si los dos delitos son de igual especie.

- a. La primera dice relación con la conducta de una persona condenada por un delito particular que vuelve a cometer un delito de la misma especie.
- b. En el segundo caso, se refiere a que se trate de un delito de diversa especie al que ha sido condenada previamente, abriéndose un amplio abanico de formas de reincidencia, incluyendo la multirreincidencia

En su conceptualización doctrinaria en sentido jurídico, el profesor Enrique Cury (2008) señala que “existe reincidencia cuando el sujeto que ha sido condenado por uno o más delitos incurre, después de ello, en otra u otras conductas punibles” (p. 41), la cual parece ser la disposición más genérica del alcance de la reincidencia.

Reincidencia en el Ordenamiento Jurídico Nacional

En lo particular, la reincidencia como fenómeno de análisis dogmático penal, se ha centrado principalmente en la pregunta sobre el “cómo enfrentar la reincidencia” en sentido normativo. Por ello se ha incorporado al interior del ordenamiento jurídico penal, hace por lo menos dos siglos, como una circunstancia agravante de responsabilidad con el fundamento de disuadir a la comisión de futuros delitos.

El ordenamiento jurídico penal chileno introduce la reincidencia como circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal en sentido de agravamiento de la pena atribuida en los numerales 14°, 15° y 16° del artículo 12 del Código Penal, tratándose de los diversos tipos de reincidencia antes mencionados:

- Artículo 12 n°14. Cometer el delito mientras cumple una condena o después de haberla quebrantado y dentro del plazo en que puede ser castigado por el quebrantamiento.
- Artículo 12 n° 15. Haber sido condenado el culpable anteriormente por delitos a que la ley señale igual o mayor pena.

- Artículo 12 n° 16. Haber sido condenado el culpable anteriormente por delito de la misma especie.

Es importante tener en cuenta que se discute si su aplicación objetiva refiere exclusivamente a simples delitos y crímenes de acuerdo con lo dispuesto en el art. 104 y 91 del Código Penal, o si esta resulta también aplicable a las faltas, determinando una extensión mucho mayor de la función del agravamiento de las penas como mecanismo de reducción de la reincidencia. Esto resulta de gran trascendencia tomando en consideración que el empleo de la reincidencia como mecanismo de análisis respecto a la eficacia en los mecanismos de prevención de delitos futuros a través de la pena se encuentra cuestionada, sobre todo a partir de los resultados empíricamente demostrados en materia de política criminal respecto al impacto de la pena y la reincidencia.

Según el estudio de reincidencia desarrollado por Gendarmería el año 2013, el 20,7% de las poblaciones penales egresadas de Gendarmería el año 2010 -en todos sus subsistemas reingresan por una nueva condena durante los 24 meses posteriores, sin existir diferencias significativas entre hombres y mujeres. Los jóvenes (19 a 29 años) presentan mayores niveles de reincidencia, y ésta disminuye significativamente en población sobre los 50 años. El mismo estudio indica que las personas privadas de libertad que anticipan gradualmente su ingreso al medio libre presentan menores niveles de reincidencia que quienes cumplen condenas privativas de libertad (39,5%) (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2019). Así también se ha estimado que resulta insuficiente el empleo de la agravante de reincidencia en el caso de ciertos delitos específicos donde el régimen de encierro penitenciario y las condiciones internas de cumplimiento no demuestran una efectividad concreta en la reducción de la posibilidad de cometer delitos en el futuro (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2019).

Además de constituirse como un agravante en la determinación de la pena, se contemplan consecuencias procesales en el caso de la reincidencia, justificadas y desarrolladas a partir de la denominada “agenda corta anti-delincuencia”. El art. 140 inc.4° del Código Procesal Penal (2000), por ejemplo, incluye una causal de imposición directa de la prisión preventiva en el caso de reincidencia impropia, al establecer que:

Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, (...) cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no (...)

Esto da cuenta de dos elementos a tomar en cuenta. Primero, que la reincidencia se encuentra asentada en nuestro ordenamiento jurídico como fundamento para el agravamiento de la pena, cuestión que da cuentas de la óptica de la política criminal vigente a nivel legislativo, generando evidentes contradicciones con el fin preventivo especial del encarcelamiento. Y, en segundo lugar, que el objetivo del agravamiento de la pena se vincula estrechamente con la peligrosidad del sujeto reincidente, convirtiéndose en una sanción adicional cuestionada por la doctrina por entenderse como una expresión de “derecho penal de autoría” (Cofré, 2011, p. 15).

A nivel penitenciario, expresiones de la misma connotación las podemos encontrar en la ley 19.856 que crea el sistema de reinserción penitenciaria y la ley 18.216 que establece medidas que indica como Alternativas a las Penas Privativas o Restrictivas de Libertad.

En este sentido, el art. 17 letra g) de la ley 19.556, impide el acceso a beneficios de los programas de resocialización a penitenciaros a reincidentes, en específico, por restringir estos a los condenados por las agravantes del numeral 15 y 16 del art. 12 del código penal.

En la ley 18.216 en el art. 4 letra b) y el art. 8 de la misma ley, prohíben el empleo de la remisión condicional de la pena y la reclusión domiciliaria nocturna de establecerse el agravante de reincidencia en la condena. El reglamento de la misma ley en su art. 77 establece la imposibilidad a los condenados en las circunstancias del art. 17 de la ley 19.556, de acceder a una reducción de la pena asociada al delito

Resulta importante tener en consideración el carácter con el cual se constituye la normativa en el caso de las personas condenadas a la pena privativa de libertad cuando se determina la agravante de la reincidencia. La marginación de los beneficios de los programas de resocialización penitenciaria han dado pie a criticar la connotación que la reincidencia tiene en vinculación con el ideal resocializador del régimen normativo nacional, toda vez que un sistema penal que apunta a sostenerse sobre la base del principio resocializador como fundamento del régimen penitenciario en el marco de un Estado democrático de Derecho como el nuestro, se enfrenta a evidentes contradicciones en la normativa relativa al régimen de cumplimiento penitenciario de esta forma.

En este sentido Künsemuller (1998, citado en Cofré, 2011) señala:

(...) se condena irremisiblemente a estos sujetos a tener a la cárcel como única respuesta a su problemática y a continuar su carrera delictiva en base a la presunción

incontrastable de que no pueden llevar una vida en libertad sin delito. El reincidente, en cuanto ser marginado, como señala Doñate, queda doblemente marginado. (p. 16)

De esta manera, la reincidencia en su perspectiva jurídica dentro del sistema penal nacional tendrá una orientación contradictoria a la luz tanto del enfoque resocializador como fin preventivo especial positivo de la pena en cuanto se establece como limite a la posibilidad de acceso a determinados beneficios y medidas alternativas de cumplimiento, además de contribuir a los criterios que amparan el empleo de la Prisión Preventiva, obviando su carácter excepcional. A esto se le suma, por cierto, el carácter disperso de la regulación en la materia como se ha observado, reafirmando lo señalado por Horvitz (2018) respecto a la subsistencia practica del modelo de sujeción especial en nuestro sistema penitenciario.

Estos aspectos además, resultan complejos a la luz de la reciente modificación de la ley 18.216 el año 2013, a través de la cuál Gendarmería de Chile diseñó su programa de reinserción social basada en el modelo de Riesgo-Necesidad-Responsividad (R-N-R), con enfoque en los factores criminológicos psicosociales de la reincidencia (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2019) considerando que de acuerdo a la normativa vigente, solo un porcentaje de la población penal muy reducido podrá acceder a estos programas, denegando la posibilidad de acceso precisamente a los sujetos reincidentes que tienen una necesidad mayor de estos.

Ahora bien, la pregunta del “¿Cómo enfrentar la reincidencia criminal?”, se ha analizado en este apartado respecto al aspecto jurídico de la reincidencia y el marco normativo, caracterizándola como fundamento para el agravamiento de la pena.

Desde una perspectiva diversa la pregunta por el porqué de la reincidencia se sostiene sobre los factores que influyen y se conjugan en el desarrollo de la conducta criminal. En este sentido, el análisis sobre las condiciones de la triada biopsicosocial que influyen en el desarrollo de la conducta criminal, y en particular, su vinculación con las instituciones de control y sanción penal son determinantes a la hora de establecer el grado de eficacia del sistema penal en el cumplimiento de los objetivos que sostienen el encarcelamiento, como hemos visto hasta ahora, basados en el ideal preventivo especial positivo como forma de enfrentar el fenómeno de la criminalidad (Cid Moliné y Larauri Pijoan, 2001). Este será el objeto de estudio de la reincidencia criminológica.

Reincidencia Criminológica

Si para el concepto de reincidencia jurídica la preocupación es establecer la forma de tratar el fenómeno de la reincidencia criminal, para la reincidencia criminológica lo que importa es proponer los factores que explican el comportamiento delictual y el fenómeno de la reincidencia. Este será el objeto de estudio de la criminología, con la finalidad de orientar mecanismos hacia su prevención, de ahí que la reincidencia criminológica se entienda también como parte de los métodos de estudio del riesgo de reincidencia (Cid Moliné y Larauri Pijoan, 2001).

Desde el análisis criminológico, García-Pablos de Molina (2008), refiere al carácter interdisciplinario de la metodología de aproximación y análisis empírico de la realidad, referido en lo particular al estudio del fenómeno de la criminalidad. La criminología contemporánea es fruto de una larga evolución en torno a diversos enfoques teóricos y metodológicos relacionados al estudio del comportamiento humano, orientados desde la triada biopsicosocial. Precisamente por este carácter interdisciplinario de construcción teórica en torno a los factores que permiten referir a las causas del delito es que tanto los estudios relativos a la criminología de la reincidencia delictiva como los mecanismos empleados en los programas de reinserción o resocialización en el contexto penitenciario se orientaran desde las variables psicosociales y biopsicologicas de los sujetos (Villagra, 2009). De esta forma, cada teoría contribuirá no solo a las instituciones encargadas de desarrollar una política criminal determinada enfocada en la prevención y reducción de la criminalidad, sino también, al sistema penal en su conjunto.

Es en este sentido, de acuerdo con lo planteado por Cid Moliné y Larauri (2001), que uno de los principales aportes del análisis criminológico de la reincidencia, proporcionar herramientas para los agentes encargados de medir la efectividad de la pena de encarcelamiento, las medidas alternativas, y los programas enfocados en su reducción. Para ello, la criminología es útil al momento de determinar si la privación de libertad contribuye o no en ciertos casos a garantizar el fin de la pena en cada contexto, el fin resocializador, o si, por el contrario, la privación de libertad como pena uniformemente empleada contribuye a promover factores criminógenos, que favorecen el desarrollo del comportamiento delictual.

Se han considerado diversas metodologías para determinar los factores de incidencia criminológica empleados para predecir la posibilidad de reincidencia. Entre ellos encontramos, por ejemplo:

- Los sistemas de escala IGI-J que incluyen la valoración de antecedentes penales, pautas educativas, educación y empleo, relación con el grupo de iguales, consumo de sustancias, ocio y diversión, personalidad y conducta, actitudes valores y creencias.
- El sistema Hare (PCL-R) que mide las tasas de reincidencia a partir de un análisis clínico de la conducta antisocial y psicopática de los sujetos.
- O el sistema propuesto en para medir la predicción de violencia y reincidencia en base a la escala HCR-20, la cual se centra en un estudio clínico de análisis longitudinal de la historia de los pacientes y otros elementos crimino dinámicos. (Bertone et al., 2013).

En el caso chileno, el modelo predominantemente empleado por GENCHI (Gendarmería de Chile) es el del modelo de escala predictora de la reincidencia IGI-J, en relación con las variables criminológica psicosociales del sujeto. En la práctica, la evaluación del riesgo de reincidencia llevada a cabo a través de este programa se situará en un análisis individualizado a partir del modelo RNR (Riesgo-Necesidad-Recompensa), que evaluará diversas variables desde las cuales se enfocará el programa más adecuado para el sujeto privado de libertad (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2019). Respecto a este tema y todas las dimensiones relacionadas con los mecanismos empleados para este fin en el contexto chileno, nos enfocaremos en profundidad en el capítulo III de esta propuesta.

De acuerdo con Villagra (2014), dos han sido los principales métodos de estudio centrados en la reincidencia y las variables criminógenas asociadas. Por una parte, los métodos cuantitativos centrados en las variables criminógenas de relevancia asociadas en la conducta criminal y la reincidencia, desde la recolección de elementos comunes en la vida de los sujetos estudiados dentro de un mismo o similar contexto; y los métodos longitudinales, centrados en el estudio de la vida de los sujetos, analizando su evolución desde la juventud hasta la adultez, en la interacción de los factores crimino dinámicos, a partir de lo que se denomina “carrera delictual”.

En el caso de los estudios dirigidos a través de métodos longitudinales, los cuales de acuerdo a Villagra (2014) son los más efectivos en la información proporcionada al respecto, los elementos comunes relacionados a factores criminógenos de relevancia realizados a partir del análisis de 3 estudios, el Estudio de delincuencia Juvenil de Harvard, Estados Unidos; el Estudio

de Desarrollo de la Conducta Delictiva de Cambridge, Inglaterra; y el Estudio Multidisciplinario de Salud y Desarrollo de Dunedin, Nueva Zelanda, contemplan:

- a) El tipo de delito cometido.
- b) La edad en que se inicia la practica delictual.
- c) La edad en que el sujeto se vincula con el aparato coercitivo estatal.
- d) El contexto socioeconómico durante la infancia y la adultez.
- e) Modelos de crianza basados en la violencia, el abuso, y la exposición temprana al uso de drogas y el consumo de alcohol.
- f) El sistema educativo, modelo de enseñanza y el rendimiento académico.
- g) Déficits en el desarrollo intelectual, abuso de drogas y alcohol, y un deficiente estado de salud mental desde la infancia.
- h) El progresivo desarrollo de la conducta antisocial y otros trastornos asociados.¹¹

De estos tres estudios, el Estudio Multidisciplinario de Salud y Desarrollo de Dunedin, Nueva Zelanda será el más reciente, y el único que incluirá variables asociadas a factores neurológicos y la influencia del ambiente en el desarrollo del sujeto como predictores de la conducta delictual y la reincidencia (Villagra, 2014). A su vez, se contemplan dentro de las variables asociadas al factor de reincidencia las denominadas herramientas de escalas estáticas o estructurales, centradas en un estándar homogéneo o ideal de sujeto a alcanzar, y las dinámicas o clínicas, que se centran en las condiciones particulares del sujeto, las que influirán en la implementación de los diversos sistemas de predicción de reincidencia y la implementación de los programas enfocados en la relevancia otorgada a cada uno de ellos (Villagra, 2014).

Como último elemento de relevancia en la medición de la reincidencia, conviene resaltar lo propuesto por Villagra (2014), en cuanto al rol del encarcelamiento en la reincidencia. Al respecto señala (citando a Gendreau et al., 1996): “Un importante número de investigaciones sugiere que la reincidencia después del encarcelamiento es la norma más que la excepción, y que la relación entre encarcelamiento y reincidencia es estrecha” (p. 102).

¹¹ Conviene resaltar, que este es una breve exposición de los principales puntos asociados, aunque no se expresan por igual en los tres estudios, tanto por la metodología de evaluación como la muestra. Se sugiere para estos efectos: Villagra, C (2014), específicamente, pp. 80-89.

El encarcelamiento, traerá aparejada una serie de consecuencias que dificultarán la posibilidad de reinserción, tanto por el propio contexto de encarcelamiento y su efecto en las dimensiones biológicas y psicosociales de los privados de libertad (Arriagada, 2015; Massoglia, 2008; Pañameno et al., 2021) como por la normativa penitenciaria presente en los Estados. Recordemos las expresiones de la reincidencia como agravante en nuestro ordenamiento jurídico, el carácter del modelo de sujeción especial descrito por Horvitz (2018) en cuanto a la regulación del sistema penitenciario, así como a las consecuencias postpenitenciarias sobre la vida de la persona. A este fenómeno se le ha referido como “las desventajas acumulativas”, que hacen referencia específicamente al fenómeno perjudicial del encierro penitenciario en las expectativas de resocialización de las personas privadas de libertad.

Conviene resaltar que, a las dificultades prácticas de la prevención de la reincidencia, se le sumarán otras críticas dirigidas ya no a la ineffectividad de los programas resocializadores en el encarcelamiento, sino contra la propia idea de resocialización, como se verá en lo que sigue. De hecho, para Villagra (2014), la medición de la reincidencia no necesariamente se vincula con la idea de reinserción social, pues el éxito de determinados programas deja de ser medido con posterioridad al egreso del condenado. Creemos que eso dependerá del concepto de reincidencia empleado, pues para GENCHI, la reincidencia penitenciaria que es la orientación que emplea, se vinculara precisamente con la eficiencia de los programas de reinserción social empleados en relación con un posterior reingreso del sujeto al sistema penitenciario o no.

Para efectos de este apartado, lo central es comprender que el empleo de diversos mecanismos propuestos para medir la probabilidad de reincidencia a partir del análisis de factores criminógenos, especialmente en aquellos relacionados con el efecto en la salud mental y el desarrollo personal de las personas privadas de libertad en el contexto del régimen penitenciario, ha permitido elaborar diversos métodos enfocados en la prevención de la reincidencia, y en la ejecución de las penas, donde se busca que tanto la pena como su ejecución sean compatibles con el fin de la resocialización.

Resocialización

Si en la reincidencia se hizo presente la relevancia de su consideración para la determinación del grado de eficiencia del sistema penal, especialmente de aquellos sistemas cuya justificación de la pena se centra en los fines preventivos especiales, uno de los principios

que funda los mecanismos a través de los cuales se dará cumplimiento a la reducción de la reincidencia a través del sistema penal es la resocialización.

La resocialización sintetiza los objetivos de la prevención especial positiva, al establecerse como orientador del sistema penal y de la función de la pena en un estado democrático de derecho, tanto en su sentido objetivo como en su ejecución, materializándose en los mecanismos empleados durante la misma y en la amplia extensión de penas que integran el ordenamiento jurídico penal.

Resocialización en el Ordenamiento Jurídico Nacional.

A pesar de no tener rango constitucional expreso, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido el carácter de la resocialización en el ordenamiento jurídico nacional a través de diversos fallos relativos a la modificación de las penas privativas de libertad por penas sustitutivas, empleando tanto lo establecido en instrumentos internacionales ratificados por Chile, en especial respecto al fundamento de la pena contenido en el art. 10.1 del PIDCP y el art. 5 de la CADH los cuales refieren a la finalidad de readaptación y reinserción de la pena, como también a partir de criterios interpretativos de la norma constitucional.

Así el Tribunal Constitucional lo ha entendido como símil del concepto reinserción y rehabilitación, señalando que la resocialización constituye uno de los fundamentos de la función punitiva del estado democrático, el cual se enmarca como un principio limitador al ius puniendi estatal, reconocido como imperativo constitucional en el art. 1° de la Constitución Política de la República al determinar que por principio de Humanidad, de la aplicación de la pena, se debe propender a garantizar la dignidad humana mediante la rehabilitación del condenado.¹²

A nivel normativo interno, el principio de resocialización se encuentra establecido en forma dispersa en nuestra legislación. En un primer caso, asimilado al concepto de “reinserción” en la LOC Gendarmería n°2859 de 1979, en su artículo 1 dispone que la función de la labor de los agentes penitenciarios regidos por dicha normativa será, junto con otras, promover la reinserción social de los sujetos condenados.¹³ De ahí derivarán principalmente, los programas de resocialización antes mencionados que se profundizarán posteriormente.

¹² Sentencia n° Rol 3198-16 de Tribunal Constitucional, 20 de Julio de 2017. Sentencia n° Rol 4024-17 de Tribunal Constitucional, 28 de Diciembre de 2017. Sentencia n° Rol 4551-18 de Tribunal Constitucional, 26 de Junio de 2018.

¹³

En el mismo sentido el art. 1° del reglamento de establecimientos penitenciarios (Decreto N°518 de 1998), emplea el concepto “acción educativa” como mecanismo para la reinserción social, el cual se vincula estrechamente con lo referido al art. 10 letra b) de la misma norma, al establecer la realización de actividades tendientes a la reinserción social de las personas privadas de libertad como parte de los principios orgánicos del funcionamiento penitenciario.

En específico, el título 5° de la misma norma, establece los mecanismos dirigidos a la reinserción social de los condenados, enfocadas en prevenir como se ha señalado, la reincidencia criminal. Estos mecanismos incluyen no solo actividades intrapenitenciarias en sentido amplio, como las establecidas en el art. 95 del citado cuerpo legal que corresponden a actividades deportivas, la recreación, y el desarrollo cultural de los condenados, sino también, medidas sustitutivas o los denominados “beneficios intrapenitenciarios” como parte de la conformación orgánica del tratamiento resocializador en nuestro ordenamiento. Nótese que de la norma antes citada, es posible dilucidar el objetivo funcional del régimen penitenciario: **prevenir la reincidencia criminal mediante la resocialización.** Misma dispersión conceptual se evidencia en las regulaciones vistas a propósito de la reincidencia en el apartado anterior por lo cual, no es necesario referirse cabalmente a estas.

Ahora bien, para comprender el objetivo de la idea de resocialización, y el porqué del reconocimiento al desarrollo de ciertas actividades, debemos remitirnos a la pregunta sobre el alcance del concepto de resocialización y su aplicación en el contexto penitenciario, es decir, ¿A qué se refiere la resocialización del condenado en sentido práctico?

Conceptualización, Objeto y Métodos de Resocialización

Al igual que con el concepto de pena y reincidencia, no existe una definición común de la resocialización que permita una comprensión uniforme del concepto, por lo que su construcción doctrinaria resulta determinante. Para Mapelli Caffarena (citado en Sanguino Cuellar y Baene Angarita, 2016) la resocialización puede entenderse en su aplicación y durante la ejecución de la pena tanto como un principio orientador del sistema penal y penitenciario, como el objetivo con el cual se determinan las medidas y métodos de tratamiento del recluso.

Como primer antecedente del término “resocialización” en la concreta aplicación del término durante la ejecución de la pena, García-Pablos de Molina (1979) desarrolla lo dispuesto

por Franz Von Liszt en referencia al termino “corrección” como punto de partida al desarrollo del concepto, para quien la finalidad de la pena es la prevención especial, es decir, la intervención del condenado con la finalidad de evitar su reincidencia. El enfoque de la ejecución de la pena, desarrollado por la doctrina posterior a Schmidt, quien fuera discípulo de Von Liszt, recoge los términos “educación” y “mejora” como parte de los fines de la pena, siendo las primeras expresiones de un programa resocializador mínimo, y las segundas como expresión de un programa resocializador maximalista (García-Pablos de Molina, 1979) ¹⁴.

Es importante señalar la existencia de una amplia difusión conceptual del ideal resocializador, a pesar de las clasificaciones dispuestas. En este sentido, Sanguino y Baene (2016) intenta clasificar los conceptos a partir de la notable tesis doctoral de Monserrat López Melero (2011)), que denomina “conceptos re-”, tales como *resocialización* (en Bergalli 1972; 1982; 1983), *rehabilitación* (en Quintano Ripollés, 1963), *reinserción* (en Mapelli), *reeducación* (en Zaffaroni (1998; 2000), o *reintegración social* (en Baratta, 2004), entre otras denominaciones empleadas como sinónimo de la resocialización por las diversas legislaciones y su aplicación jurisprudencial, es que resulta plausible sostener que la principal diferenciación conceptual se encuentra determinada por tres factores:

1) Por el grado de intervención permitida del Estado en los condenados en la ejecución de la pena (límites al *Ius Puniendi*). Por ejemplo, una de las criticas planteadas por parte de la doctrina a la idea de resocialización refiere a los métodos de intervención en el contexto penitenciario, a saber, si está permitido generar programas de trabajo forzado al interior de la cárcel como medida vinculada a la reinserción futura de los condenados a la vida laboral fuera de la cárcel, o si resulta justificado el empleo involuntario de terapias psiquiátricas a los condenados, con independencia del grado de eficiencia que estos programas tengan.

2) Por el alcance de los objetivos propuestos por una u otra clasificación, al ser los principios orientadores de la practica penitenciaria, y los diversos métodos empleados en la ejecución de la pena. Un ejemplo de ello es la diferencia que existe entre las corrientes correccionalistas antes vistas y la pedagogía criminal, donde dependiendo de la orientación que se tenga del ideal resocializador, las expectativas varían en la medición de los avances de los

¹⁴ A este respecto, el mismo autor refiere que por programa resocializador mínimo se entenderá la mera búsqueda de reforma o reaprendizaje de las normas sociales, mientras las segundas, se enfocaran en una reestructuración valórica y ética del condenado a través de la ejecución de la pena, entendiéndose como máximo y mínimo, el grado de intervención del Estado en su rol coercitivo al interior del régimen penitenciario. García-Pablos de Molina (1971). Op. Cit.Pp. 253-260.

condenados hacia la reducción de la reincidencia (discutiendo si la práctica de determinados delitos se vincula con la esfera valórica de los condenados o, por el contrario, con la necesidad de reaprendizaje de las normas sociales).

3) Por las expectativas que se tienen sobre las personas condenadas a través de su experiencia en el contexto carcelario y sus efectos,¹⁵ planteado en relación con el “sujeto ideal” que se espera conseguir a través de los modelos de intervención y los programas determinados a estos efectos, donde se determina la efectividad del programa a partir de la situación del condenado en su etapa intrapenitenciaria y postpenitenciaria.

En lo que interesa, y en un esfuerzo por aunar las diferentes denominaciones y teorías propuestas, resulta útil remitirse a lo desarrollado por Villagra (2009) relativo a la idea de reinserción social, concepto que, como se ha visto, es empleado en el ordenamiento jurídico nacional y concordante con la idea de resocialización en su aplicación jurisprudencial. Villagra (2009) conceptualiza la reinserción en un sentido integral y extensivo a la etapa postpenitenciaria a partir de lo señalado por Hedderman (citado en Villagram 2009): “(...) puede entenderse tanto en el sentido social de integración a la sociedad de personas que han infringido la ley, así como las prácticas que lo facilitan y las instituciones y personas que inciden y participan de ella”. (p. 40)

En el mismo sentido Morales Peillard (2015) desarrolla la idea de reinserción social desde la idea del retorno a un estado anterior; el regreso del condenado a una vida prosocial en sentido conductual, por una parte, e institucional por otra. Propone tomar las medidas necesarias para la reintegración del condenado en una etapa postpenitenciario o en el cumplimiento de la pena en medio abierto, extendiéndose la reinserción no solo durante el cumplimiento, sino también, a una etapa posterior.

De acuerdo con Villagra (2009), el diagnóstico adecuado de las necesidades criminógenas, en tanto factores que facilitan el involucramiento criminal en el caso a caso, resulta clave en la elaboración de estrategias de resocialización. En la literatura, existe un consenso en que los factores que comúnmente se presentan son: a) Educación; b) Empleo; c) Vivienda; d) Apoyo Familiar e) Restitución de Derechos Civiles; f) Salud Física y Mental (Villagra, 2009). De los estudios llevados a cabo al respecto, la salud mental y la afectación a la salud

¹⁵ En este mismo sentido lo señala López Melero, M. (2011). Los derechos fundamentales de los presos y su reinserción social. [Tesis de Grado]. Universidad de Alcalá. Específicamente p. 650.

mental de las personas privadas de libertad se encontrará como un elemento transversal a cada uno de los factores criminógenos analizados, lo cual a su vez, concuerda con la sobrerrepresentación de trastornos mentales y comorbilidad presentes en la población penal, aspecto que condiciona a los sujetos privados de libertad como grupo especialmente vulnerable desde las perspectivas de los DD.HH.¹⁶

Concordando con ambas propuestas conceptuales, nos parece plausible el uso empleado por Zaffaroni (1998) al concepto de resocialización como fin de la pena, en el sentido propuesto por este como único fin de la ejecución de la pena en un estado democrático de derecho, como criterio orientador de la práctica penitenciaria y los programas de prevención, y como medio hacia la reinserción social en el sentido propuesto por Villagra (2009)¹⁷, poniendo como eje central de la ejecución de la pena, el empleo de medidas dirigidas a reconocer los elementos criminógenos que influyen en la conducta del sujeto privado de libertad, procurando el empleo de los límites establecidos por los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos en el contexto intra, extra y postpenitenciarios, además de ser conducidos mediante programas sustentados en un análisis metodológico centrado en el carácter interdisciplinario del fenómeno de la criminalidad. Mir Puig (1989), incluirá un elemento extra en relación con el principio de dignidad en la ejecución de las penas en el marco de un Estado Democrático de Derecho:

Lo segundo obliga a ofrecer al condenado posibilidades para su resocialización y reinserción social (art. 25 de la Constitución española). Ello debe reflejarse, en primer lugar, en el momento judicial de determinación de la pena: ha de impedir así la imposición de esta o de su cumplimiento cuando, no resultando absolutamente necesaria para la protección de la sociedad, aparezca como innecesaria o contraindicada en orden a la resocialización. En segundo lugar, es precisa una concepción democrática de la ejecución de las penas que se base en la participación del sujeto en ellas y no persiga la imposición de un determinado sistema de valores, sino sólo ampliar las posibilidades de

¹⁶ A este aspecto nos referiremos en profundidad en el Capítulo II de esta propuesta. Véase: Figueroa San Martín, F. . (2018). Discapacidad psicosocial, salud mental y prisión en Chile. Aproximaciones hacia una sensibilización con enfoque de derechos humanos. *Revista De Derecho De La Universidad Católica De La Santísima Concepción*, 35(2), 11–26. <https://doi.org/10.21703/issn0717-0599/2018.n35-01>

¹⁷ También en el sentido crítico propuesto por Baratta (2004) en torno a la reintegración mediante la supresión del encarcelamiento, pp.176-177.

elección del condenado. Por último, deben suprimirse los obstáculos a la reinserción social que implica la existencia de los antecedentes penales. (p.34)

Ahora bien, a pesar de que hoy por hoy, la mayor parte de los sistemas penales se desarrollen al alero del ideal resocializador, este no ha estado a salvo de críticas, especialmente desde la perspectiva de la “reforma de la conducta”, al ser un aspecto inevitable de la práctica resocializadora por su propia orientación y razón de ser, el cual es particularmente sensible para la dogmática penal por los principios liberales que le inspiran (Mir Puig, 1989).

Críticas a la Idea de Resocialización.

Para Mir Puig (1989) la evolución de un Derecho Penal de castigo y represión al enfoque en el tratamiento de quienes delinquen, a pesar del corto tiempo en que esta posición ha sido sostenida significativamente (desde fines del siglo XIX con el desarrollo del positivismo criminológico hasta mediados de la década del 60'), resulta evidente que es una idea que ha comenzado a hacer aguas para sus críticos.

Una corriente crítica se dirigirá desde las alas conservadoras (al igual que en la antigua Asamblea Nacional Francesa mencionada al comienzo de este capítulo) hacia los propios resultados de las políticas basadas en la resocialización, que a mediados de la década del 70' confluirán en la doctrina del “Nothing Works” en relación al incremento en la reincidencia aún a pesar de los programas resocializadores, los cuales generaran un nuevo vacío en torno a la orientación político criminal del encarcelamiento, que promoverá un resurgimiento del ideal retribucionista de la mano del incremento en el empleo del encarcelamiento, agravamiento de las penas, reducción de beneficios, reducción de garantías, inobservancia de los derechos humanos, creación de nuevos tipos penales, hacia un aumento del encarcelamiento en general (Villagra, 2009).

Mir Puig (1989), sostiene que las críticas parecen sostenerse desde dos vertientes:

Críticas de la Criminología Crítica, el Psicoanálisis y la Teoría del Etiquetamiento.

Como conjunto de teorías críticas al ideal resocializador se encuentran la criminología crítica, el psicoanálisis y la teoría del etiquetamiento. A pesar de sus diferencias, todas ellas ponen su centro, en que el problema de la criminalidad es generado por la sociedad, y no por el delincuente, por lo tanto, carece de sentido apuntar a cambiar al sujeto que delinque sin cambiar el medio social en el que se desenvuelve.

Desde la criminología crítica, especialmente las corrientes abolicionistas y marxistas, el Estado es un instrumento de dominación, el cual emplea al derecho y en especial al derecho penal, como mecanismo preferente de control de los individuos sobre los cuales se aspira a marginar, eliminar y en el caso de la resocialización, corregir.¹⁸ Por ello, no resulta justificado que un sistema se proponga la corrección de la conducta de los individuos cuando este sistema no es más que un instrumento sujeto al interés de los grupos que concentran el poder sobre toda clase de relaciones sociales, toda vez que quienes son castigados son, por lo general, personas que pertenecen a aquellos grupos humanos sobre los cuales se ejerce el poder coercitivo y estructural del sistema de dominación.¹⁹

Por otra parte, desde el psicoanálisis, la crítica se sostiene desde la “teoría del chivo expiatorio”, que postula que lo sancionado a nivel jurídico penal, la conducta antinómica, no es sino la proyección de los males que la sociedad no reconoce sobre sí misma, que se recargan sobre el sujeto que delinque, y, por tanto, en vez de realizar un tratamiento social y un mejoramiento comunitario, se prefiere marginar, encerrar y castigar a ciertos individuos. Desde la teoría de Pierre Bourdieu estos individuos resultan de un proceso continuado de violencia simbólica, que causa efectos en la conducta de los individuos violentados sistemáticamente por su rol en la estructura y las relaciones sociales (Calderone, 2004).

En el mismo sentido, una importante crítica se situará en torno al uso del encarcelamiento, en tanto contribuye a fomentar factores de *de-socialización* como parte de los efectos contextuales e intrínsecos del régimen penitenciario (Villagra, 2009; Mir Puig, 1989). Es decir, es la pena privativa de libertad como castigo el que disminuye las expectativas de resocialización, contradiciéndose a los fines preventivos especiales positivos.

Baratta (2004), será uno de los promotores más relevantes de la idea de abolición de la cárcel a partir de la criminología crítica, planteando la necesidad de concebir el encarcelamiento más como un problema e instrumento de control, que como un mecanismo útil inclusive a los propios fines de la pena. Esta abolición, supone un proceso de interacción permanente del

¹⁸ En este sentido también: García-Pablos de Molina (2008). Específicamente: pp.681-688.

¹⁹ Véase en este sentido: Magalhães, J. (2018). En este caso, la crítica se sostiene desde el ejercicio de la dominación en las relaciones de poder en la sociedad capitalista, mas no son las únicas. Interesantes estudios demuestran inclusive la existencia de patrones de conducta desarrollados tanto por las policías estadounidenses en procedimientos, como también en las sentencias de los jueces frente a personas afrodescendientes que dan cuenta de cómo un aprendizaje social como la diferenciación racial, pueden incidir en variables bio-psicológicas en la toma de decisiones, que llevan como consecuencia a un tratamiento diferenciado por parte de estos agentes de control. Véase en este sentido: Sapolsky, R. (2017) *Compórtate*. Específicamente: pp.121-135.

condenado con la sociedad en su tiempo de condena, que además signifique un proceso de reintegración social que no lo devuelva a un estado anterior, es decir, lo vuelva a poner en la misma condición social y personal de marginación o violencia que lo llevaron a ser sujeto a la marginación forzosa del encarcelamiento. El proceso de reintegración es, por lo tanto, un proceso que necesariamente se dirige a la abolición total del sistema penitenciario reconociéndolo como parte del problema al que se enfrentan las expectativas de resocialización.

Criticas de la Escuela Liberal Clásica

Desde la orientación mayoritaria de la dogmática penal, se situará la defensa de los ideales liberales. Para autores como Politoff (1998), un ordenamiento jurídico inspirado en los principios del liberalismo y respetuoso de los derechos fundamentales de los condenados no puede orientarse hacia el ideal correctivo del individuo. El ejercicio de la función punitiva estatal es legítimo solamente si esta se dirige a evitar la materialización de hechos socialmente gravosos, y, por lo tanto, la pena no puede centrarse en la alteración de la personalidad de los condenados o en su reaprendizaje de las normas impuestas por el Estado.

Si la idea es reducir los factores que pudieran promover la conducta criminal ¿Cuánto tiempo será el legítimamente aceptado, qué tan grave puede ser la pena, y cuál es el límite al ámbito de intervención de los diversos programas para cumplir con este fin resocializador? Para Mir Puig (1989), la solución a este punto pasa por el establecimiento de límites claros al ejercicio del tratamiento de los condenados, a través de programas de intervención mínimos centrados particularmente en facilitar la reinserción social plena del condenado, y que este tratamiento sea voluntario, es decir, que no surja como una imposición del Estado, sino como una expresión de voluntad individual. Así concluye que: “El Derecho Penal no ha de invadir el terreno de la conciencia” (p. 39)

Ahora bien, esta frase no soluciona el problema principal de la resocialización frente a los principios sostenidos por la escuela liberal clásica, profundamente arraigados en la noción de libre voluntad como criterio antropológico, y donde esta se sitúa como elemento central de la culpabilidad que fundamente la atribución de responsabilidad penal, y, por ende, toda la extensión de la pena (Demetrio Crespo, 2015). Cabe aquí hacer una primera prevención y es que ¿Cómo podría entonces dirigirse un programa resocializador enfocado en los factores criminógenos que determinan la posibilidad de reincidencia criminal, si no es entendiendo que son estos factores los que influyen, o más aún, tienen la vocación de determinar la conducta de los seres humanos? Más aún si dentro de las variables analizadas como parte de los factores

criminógenos asociados a la reincidencia y la comisión de delitos de diversa índole, sobre todo a partir de los estudios desarrollados a mediados del siglo XX hasta hoy, la Salud Mental y la dimensión subjetiva de los sujetos se ha convertido en el principal objeto de tratamiento. Recordemos, solo a modo de mención, que, en el contexto nacional e internacional, uno de los modelos que mayor recepción poseen es el RNR, centrado en, además de las variables sociológicas del individuo que puedan afectar el mayor o menor riesgo de reincidencia, la dimensión psicológica de los sujetos como objeto de tratamiento en los programas de resocialización.

Este punto, se propone como el segundo gran nudo crítico del encarcelamiento en torno a los fundamentos que lo sostienen, en el entendido de que para la determinación de la atribución de responsabilidad como se verá en lo que sigue, la concepción antropológica del delincuente se encuentra permeada por la idea de libre voluntad, racionalidad en la volición, y en consecuencia, de la culpabilidad como presupuesto, que dificultaran el criterio diagnóstico, y el fundamento mismo de la resocialización.

CAPITULO II: SALUD MENTAL Y CRIMINALIDAD

“Cada día, y con la ayuda de los dos aspectos de mi inteligencia, el moral y el intelectual, me acercaba más a esa verdad cuyo descubrimiento parcial me ha llevado a este terrible naufragio **y que consiste en que el hombre no es solo uno, sino dos**”. - Fragmento de “El extraño caso del Dr. Jekyll y Mr. Hyde” por Robert Louis Stevenson (1994).

El análisis del comportamiento humano cuando este se manifiesta en oposición a la norma (sea esta moral o jurídica), determina una parte relevante del análisis a emplear para la determinación de la sanción penal en específico como mecanismo de control. Resulta evidente que para el sistema penal centrado en la conducta (y no en el autor del delito y su personalidad), el objeto de la pena se centra en un momento particular del sujeto, en el comportamiento desviado del ideal de la norma, que conformará al delito como tal en tanto conducta socialmente reprochable.

Si se analiza en sentido temporal, cada una de las etapas del delito en vinculación con el sistema penal tendrá asignado un análisis diverso en torno a la dimensión subjetiva del autor, entendida como los aspectos internos, psicológicos y orgánicos que influyen en el delito. El juicio viene a centrarse en el momento presente del sujeto frente a su conducta, el análisis del juzgador se centrará en esta etapa, en comprender en los tiempos pasados más próximos al delito, los elementos sociales presentes y contextuales externos al sujeto, y en algunos elementos propios del individuo conforme al peritaje realizado con la finalidad de configurar en primera instancia, el nexo causal entre el delito y si es posible entender que existe una capacidad de reproche al autor por una conducta desplegada libre y voluntariamente o no. (Quiroz Harbottle, Frank, 2017)

El mismo análisis, tendrá una relevancia fundamental respecto de la pena asignada y la determinación de medidas de seguridad asociadas a la peligrosidad del sujeto una vez determinada la condena, y posteriormente, para la ejecución de la pena en base a la resocialización del condenado, la que se situará en el tiempo futuro enraizado en el pasado del condenado y su contexto de desarrollo como individuo. Esta diferenciación de los tiempos de análisis, desde esta propuesta, son parte fundamental del segundo nudo de controversias respecto al encarcelamiento que conviene analizar.

Lo anterior, se vincula a dos aspectos la determinación de la culpabilidad del autor en juicio , o para determinar los factores criminógenos de riesgo y las medidas dirigidas a

enfrentarlas. En este sentido, la controversia se ha centrado en torno a la contribución que los modernos descubrimientos científicos han propiciado en el análisis criminológico, en torno a los factores endógenos (biológicos y psicológicos) y exógenos (sociales) que se conjugan en la posible determinación del fundamento del comportamiento delictual. (Harbottle, Frank. 2017).

Esta problemática se puede reducir a la caracterización del comportamiento de los individuos a partir de dos criterios en pugna, desarrollados históricamente y sistematizados en la larga evolución del sistema penal hasta nuestros días a partir de la aproximación al estado mental de los individuos frente al delito y las conductas socialmente reprochables (Martinez, W. 2020), que con el paso del tiempo se han ido matizando y complementando: El indeterminismo, que tiene sus orígenes históricos en la filosofía clásica y la teología, defendido por la mayor parte de la doctrina jurídico penal que hereda estos presupuestos para construir la noción antropológica del sujeto criminal y su condición mental, sobre la cual se funda el sistema penal clásico en general; y el determinismo, que postula que las causas del comportamiento humano, y por ende, de la conducta criminal, tienen una base orgánica identificable y constatable empíricamente, promovida principalmente por el estudio de las ciencias biológicas y la psicología contemporánea. (Demetrio Crespo, E. 2017)

Indeterminismo y Libre Voluntad: La Escuela Liberal Clásica del Derecho

Para Ramos Vásquez (2017)²⁰, la pregunta por la libertad en sentido histórico constituye, siguiendo a Hartmann (1962) y Dreher (1987), el caballo de batalla de dos disciplinas: la teología y el derecho, en que la libertad del individuo será visto como un presupuesto elemental de su conducta.

La idea de que la conducta delictual emana del ser humano libre constituye la base de la idea de culpabilidad o reprochabilidad de la conducta, la cual es para Welzel (1978) uno de los temas recurrentes en la ciencia penal, y que conviene ser entendido como un principio en tensión con los métodos de resocialización enfocados en el tratamiento de los factores criminógenos en la conducta delictual si se parte de la premisa de la libre voluntad autónoma.

El presupuesto de la libre voluntad, se sostiene desde sus orígenes en occidente a partir de la filosofía clásica platónica y su larga evolución, pasando por los fundamentos teológicos de

²⁰ Desde este punto, se desarrollarían dos corrientes de larga data de acuerdo con el autor, desde la filosofía clásica hasta nuestros días centradas en el estudio del alma y el cuerpo en sentido dualista: La fisiología, que se encargaría del estudio de los fundamentos orgánicos de la mente (o el alma); y la psicología con base en la filosofía, centrada particularmente en la caracterización del alma y los procesos mentales in abstracto.

Santo Tomás de Aquino (Martinez, 2019) y el propio dualismo cartesiano desarrollado por Descartes a fines del siglo XIV, sobre la idea básica de que el cuerpo humano alberga un elemento abstracto e inteligible, sea entendido como alma o mente, y que los elementos orgánicos de este se vinculan con ella²¹, el que implicó el desarrollo de un sentido intuitivo de la conciencia como el elemento en el cual subsiste la racionalidad, característica diferenciadora de los seres humanos, y determinante en la libertad de decisión y acción, que media en el desarrollo de la conducta (Hardy, 1998). El estudio sobre el alma y los planteamientos relativos a su rol en la conducta acabaría influyendo la concepción antropológica de la razón y la libertad, la cual comenzaría a ser planteada con mayor influencia en las concepciones modernas y contemporáneas, a partir de los fundamentos teológicos desarrollados durante la Edad Media por pensadores como Aquino o San Agustín, y cuyas ideas serían tratadas posteriormente por pensadores como Descartes en el tránsito a la modernidad y el humanismo. (Hardy, 1998).

Según Hardy (1998), este consiste en el punto de partida del estudio de la psicología como disciplina científica, y serían estas ideas las que influirían en el pensamiento ilustrado y la modernidad en la teoría del comportamiento desde la psicología y por cierto en las cimientos del derecho penal moderno, principalmente a partir de los planteamientos filosóficos de Kant. La causalidad de la voluntad en los seres humanos, en tanto seres racionales, será la propia libertad de regirse por su razón al margen del comportamiento instintivo del resto de las especies animales. Así, la conducta humana tendrá causa en la razón y la conciencia, con independencia de cualquier factor biológico, pues la razón se constituye como facultad y característica intrínseca de los seres humanos, perteneciendo al ámbito de lo inteligible. En este sentido Kant (2007) señalará:

Como ser racional y, por tanto, perteneciente al mundo inteligible, no puede el hombre pensar nunca la causalidad de su propia voluntad sino bajo la idea de la libertad, pues la independencia de las causas determinantes del mundo sensible (independencia que la razón tiene siempre que atribuirse) es libertad. Con la idea de la libertad hállase, empero, inseparablemente unido el concepto de autonomía, y con éste al principio universal de la moralidad, que sirve de fundamento a la idea de todas las acciones de seres racionales, del mismo modo que la ley natural sirve de fundamento a todos los fenómenos. (p. 83).

Para Demetrio Crespo (2015), la concepción Kantiana de la libre voluntad constituirá la base de la perspectiva jurídica tradicional para concebirla, la cual también se comprende como el fundamento de la Escuela Clásica del Derecho Penal (García-Pablos de Molina, 2008), resumiéndose en la idea de que los seres humanos son capaces de dirigir el curso de los acontecimientos a su voluntad, al ser esta determinada por la razón y orientada por la ética. Al ser la razón un elemento ininteligible y trascendente, esta no requiere de comprobación empírica, por lo tanto, aun cuando se tenga conocimiento respecto a la base neurológica de parte de los actos del ser humano, la voluntad es el resultado de procesos racionales que permanecen intactos en la conciencia abstracta e ininteligible. Esta comprensión constituye la idea de “motivación mental” en la filosofía moderna, subyacente a los actos como causa primera de la conducta (Demetrio Crespo, 2015). Esta perspectiva será el punto de unión en la materia con la fundamentación jurídica del comportamiento humano racional y libre.

Apoyado en los planteamientos de la filosofía moderna a la concepción tradicional de libre voluntad, para Cousiño (1975)²², la libre voluntad constituye la piedra angular de todo el pensamiento jurídico, y más aún en el caso de la teoría del delito, en que la libertad de acción será el presupuesto fáctico sobre el cual se sostiene la idea del comportamiento moral y, por tanto, de la conducta antinómica. En este sentido señala:

Poner en duda la libertad significaría, ni más ni menos, que poner en duda todo el Derecho: el ordenamiento jurídico se constituye precisamente sobre la base de que los hombres son libres, de que poseen una voluntad autónoma, y de que no tienen otro límite que las reglas legales y morales para decidir cómo actuar (Cousiño, 1975, citado en Acevedo, 2015, p. 75)

A pesar de que, para Cousiño (1975), la libertad no se agota exclusivamente en la teoría de la culpabilidad jurídico penal, es decir, que sirva de presupuesto exclusivo al análisis sobre la culpabilidad del autor de un delito, es en ella en que operará como presupuesto fáctico y donde será determinante considerar su existencia para las consecuencias jurídico-penales de la conducta culpable.

Libre voluntad y Culpabilidad Jurídico-Penal como Presupuesto de la Imputabilidad

²² También en Pérez, C. (2004). La persona del derecho penal en la filosofía del derecho. Específicamente: pp. 625-627

Para Garrido Montt (2015), la idea de culpabilidad puede ser entendida en sentido amplio, como principio orientador del sistema penal, y en un sentido estricto, como elemento en la teoría del delito. Para la teoría del delito, de acuerdo con lo señalado por el autor, y construida a partir de la conceptualización asentada en la dogmática jurídico-penal, el delito se define como un “comportamiento típico, antijurídico y culpable” (Garrido Montt, 2015, p. 15). En el análisis que el tribunal debe realizar para concluir que existe un delito y que además este puede ser atribuido a la persona imputada, se debe generar un momento de reflexión y análisis relativo a cada uno de los elementos, categorizados en dos dimensiones distintas: elementos objetivos y subjetivos del delito.

Tanto la acción u omisión, entendida como la conducta analizada por el juzgador para categorizarla como jurídicamente relevante, así como la tipicidad referida a la descripción legal de la conducta punible en la ley²³ y el análisis de la conducta en relación con la afectación o puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma, construyendo el carácter antijurídico de la conducta (Garrido Montt, 2015), constituyen en la descripción clásica del delito los elementos objetivos del tipo penal. Esto dado que su análisis se centra no en la subjetividad del autor y los factores intelectivos y volitivos de la conducta, en analizar su disposición mental o su fuero interno materializado en el delito, sino que, en una ponderación de la conducta vacía del fuero interno del autor frente a la ley penal, siendo el análisis de su subjetividad determinante en la capacidad de atribuir la responsabilidad al autor. (Garrido Montt, 2015).

Esta concepción del delito puede entenderse como la que subsume la aproximación clásica o causal naturalista del delito, también denominada *la teoría de la culpabilidad psicológica* (Demetrio Crespo, 2017) en que la acción típica se entenderá como presupuesto suficiente de reproche siempre que exista culpabilidad atribuible al autor. La causa primigenia de la acción será la libre voluntad, la determinación de una intencionalidad consciente en el fuero interno del autor, y la acción será la causa de la materialización del delito. Bastará entender que existió un acto libre del autor, es decir, no mediado por circunstancias calificadas y externas, para entender que el acto delictual es culpable. Pero existen otras dos concepciones desarrolladas por la dogmática que tienen mayor aceptación entre los juristas, de acuerdo con el esquema propuesto por Garrido Montt (2015) y la posición doctrinal mayoritaria; la concepción neoclásica y la finalista.

²³ El cual no solo se entiende como un principio en sentido dogmático, sino que se encuentra determinado por principio de legalidad en la norma constitucional, teniendo el análisis de la tipicidad de la conducta un carácter normativo positivo.

Para la concepción neoclásica del delito, el elemento diferenciador se encuentra en el análisis de la conducta y su vinculación con la culpabilidad. En tanto que para la teoría clásica del delito la culpabilidad es entendida como una sanción a la mera predisposición psicológica a actuar antijurídicamente en dolo o culpa (Garrido Montt, 2015), para los neoclásicos la culpabilidad se constituye como un juicio de reproche valorativo puesto en el caso concreto, en que lo que se reprocha del autor es que, habiendo podido obrar de otro modo, tomó la decisión de no hacerlo. La pregunta será ¿Podría haber actuado de otro modo de acuerdo con su fuero interno? ¿Si el imputado es una persona racional y por tanto libre, merece ser condenado al haber elegido actuar criminalmente? La respuesta que determine una afirmación positiva será suficiente para justificar el reproche a la conducta.

En tanto, la concepción finalista principalmente propuesta por Welzel (1978) como parte de la denominada *teoría normativista de la culpabilidad* (Demetrio Crespo, 2017), trasladará el dolo y la culpa (el delito que se comete deliberadamente y el que se comete por no haber prevenido racionalmente su materialización) al tipo penal subjetivo, y la culpabilidad se considerará un elemento valorativo determinado por tres factores:

a) La imputabilidad del sujeto, como condición del sujeto racional y consciente; b) la conciencia de la ilicitud del acto como conocimiento del alcance material y normativo de sus actos, es decir, que la causa del delito fuera el proceso intelectual dirigido con la finalidad determinada por el autor en su fuero interno de forma voluntaria a actuar ilícitamente; c) la imposibilidad de acuerdo a su contexto y/o condición, de actuar de modo diferente (libertad de elección). Este juicio valorativo, tendrá en su centro la ponderación de la razón del sujeto juzgado, y al libre albedrío como piedra angular de la justificación de la atribución de responsabilidad (Demetrio Crespo, 2017).

Para Welzel (2004), la idea de libre voluntad como expresión racional y consciente del autor como fundamento de la responsabilidad se subsume en la idea de que: “solo aquello que depende de la voluntad del hombre, puede serle reprochado como culpable” (citado en Demetrio Crespo, 2017, p. 161).

La corriente finalista, según Fernández (Demetrio Crespo, 2017), tomará en consideración progresivamente la idea de “obrar de otro modo”, como fundamento de la reprochabilidad jurídico-penal. En este sentido, se sitúa la idea de un deber de actuar conforme a la norma como una alternativa siempre presente de acuerdo con el grado de conciencia del autor y conocimiento del contexto social en el que se encuentra inserto, en el que prefiere

precisamente actuar en base a lo que socialmente se ha desaprobado, quedando esto reflejado en la norma penal (Goldschmidt, 2007, citado en Demetrio Crespo, 2017).

Jakobs (1995) sostendrá una posición similar, centrándose en la problemática de las alteraciones volitivas relacionadas con la capacidad de autocontrol del agente, y las alteraciones intelectivas, relacionadas a su vez con la capacidad de conciencia y conocimiento del mismo respecto de su conducta y la norma jurídica. La consecuencia del entendimiento de la libre voluntad, en este sentido, está dada por la determinación en juicio de la conducta en esta dimensión subjetiva, en que se pondera la ausencia o alteración de alguna de las condiciones relacionadas con la capacidad racional del autor de dirigir, controlar, y comprender su propia conducta y las consecuencias de sus acciones.

Ahora bien, ¿Cómo en el caso concreto puede determinarse la existencia de una conducta autodeterminada o libre en la dimensión subjetiva del autor? Debemos partir considerando, que el presupuesto de la culpabilidad es precisamente, como hemos señalado la libre voluntad.

Para autores como Roxin, la cuestión se clarifica mediante la denominada “*aserción normativa*”, que refiere a entender la capacidad del sujeto medio de reaccionar conforme a la exigibilidad de la norma que prohíbe determinada conducta. Se trata de un estado medio de autocontrol, lo cual es empíricamente demostrable en la práctica: la conducta antinómica constituye una excepcionalidad en la realidad social, de caso contrario, sería improbable sostener como legítimamente reprochable una conducta generalmente aceptada y reproducida masivamente (Fernández, G. 2017).

Por ello, Cerezo Mir siguiendo lo señalado por Henkel, quien fuera maestro de Roxin, entenderá que existen ciertos elementos de la autodeterminación en el juicio de culpabilidad que, si son susceptibles de comprobación, y sobre los cuales se sostendrá. (Fernández, G. 2017)

Henkel sostendrá que hay al menos 2 casos en que esto podrá ser determinado por el tribunal para asumir la existencia de autodeterminación en la conducta y, por tanto, de la posibilidad de juzgar la culpabilidad del autor del delito:

i) Si el autor pudo o no, en la concreta situación, prever el curso externo de la acción y las repercusiones de esta (la producción de un determinado resultado de lesión o peligro) puede considerarse, enjuiciable mediante un suficiente número de comprobaciones del grado de inteligencia y experiencia del autor.

ii) Considerando la personalidad del autor, para determinar de esta manera su predisposición en estados normales de su composición mental a actuar de determinada manera, es decir, comprobando el evento excepcional con la condición “normal” del autor. Aquí lo que interesa es determinar la existencia de los factores que llevarían al autor a actuar de forma anormal, dando cuenta de la inimputabilidad o existencia de excusabilidad.²⁴

Cerezo Mir concluirá que la determinación de la culpa a partir de la comprobación empírica de factores como los propuestos por Henekel para determinar la existencia de una incapacidad fáctica del autor de actuar de otro modo o de un grado de alteración de la capacidad de autodeterminación del autor, son el punto de partida para justificar la existencia de la culpabilidad como base de la imputación de responsabilidad, inclusive considerando la posibilidad de que exista un factor orgánico conocido como causa de determinada alteración intelectual. Gunther en el mismo sentido sostendrá que:

(...) el sistema de justicia penal opera con una especie de suposición de la normalidad, que se puede impugnar invocando excepciones. La regla consiste en aquello que en un marco temporal determinado se verifica regularmente en la población, de modo que aquel que no padece uno de los mencionados déficits o se halla en el momento de realizar el hecho en una situación extremadamente apremiante, es considerado capaz de actuar conforme al Derecho y de omitir la vulneración de bienes jurídicos. (citado en Demetrio Crespo, 2015, p. 131).

El análisis en este sentido de la libertad constituye para Demetrio Crespo (2015), el argot de la voluntad, la cual se constituye reincorporando lo propuesto por Henkel relativo al estado de normalidad, desde una explicación psicológica. Señala al respecto:

El argot de la voluntad tiene una explicación psicológica, según la cual atribuimos la mayoría de las acciones a antecedentes relativos a estados mentales anteriores. Por esta vía logramos explicar el qué y el porqué de la acción, pero no el cómo. A su vez el argot de la libertad representa la valoración moral que hacemos de dichas acciones. Valoramos positiva o negativamente las acciones porque juzgamos dichas acciones y sus consecuencias, al tiempo que juzgamos a quienes las cometen atribuyéndolas en la

²⁴ En sentido similar: Zaffaroni (1998). Tratado de Derecho Penal.

creencia de que las personas son artífices de estas **dado que son libres en sus decisiones de actuar**. (Demetrio Crespo, 2015, p. 131)

Esta serie de excepciones en que podrá asumirse la existencia de factores determinados que influyen en la conducta de los sujetos, serán asumidos como una anomalía frente a la regla general en un contexto en que la libre voluntad que contempla la libertad de acción y decisión, suponen precisamente el estándar de normalidad psíquica y moral. En este sentido, toda conducta que se aleje del estándar de normalidad conductual, entendida tradicionalmente como parte de la locura o desviación psicológica, o del alma en la filosofía clásica y la teología (Martínez, 2019), tendrá como correlato, una relación con aspectos determinados como condicionantes a dicha conducta, que pueden ser tanto orgánicos como sociales, los que matizarían el nivel de indeterminismo real en el comportamiento humano. Esta aproximación, que busca unificar la existencia de factores determinados, como un daño neurológico o el desarrollo de un determinado trastorno mental grave que pueden influir en la conducta criminal y la idea de libre voluntad será principalmente defendida por Roxin, bajo el concepto de “compatibilismo”, siendo una de las corrientes que mayor recepción posee en materia doctrinaria frente al desarrollo del conocimiento científico en nuestros días. (Demetrio Crespo y Maroto Catalayud, 2013).²⁵

La Defensa de la Libre Voluntad desde la Psicología

Desde la psicología y la neurología, la problematización de esta idea de culpabilidad con base en la perspectiva tradicional será planteada por autores como Merkel y Roth (2008), a partir del cuestionamiento a la idea de que la voluntad determinada psíquicamente es causa directa de los actos desplegados por los sujetos. Para Merkel y Roth (2008), en la realización de determinadas acciones voluntarias no siempre existirá un correlato entre un estado de voluntad y una determinada acción, sino que la voluntad libre se hará evidenciable especialmente en la elección, preparación y dirección de acciones complejas, lo cual podría denominarse como parte de la esfera de la premeditación. En este sentido:

La voluntad es un factor multifuncional en la ejecución de acciones voluntarias, que juega un papel importante en la elección, preparación y dirección de acciones complejas (...). Se puede decir que hay actos de voluntad sin acciones arbitrarias subsiguientes y acciones arbitrarias sin un acto de voluntad explícito que le precede, así como toda clase

²⁵ Véase también en Chile: Mañalich, J. P. (2007).

de modalidades intermedias, lo que conduce a la conclusión que en la realización de acciones voluntarias no existe correlación fija alguna entre un estado de voluntad y una determinada acción. (Merkel y Roth, 2008, citados en Demetrio Crespo, 2017, p. 118).

En la autoconcepción de que el sujeto dirige sus acciones de forma voluntaria, “yo soy quien dirige determinada acción”, “yo soy quien decide comprar este helado de chocolate”, “yo soy quien decide terminar esta relación”, “yo soy quien decide accionar el gatillo”, no existe la posibilidad cierta de diferenciar la acción aparentemente voluntaria en un nexo causal con la voluntad (el querer hacer algo), de aquella que se despliega cuando, por ejemplo, se da un paso en continuidad con el anterior al caminar, o al restregarse los ojos para ver mejor la infografía de un paradero por no llevar los lentes recetados la semana anterior, esto en el análisis de Merkel y Roth, volverá aún más difícil entender la distinción entre actos motivados por un proceso mental voluntario, y actos involuntarios, más allá de la complejidad del proceso de elección, preparación y dirección de los primeros actos voluntarios.

De esta forma, desde la psicología también existen una serie de experimentos desplegados mediante hipnosis y estimulación cerebral profunda, que demostrarían que la voluntad no es suficiente ni necesaria para determinar la existencia de un nexo causal entre esta volición y la acción desplegada (Soon et al., 2008; Demetrio Crespo, 2017; Lombardi, 2017). Desde la psicología motivacional, Demetrio Crespo (2017) sostiene que además de los estudios relacionados con el cerebro, muchas de las decisiones tomadas no parten de una faceta netamente abstracta o mental en sentido trascendental como el propuesto por Kant, sino de motivos inconscientes que influyen y se ven relacionados principalmente con una estructura orgánica, por ejemplo, en el sistema límbico, el cual se encarga de la regulación bioquímica tanto a nivel neuronal como del organismo por ejemplo, jugaría un rol fundamental en el proceso de valoración psicoemocional de los sujetos de forma inconsciente.

El sistema límbico juega un rol importante en los procesos de homeostasis, relacionados con la adaptabilidad del organismo a los eventos del medio en el que se encuentra. Este sistema desarrolla procesos subcorticales que no conforman parte de los procesos conscientes, sino que se encuentran asociados al sistema nervioso autónomo. Un ejemplo: nadie es consciente de que su sistema límbico se encuentra liberando determinadas cantidades de la hormona adrenocorticotropa (ACTH) para comunicarle a la corteza suprarrenal que libere cortisol al sistema circulatorio porque estamos a cinco minutos de que se termine el examen, o a un día del plazo para entregar la tesis, y es necesario mantenerse atentos y comenzar a rebuscar en el

hipocampo algo que sirva para rellenar las últimas preguntas para salvar el semestre, reordenar las citas y orientar el tema de tesis, o bien, dar una respuesta precisa frente a la comisión en el examen de grado.²⁶ La reacción a este proceso podrá alterar la calidad de una respuesta, o inclusive la capacidad de recordar la pregunta que hace una hora se aparecía con claridad. El comportamiento moral tendería a evitar aprovecharse de la respuesta de un compañero/a al costado, pero el razonamiento se verá mediado irremediablemente por esta circunstancia fisiológica adversa.

En el ejemplo se conjugan tanto procesos inconscientes determinados por la propia condición generada por el cuerpo, como procesos conscientes relacionados con la voluntad de acción. Así, el presupuesto acausalista o indeterminado de la conducta con base en la razón en sentido abstracto carecerá de sentido según autores como Roth (Demetrio Crespo, 2017), en tanto el concepto de decisión de voluntad reflexiva, se encontrará a partir de la psicología del comportamiento y el conocimiento actual sobre el funcionamiento orgánico del sistema nervioso, determinado por una causa específica.

Por lo anterior, Prinz (2004, citado en Demetrio Crespo, 2017) desde su teoría de la *intuición de libertad*, planteará que los seres humanos, al comprenderse como seres libres cuya conducta será determinada por su propia voluntad y su capacidad racional, configuran una construcción de la institución del comportamiento humano, que influye en la vida social y la configuración psicológica de los sujetos. Es decir, los seres humanos somos capaces de configurar nuestro comportamiento en la medida en que concebimos que somos libres, y desde ahí, los procesos mentales se articularían para comprender los alcances de nuestras acciones, y por tanto, del fundamento de la responsabilidad personal.

El solo hecho de que los seres humanos nos asumamos como seres libres y racionales, determina la forma en que entendemos el alcance de nuestros actos (conocimiento de las consecuencias de ello), juzguemos valorativamente estos (la aproximación moral y la responsabilidad subyacente por los mismos) y al mismo tiempo, desarrollemos instituciones sociales dirigidas a reconocer su existencia (como sucede con el principio de culpabilidad) (Acevedo, 2015). Por esta razón, la relevancia del reconocimiento de la existencia de la libre voluntad, por muy cuestionable que pueda llegar a ser en un momento determinado, tiene un

²⁶ Este ejemplo es una forma básica y sencilla de graficar el proceso del estrés en el cerebro y la función del sistema límbico al respecto. Véase: Duval, et al. (2010). Y Sapolsky, R. (2017), Específicamente p.86. Y otros estudios relacionados en. Levine, et al. (1989).

sentido funcional a nivel psicológico y social en tanto, los seres humanos nos relacionamos bajo este presupuesto, aun cuando sean elementos orgánicos los que lo determinen, es decir, aun cuando el cerebro sea el que produzca estas nociones abstractas de libertad, transformándose en un elemento simbólico de gran relevancia en las relaciones sociales. La libre voluntad toma así un sentido utilitarista o funcional al desarrollo de los individuos y en su interacción con su comunidad y el mundo en sí, tanto como el ente que posibilita su existencia: la mente humana

Más allá de las críticas planteadas a la idea de libre voluntad, desde ya es posible establecer que su principal preponderancia se encuentra a la hora de atribuir responsabilidad al autor de la conducta reprochable, sin embargo, aquí podremos encontrar la primera contradicción con el ideal resocializador. Si se entiende en la etapa jurisdiccional que se parte de esta premisa como estado de normalidad, constituyendo el ser humano libre y racional la regla general y el presupuesto estandarizado de análisis de la conducta, la anormalidad vendrá dada por la existencia de factores que expliquen el despliegue de la conducta criminal. Demetrio Crespo (2017) señalará que:

En primer lugar debe extraerse de todo lo dicho que la vivencia subjetiva de libertad no puede constituir el punto de partida del concepto de libertad fundamentador de la responsabilidad penal, ya que el juez no debe atenerse a este aspecto, que puede llegar a ser totalmente equivocado, sino a hechos objetivos. (...) Tanto es así que ante el dilema a que conduce asumir la libertad contra causal como requisito previo de la culpabilidad personal y, al mismo tiempo, que el procedimiento penal es incapaz de probarla retrospectivamente, es decir, ante la alternativa de entender o bien que esa prueba no es necesaria o bien que hay que operar sin el principio de culpabilidad, Burkhardt entiende que lo decisivo es si actuó en la creencia de que tenía esa alternativa (la posibilidad de actuar de otro modo). Es decir, para él lo decisivo no es la libertad objetiva, sino la libertad subjetiva o la experiencia de libertad. (p. 120).

Este punto, a partir de lo planteado por Merkel y Roth (2008), constituirá una contradicción con el fundamento de la inimputabilidad penal como se verá, pues, aún a pesar de que una persona con esquizofrenia quien normativamente es incapaz de conducir racionalmente sus actos por una condición demostrada médicamente declare haber actuado voluntariamente por lo que su realidad psíquica le dijo que hiciera, este será inimputable. El problema más notable se sitúa respecto a cuáles son los factores psíquicos que inciden en que una conducta sea más libre o no en este sentido, valorizando arbitrariamente factores criminógenos que pueden

ser determinantes en el despliegue de determinados comportamientos, siendo estos, muchas veces excluidos en juicio. Para el Dr. Ennio Vivaldi (Vivaldi, 2019), este será un aspecto controversial y no resuelto en torno a la desactualización legal de la práctica forense y el análisis judicial del comportamiento delictual, como se verá en mayor profundidad en lo que sigue.

Más aún, estos factores criminógenos, en específico el estado psíquico o psiquiátrico del sujeto que en la etapa jurisdiccional no permitan configurar presupuestos de inimputabilidad, si serán relevantes a la hora de determinar las expectativas de resocialización para evitar la reincidencia criminal durante la ejecución de la condena. Esta será precisamente una de las principales críticas efectuadas desde la corriente determinista y el conocimiento científico contemporáneo, al funcionamiento del sistema penal de nuestros días, especialmente considerando, que la misma idea de resocialización de los condenados, principalmente a partir del reciente conocimiento en torno a los factores orgánicos que influyen de sobremanera en la conducta cotidiana de los sujetos, y que será contrapuesto desde la psicología clínica y la psiquiatría en este ámbito, conllevarán a considerar que la causa de la conducta criminal se encontrará asociada a factores identificables y tratables por medios menos lesivos para el sujeto, y más útiles por lo tanto para la resocialización efectiva.

2.2 Neurociencias y Determinismo en la Atribución de Responsabilidad Penal

Si para el indeterminismo, el comportamiento de los sujetos en un estado de normalidad es resultado de actos libremente desplegados por la capacidad racional del ser humano, el cual media sus procesos cognitivos en la toma de decisiones, para el determinismo esta libertad de voluntad si no es derechamente una ficción, es a lo menos cuestionable considerando el conocimiento que existe de la relación entre las funciones cognitivas y volitivas de los sujetos, y determinados procesos bioquímicos influidos por factores externos o la propia composición genética heredada de los individuos. (Demetrio Crespo, 2017).

La corriente determinista, se conforma de una extensa tradición de estudio sobre las posibles causas no metafísicas (o abstractas e ininteligibles), sino materiales y orgánicas, que influyen en determinados comportamientos del ser humano, especialmente en aquellos de mayor interés social como es el caso de la “locura” o los estados mentales anormales. La mente, o la idea que se tiene de ella, no es sino el resultado de procesos orgánicos mediados por factores internos y externos, y no un ente abstracto irreconocible. Uno de los primeros acercamientos a este planteamiento, confluye en paralelo con el estudio fisiológico del cerebro en los primeros

tratados de medicina en el antiguo egipcio, desde la teoría de los humores de Hipócrates en el siglo V a.C, para quien, los cambios en el temperamento de los individuos vendrían mediados por diferencias en la proporción de determinados fluidos en el cuerpo humano (humores), negando por tanto, la influencia de aspectos externos a la biología en la explicación del comportamiento, y proponiendo formas de tratamiento. (Sánchez, L. 2020, Vallejo Ruiloba, 2011. Con el auge del medioevo, y la predominancia de la teología en la mayor parte de las instituciones sociales en Europa, los estudios desarrollados durante el periodo grecorromano y las instituciones vinculadas a los planteamientos sobre la explicación fisiológica a los estados mentales y la locura en especial, acabarían siendo relegadas al campo de lo teológico, subsistiendo únicamente la teoría de los sistemas ventriculares en el cerebro a partir de los estudios fisiológicos previos, donde se sostendría la existencia del alma en los seres humanos durante el medioevo (Engelbart, E. 2018). La cuestión de la locura y el comportamiento desviado, serían tratados institucionalmente desde la teoría demonológica de la iglesia, relegando cualquier otro factor asociado a ella a un segundo plano, que solo podrían ser superadas con la transformación del paradigma político, social y antropológico del medioevo hacia el humanismo renacentista (Martinez, W. 2020), encontrando un punto de salida y reincorporación con el tránsito a la modernidad en los estudios desarrollados por Descartes y la frenología a mediados del siglo XVI. (Hardy, 1998. Vallejo Ruiloba, 2011).

El determinismo consideraría desde sus primeras aproximaciones al factor biológico como fundamento, que las causas de cierta conducta no se encuentran relacionadas con la libertad, la conciencia o la razón en sentido abstracto, sino que son verificables empíricamente. Para Salcedo (2014), en este sentido, la idea de que el origen del comportamiento humano se funda en la libertad, y que la moral se determina por la conciencia son precisamente una expresión de *acausalismo*, en tanto la conducta no se encuentra guiada por ningún hecho causal determinado fuera de la idea de libre voluntad en abstracto.

Para el determinismo, el que la conducta pueda ser explicada por determinados factores comprendidos en sentido científico (Searle, 1992), justifica precisamente la posibilidad de comprender las razones que llevan al despliegue de determinados comportamientos que pueden afectar negativamente tanto a la persona, como al medio social en el que se encuentra. Por tanto, al trasladarse esta idea al ámbito jurídico penal, el fin de la práctica resocializadora y el empleo de determinadas medidas de seguridad se encontrarán justificadas precisamente por considerar la posibilidad de tratamiento o mejora en el condenado con perspectiva a futuro, la cual solo es posible si se entienden las causas que determinan una mayor prevalencia al despliegue de la

conducta sancionada por la ley penal, y la posibilidad de intervenir en ellas para evitar su reiteración futura (Searle, 1992).

Para autores como Jakobs o Günther (Demetrio Crespo, 2017) en cambio, al desechar la idea de libre voluntad, el único sentido que le cabe al derecho es precisamente el fin retributivo de la pena o la finalidad preventiva general, al determinar que la justificación de la pena es exclusivamente el garantizar la seguridad jurídica en la sociedad, puesto que no es posible vincular el delito a la culpabilidad del autor en sentido estricto. Creemos que este es uno de los aspectos por los que el sentido determinista en torno al delito es el único racionalmente justificado de empleo en torno a la idea preventiva especial positiva. Pasemos a analizar el desarrollo de este presupuesto.

La Perspectiva Psicológica del Determinismo: La Psicología Fisiológica

Una de las primeras aproximaciones a la idea determinista de la conducta desde la psicología moderna, sería desarrollada por Wundt, quien en 1873 publicaría su obra *Fundamentos de la psicología fisiológica* desde la cual, intentaría aproximar el estudio de la conciencia en la dirección materialista del dualismo cartesiano, influido principalmente por la preocupación existente en ese momento, de que el avance del naturalismo-científico acabarían por relegar a la psicología a un campo excluido de la ciencia, y por tanto, de la fundamentación metodológica y racional de sus teorías (Hardy, 1998).

Wundt (1873) intentaría así, vincular la fisiología que ya en ese entonces comenzaría a pasar de una metodología de análisis centrada en la experimentación a una verdadera disciplina de estudio biológico gracias a la profundización de la investigación frenológica desde Gall y Flourence, y la psicología, que en ese entonces se encontraría determinada principalmente por los presupuestos filosóficos del indeterminismo centrados en el estudio del alma, trasladándose al estudio de la mente y su vinculación con el cerebro. Sus investigaciones estarían principalmente centradas en la base fisiológica del comportamiento reactivo frente a los estímulos del mundo y la introspección (Hardy, 1998).

Ya en ese entonces, existía la idea asentada principalmente por los planteamientos de la frenología de Joseph Gall, que en el cerebro era posible encontrar estructuras asociadas a diversas funciones mentales, donde tanto las más simples como las más complejas expresiones del comportamiento humano consciente o inconsciente, podrían ser explicadas con base en la

neuroanatomía y el funcionamiento del sistema nervioso. Este sería el principal objetivo de la psicología fisiológica (Hardy, 1998).

Desde una vertiente crítica sobre la capacidad de reconocer racionalmente la causa de las funciones cognitivas y volitivas de los sujetos, Sigmund Freud, el padre de la escuela psicoanalítica y William James en Estados Unidos, contribuirían también al desarrollo de una teoría determinista de la conducta desde el cuestionamiento a la causa consciente del comportamiento en lo que se denominaría “el determinismo psicoanalítico” y la asociación de la neurosis con alguna disfunción en el sistema nervioso en un primer momento (la que posteriormente asociaría a elementos del inconsciente), y en James a la idea de la base orgánica de los procesos mentales y la retroalimentación de estas en el cuerpo, que abrirían la puerta al modelo conductista y cognitivista de la psicología abriendo el camino hacia el método de intervención psicológico clínico.(Hardy, 1998).

Hardy (1998) señalará al respecto que: “La creación de la psicología fisiológica abrió la posibilidad teórica del reduccionismo, que consistía no sólo en tomar prestados los conceptos fisiológicos para fines psicológicos, sino en explicar los sucesos mentales y conductuales en función de sus causas fisiológicas” (p. 213). Este reduccionismo neurobiológico, si bien constituirá una puerta hacia nuevos y diversos descubrimientos en torno al fundamento biológico del comportamiento social y moral de los seres humanos, presentara notables complicaciones a la hora de explicar la totalidad del fundamento bio-psíquico del comportamiento, especialmente con el desarrollo de las teorías criminológicas del positivismo italiano y los principios del tratamiento psiquiátrico a fines del siglo XIX y hasta mediados del siglo XX, que en gran medida, generarían importantes controversias metodológicas y éticas en su aplicación, al fomentar nociones como el “criminal nato” a partir de rasgos físicos identificables que permitirían presumir la responsabilidad criminal desde el positivismo criminológico italiano (Baratta, 2018), al uso de métodos de anulación de la conducta, que alcanzarían practicas tan cuestionables como la trepanación (Hardy, 1998).

Diversas posturas en contra de la psicología fisiológica de Wundt se desarrollarían en paralelo, siendo inclusive Wundt parte de sus críticos en obras posteriores, al considerar que experimentalmente, sería imposible reducir los procesos mentales superiores ligados a los procesos mentales complejos, el lenguaje y la conducta consciente exclusivamente a la biología, asociándose nuevamente a la concepción del racionalismo kantiano y la idea de la mente como un elemento trascendental de los seres humanos (Hardy, 1998). En sentido diverso, Wilhelm

Dithler estimaría que trasladar el estudio psicológico al campo de las ciencias naturales mediante el empleo de los términos de la disciplina fisiológica en psicología, conduciría a un error categorial y a una reducción de la psicología como una rama de la biología, alejándola de su autonomía como campo del conocimiento (Hardy, 1998). Robert Sapolsky en su obra “Comportate” (2017), desarrolla esta idea del error categorial, planteando que el conocimiento contemporáneo que se tiene respecto al comportamiento humano no solo requiere una explicación multicausal e interdisciplinaria entre las ciencias naturales y sociales, sino que dentro de las propias ciencias naturales, en el entendido sobre todo, de que los seres humanos somos antes que cualquier cosa, un animal como cualquier otro con sus propias complejidades orgánicas. Es desde ahí, que la neurociencia se sostiene como una herramienta fundamental, pues desde la explicación multicausal del comportamiento, a partir de los múltiples factores que se correlacionan en la conducta humana, desde lo cerebral hasta lo genético, pasando por los aspectos del desarrollo vital y el ambiente, es posible conocer las razones objetivas y racionales, y emplear herramientas racionales y humanas para enfrentarlas.

Es desde este punto, que conviene tomar en consideración los avances científicos de las últimas décadas, especialmente en el campo de las neurociencias, respecto al análisis criminológico, el cuál se caracteriza de acuerdo con Sánchez, con la noción de que la conducta de los individuos se encuentra determinada por factores multicausales, tanto endógenos (neuronales, genéticos, alostáticos) y exógenos (ambientales y culturales), que permiten explicar el comportamiento de nuestra especie. (Sánchez, L. 2020). Por ello, el planteamiento neurocientífico contemporáneo se constituye desde una construcción interdisciplinaria, en el intento por desentrañar las bases biológicas del comportamiento humano, enfrentándose de forma directa con las tesis defendidas para la atribución de responsabilidad penal dominantes en la doctrina y la jurisprudencia (Kandel et al., 1997; Sapolsky, 2017), sobre todo en el ámbito de la culpabilidad y los criterios determinantes a la hora de categorizar la imputabilidad o inimputabilidad del autor de determinado delito.

La neurociencia en el Siglo XXI: Arribando a una solución al problema mente-cuerpo desde la interdisciplina.

De acuerdo con Vivaldi y Crespo, los avances en el estudio del cerebro y su rol tanto en la toma de decisiones y la presunción de conductas voluntarias, como en los actos impulsivos, el desarrollo de la personalidad, y la concurrencia de determinados trastornos mentales, contribuyen a complejizar aún más los ya cuestionados postulados clásicos de la teoría de la imputación de responsabilidad penal, especialmente en lo relativo a la causa neurológica de determinados comportamientos usualmente asociados al delito, que ponen en tensión los diversos criterios de análisis sobre la culpabilidad basada en la libre voluntad y los criterios de inimputabilidad. (Vivaldi, E. 2019. Crespo, E. 2015).

En su obra Sapolsky (2017) sostiene que el gran desarrollo de las investigaciones sobre el funcionamiento del cerebro, y su interacción con los procesos internos y el medio externo, permitiría establecer un marco en el cual los fundamentos biológicos del comportamiento humano puedan ser explicados en un sentido temporal a nivel interdisciplinario, por ejemplo:

a) Se pueden encontrar las causas de determinado comportamiento segundos antes de que se materialice cierta conducta desde la neurobiología (la actividad del sistema nervioso provocó determinada contracción muscular, no fue un demonio, la persona tiene una condición neurológica asociada: es epilepsia).

b) Horas y días antes, una acción decidida conscientemente puede determinarse por la influencia de factores neuroendocrinos imperceptibles (determinada secreción hormonal, propició tal conducta, como sucede en el caso del cuestionado síndrome premenstrual y la predicción de la conducta agresiva en mujeres durante su periodo menstrual empleado en juicios como el de Sandie Cradock en 1980)²⁷

c) Años y hasta décadas antes, la conducta puede ser explicada por factores de desarrollo en la infancia o la etapa de desarrollo fetal (como sucede por ejemplo, con la influencia de la violencia en la infancia y el impacto en la amígdala, la desnutrición y su impacto en el aprendizaje, o el abuso de drogas en la gestación) (Amores-Villalba y Mateos-Mateos, 2017).

d) De millones de años por la influencia de los genes y la evidencia en biología comparada (como sucede con los comportamientos básicos asociados al funcionamiento del sistema

²⁷ Sobre el Síndrome Premenstrual: Greene, R. y Dalton, K. (1953). En oposición a este planteamiento y su uso en juicios: Holtzman, E. (1986).

nervioso simpático relacionado con la agresividad en especies de homínidos con las cuales, el ser humano posee un grado de relación evolutiva cercana) (Sapolsky, 2017).

Además del conjunto de factores biológicos que se extienden en las más diversas disciplinas, para Sapolsky (2017), la relevante influencia del medio social, natural y cultural en que los sujetos se desenvuelven y el rol de la neuro plasticidad que modifica la estructura de desarrollo cerebral a partir de las experiencias vitales del sujeto, debe ser considerado como un factor elemental en el impacto que estos tienen en el desarrollo de determinados comportamientos asociados también a factores bio-psíquicos de gran relevancia.

Por ejemplo, el impacto que el aislamiento social tiene en estructuras relacionadas con la conducta agresiva asociada a daños en la corteza prefrontal y el sistema límbico a causa del estrés generalizado, o la ausencia de interacción social y su impacto psicoemocional (Cacioppo, et al., 2015) -casualmente el aislamiento es parte de la finalidad del encierro penitenciario- o la ocurrencia de catástrofes o guerras y su impacto en el desarrollo del Estrés Postraumático relacionado al mismo tiempo, con el desarrollo de diversos tipos de conducta antisocial, caracterizado por patrones de comportamiento impulsivo o violento, (Ardino, 2012).

Es frente a la gran cantidad de aportes interdisciplinarios que conciben la posibilidad de explicar científicamente la causa de la conducta desplegada, sea esta positiva o negativa en términos morales, que la construcción de una teoría indeterminista o compatibilista para Sapolsky (2017) carece de sentido, sobre todo como fundamento de la atribución de responsabilidad jurídico-penal. Al respecto sitúa tres posiciones ya vistas, desde las cuales se puede analizar la influencia de los factores biológicos en el comportamiento, criminal o no:

- A) Existe el libre albedrío, y este rige de forma absoluta en nuestro comportamiento. Hablamos en este caso del ya analizado indeterminismo propuesto por la escuela clásica del derecho y la tesis antropológica de la modernidad, el cual por cierto se fue matizando con el tiempo.
- B) No existe el libre albedrío, por lo cual nuestra conducta se ve determinada por factores concretos, pudiendo ser además sujetos de corrección. En el sentido propuesto por Ferri desde la escuela positivista italiana, encontramos en este caso el fundamento a los sustitutivos penales desde la opinión de Baratta (2004) como solución jurídico-penal al

problema, y la idea de la “autómata enamorada” propuesta por James (Hardy, 1998) desde la psicología como símil a esta posición problematizadora.²⁸

- C) Algo entre medio. En la que se sitúa la tesis compatibilista o de las alternativas de acción anteriormente desarrolladas, propuestas por Roxin y Henkel desde el derecho, y por Roth y Merkel desde la psicología o desde la posición neorrelacional propuesta por Singer (Demetrio Crespo, 2017).

Si confiáramos en el primer caso, podría caerse en el absurdo de considerar que todas las conductas son el resultado de actos conscientes y racionales. Sapolsky (2017) señala: Suponga el caso de alguien que sufre un ataque epiléptico y en medio de este golpea a alguien. Si el sistema de atribución de responsabilidad penal considerara que toda conducta desplegada es consciente, libre y voluntaria, excluyendo el conocimiento que se tiene respecto a la condición del sujeto, entonces la agresión haría a la persona responsable penalmente.

Por ello, la tesis mayoritariamente defendida en cambio, tanto por la opinión pública como por la dogmática jurídico-penal y la psicología, es que el libre albedrío es perfectamente compatible con la base biológica del comportamiento en ciertos casos, tratándose de un libre albedrío mitigado. Consideramos que la regla general es que los seres humanos son libres y conscientes de sus actos, siempre y cuando no sea posible asociar una causa bio-psicológica como evento externo a la libre voluntad al estado de normalidad psíquica del individuo, y no solo sea determinada, sino que logré hacer inviable la posibilidad de considerar que el agente tuvo consciencia o capacidad de decisión libre en su actuar (Guerra Espinosa, 2019).²⁹

En el mismo sentido, es que de acuerdo con Quirós, los sistemas penales han adoptado criterios más flexibles respecto al análisis de la imputabilidad o inimputabilidad del autor de determinados delitos, incluyéndose junto a aquellos estados mentales de mayor consideración en el impacto intelectual como la esquizofrenia, las crisis maniaco-depresivas o la demencia, comprendiendo la base psico-biológica de ellas, al desarrollo mental insuficiente como las oligofrenias, determinados grados de retraso mental, o la deficiencia, además de niveles de perturbación de la conciencia involuntarias, y otras controversiales relacionadas con la

²⁸ Sobre la autómata enamorada de William James: Hardy, D. (1998). Específicamente: p. 300.

²⁹ En el análisis comparado en España respecto a los alcances del análisis de la condición mental en el caso de la epilepsia véase: Guija, J. A. (2001).

psicopatía y el trastorno de control de impulsos, como se verá en lo que sigue, contribuyendo a la configuración de instituciones como la de la imputabilidad disminuida. (Quirós, F. 2019).

Aún contra la tesis mayoritariamente defendida, Sapolsky (2017) señalará que esta carecerá de todo sentido lógico. El presupuesto del libre albedrío mitigado será el de entender que dentro del cerebro existe un “homúnculo” que operaría en la mayor parte de las decisiones del individuo, sobre todo en aquellas relacionadas de acuerdo con Henekel, con la resistencia a los impulsos inconscientes en el despliegue de la conducta ajustada a la norma, cuya existencia se estimaría sin tener ninguna base orgánica ni material, el que se encontraría presente y determinando la mayor parte de los actos, siendo la principal causa asociada a cada uno de nuestros comportamientos. En cambio, la consideración de un factor señalado por la evidencia de investigaciones interdisciplinarias anularía su existencia: una lesión en la corteza prefrontal, la falta de sueño, los niveles de estrés y los glucocorticoides, la cantidad de plomo consumida en el agua del lavamanos en la infancia, el abuso de drogas o alcohol, trastornos psíquicos diagnosticados, etc. No será el “homúnculo” del libre albedrío el que tomará una decisión moral positiva o negativa y sobre el cual deberemos juzgar a la persona, sino la existencia de múltiples causas que afectan la dimensión bio-psicológica de los individuos en su desarrollo, tanto endógenos (netamente biológicos) como exógenos (como resultado de la influencia del medio sobre la estructura orgánica de los sujetos).

Ahora bien, si existe una explicación biológica multifactorial asociada a los más variados elementos para explicar la mayoría de las posibles causas del comportamiento ¿Por qué se sigue sosteniendo la idea de libre voluntad? Demetrio Crespo y Maroto Catalayud (2013), y Morse (2011) consideran que de momento la evidencia es incapaz de asociar directamente factores determinados con el despliegue de la conducta criminal que puedan anular la idea de libre albedrío como causa del comportamiento, sobre todo de los procesos mentales más complejos. En el caso de la premeditación, por ejemplo, no es relevante si la persona tenía algún trastorno mental que lo hiciera proclive a construir un escenario homicida, sino que el acto de asesinar a alguien y su planificación, permiten determinar un grado de presunción de razonabilidad en el autor, conocimiento y conciencia de la ilegalidad del acto.

Se le atribuirá la responsabilidad al sujeto cuando su “homúnculo libre” actúe en inobservancia; por no resistirse al impulso homicida y obviar la norma, por no resistirse al impulso de traficar drogas como medio para solventar su posición en determinado grupo social, por no resistirse al impulso de apretar el botón con el que accionaría el dispositivo en la cámara

de gas. Y podrá anularse su existencia para decir: “bueno, tomando en cuenta todos estos factores, es bastante probable que alguien despliegue esta conducta”, y, en un segundo momento, relegado a una etapa posterior, “hay que evitar que vuelva a actuar de esa manera considerando los factores que lo llevaron a eso”. En el primer caso de ejemplo de atribución de responsabilidad, se tomarán en cuenta determinadas condicionantes bio-psíquicas, mientras que en el segundo es más probable que se trate de una tesis sobre las condicionantes socioeconómicas y su influencia en la construcción psicológica de los sujetos, y en el tercero, por cierto, la garantía de no repetición se verá acompañado de una necesaria estructura institucional y cultural que garantice la imposibilidad de que en cualquier contexto se cometa genocidio; las violaciones a los DDHH deben tener siempre responsables.

Precisamente ahí se encontrará el problema para Sapolsky (2017) con la desconsideración de la evidencia neurocientífica desarrollada los últimos años, la cual ha tenido un increíble incremento exponencial: desconsiderar los múltiples factores asociados al responsabilizar a alguien por sus acciones reduce la relevancia que socialmente se le otorga a condiciones adversas que explican el despliegue de determinado comportamiento, lo que conlleva en la práctica legislativa y funcional de las instituciones, a reducir la relevancia que aspectos como la Salud Mental poseen en la orientación de determinadas políticas públicas, la orientación con la que funciona el sistema de justicia, y también la relevancia que se le otorga a ello durante la ejecución de la pena.

Sapolsky (2017) lo gráfica de la siguiente manera: si se toma en cuenta el hecho de que hace quinientos años la conducta desplegada en medio de una crisis epiléptica se asociaba a la brujería, los aportes de la investigación fisiológica desarrollada por Weyer frente a la caza de brujas, permitieron generar un tratamiento humanitario, al indicar que las personas que convulsionan no están poseídas, nada tiene que ver un “homúnculo poseído” con la convulsión, y que la persona está enferma y puede tratarse, evitando ser quemados en la hoguera. Así también hace casi medio siglo se pudo entender que las causas de los problemas de aprendizaje en los niños disléxicos no se encontraban en su pereza: había malformaciones corticales microscópicas en juego, evitando así juzgar a los niños disléxicos por su condición, permitiendo adecuar la práctica pedagógica a ello en vez de sancionarles por no ajustar sus funciones lingüísticas al estándar de normalidad en las evaluaciones.

La respuesta que desde el derecho se ha otorgado a las críticas efectuadas en este sentido, ha tenido una recepción de mayor consideración en el mundo anglosajón, sobre todo a

partir de la implementación de las reglas de Mc'Naghten a fines del siglo XIX, para determinar las reglas de defensa por inimputabilidad por casos de locura, así como en el surgimiento de variantes de los criterios de análisis de la culpabilidad en juicio, especialmente relacionados con el concepto de imputabilidad. (Vivaldi, E. 2019. Martinez, W. 2020). De acuerdo con Vivaldi, estos criterios aún responden a marcos desactualizados de análisis respecto a los conceptos que desde la neurología, y específicamente en el amplio campo de los avances neurocientíficos propuestos.

Entendiendo las causas del comportamiento en este sentido, se puede ofrecer un trato más humanitario que el mero juicio moral al supuesto de existencia de la libre voluntad, y entender también cuál es la causa que lleva a emplear determinado tipo de sanción para corregir de mejor manera las prácticas vulneradoras de derechos en nuestro sistema penal. Esto se condice precisamente con el ideal resocializador de la pena al interior de un Estado Democrático de Derecho y un sistema penal comprometido con la razonabilidad de sus postulados basados en la evidencia científica (Slachevsky, 2007; Sapolsky, 2017).

La solución propuesta desde esta perspectiva comienza a delinearse, aun sin basarse en la abolición de la atribución de responsabilidad en nuestras sociedades, sino más bien sobre la idea de modificar el sentido del castigo considerando que la regla general no es la libre voluntad y asumir las causas biológicas del comportamiento y la influencia de la multiplicidad de factores que influyen en nuestra dimensión subjetiva. De esta manera la reorientación de las medidas empleadas, deberán centrarse en analizar con mayor detención las posibles causas de la conducta criminal a partir de la evidencia y con ello, establecer medidas particulares, sustituyendo el empleo preponderante del encarcelamiento como regla general bajo el presupuesto de que actuamos indeterminados precisamente en el momento en que cometemos un delito (Sapolsky, 2017).³⁰

Este es el marco con el que se analizará y que permitirá, en lo que sigue, comprender el rol que juega la salud mental como un factor clave en el análisis del comportamiento general y particularmente del comportamiento criminal, que ha tomado mayor relevancia los últimos años precisamente por la recopilación de evidencia de diversos campos de las ciencias naturales y la psicología, que contribuye a sostener la influencia que los factores asociados a la prevalencia de

³⁰ Solo entre el año 2000 y el 2020, se ha pasado de tener aproximadamente 10.000 estudios que relacionan la biología con el comportamiento humano a cerca de 55.000 estudios relacionados. Si se piensa que a mediados del siglo XX la cantidad no superaba las dos decenas, el incremento exponencial en las investigaciones constituye un innegable avance, lo que ha de traducirse en la necesaria observancia interdisciplinaria al respecto.

condiciones mentales adversas, fomentadas por múltiples elementos pero con mayor preponderancia en las causas ambientales sobre la misma, que tienen no solo desde la perspectiva mental (si quisiera asumirse como premisa el indeterminismo), sino evidenciable en la dimensión orgánica (si quisiera asumirse como premisa un determinismo fuerte) gran relevancia en la promoción de factores asociados a la conducta criminal, y por tanto, a la posibilidad de reincidencia.

Pasemos a revisar entonces, la relevancia de la salud mental como factor a considerar en mayor profundidad sobre las expectativas de resocialización y la asociación de esta con los elementos bio-psicológicos asociados a la conducta criminal, y puntualmente, cuáles son las condiciones intrínsecas del régimen de encarcelamiento que impactan en esta dimensión.

¿De que Hablamos Cuando Hablamos de Salud Mental?

A nivel global, los problemas asociados a la salud mental de la población y el desarrollo de trastornos mentales constituyen uno de los mayores problemas sanitarios en el mundo. De acuerdo con el estudio sobre carga global de trastornos mentales del año 2019 enfocado en 204 países para el periodo 1990-2019, 1 de cada 8 personas en el mundo padece algún trastorno mental, y la cifra se ha incrementado año a año, pasando de 654 millones de personas en 1990 a 970 millones de casos en el año 2019, lo que deja en evidencia que la relación proporcional no varía mayormente en los 30 años comprendidos por el estudio (GBD 2019 Mental Disorders Collaborators, 2022).

El concepto de “salud mental” si bien con los años ha tomado mayor relevancia dada la relación que se ha establecido entre esta y una serie de afectaciones a la salud en general de las personas, y en nuestro campo, como elemento criminógeno de relevancia, tanto en el medio extra como, y, por sobre todo, intrapenitenciario, aún resulta un concepto ambiguo en su definición.

En nuestro ordenamiento jurídico, la reciente ley 21.231 del año 2021 establecerá el concepto de salud mental como un estándar de bienestar influido por los criterios establecidos internacionalmente por la OMS. La ley 21.231 sobre “El Reconocimiento Y Protección De Los Derechos De Las Personas En La Atención De Salud Mental” (2021), establece conceptos como salud mental, enfermedad y trastornos mentales, discapacidad psíquica e intelectual, además de incorporar principios determinados a garantizar el ejercicio de los derechos humanos de personas con enfermedad mental o en condición de discapacidad, además de la normativa dirigida a garantizar y proteger los derechos fundamentales de las personas en este sentido.

La Ley 21.231 en su artículo 2° define a la salud mental como:

un estado de bienestar en el que la persona es consciente de sus propias capacidades puede realizarlas, puede afrontar las tensiones normales de la vida, trabajar y contribuir a su comunidad. En el caso de niños, niñas y adolescentes, la salud mental consiste en la capacidad de alcanzar y mantener un grado óptimo de funcionamiento y bienestar psicológico (2021)

Al mismo tiempo, el inciso final del art. 2° considerará lo que se denominaran los determinantes externos e internos en la salud mental desarrollados por la OMS en su informe del año 2001, en que considerará la existencia de factores internos (biológicos y psicológicos) y externos (ambientales, en sentido social y natural) que influyen en la salud mental de los sujetos. Así establecerá que: “La salud mental está determinada por factores culturales, históricos, socioeconómicos, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una construcción social esencialmente evolutiva y vinculada a la protección y ejercicio de sus derechos”.

Siguiendo a Raúl Valbuena (2021), dada la ambigüedad del concepto, conviene hacer una revisión histórica del mismo para comprender su alcance. La salud mental en general a lo largo de la historia ha sido definida a partir de la idea de “estado mental”. Pero no sería hasta 1946 según Bertolote (2008) que el concepto pasaría a entenderse bajo el criterio de “higiene mental”, con la determinación de tratamientos y un enfoque disciplinario centrado en la prevención y promoción de actividades que procuraran bienestar mental en sentido global (Valbuena, 2021).

Para Gonzalo Miranda Hiriart (2018), tanto las prácticas orientadas a la salud mental como las definiciones elaboradas del concepto constituyen un verdadero caleidoscopio que no contribuye a esclarecer en términos precisos a que se refiere la salud mental. Miranda Hiriart (2018) sostiene que se puede entender como “un estado o condición del individuo, a un campo -conceptual y práctico- dentro de la salud pública, a una serie de patologías psiquiátricas y problemas psicosociales, incluso a un conjunto de iniciativas sanitarias, sociales y políticas (...)” (p. 87), siendo las últimas principalmente seguidas a partir del concepto de “higiene mental” antes referido.

El empleo del concepto salud mental y su consideración como una preocupación dentro de las políticas públicas desarrolladas por los Estados, aparecería por primera vez tras la creación de la OMS y el I Congreso Internacional de Salud Mental, en que se conceptualiza como

la condición que permite a la persona alcanzar un estándar satisfactorio individual y social; sometida a fluctuaciones tanto biológicas como sociales, e impregnada, además, en las relaciones y en la implicación de la propia persona en su entorno social y físico

Desde este punto podemos revincular la idea señalada en el capítulo I sobre la multifactorialidad asociada al comportamiento humano, desde una perspectiva biológica, psicológica y social (Bertolote, 2008).

Para Miranda Hiriart (2018), la definición desarrollada por el comité de expertos en 1950 y presentada a la OMS se encuentra principalmente determinada por la psiquiatría dinámica, al evaluar tres elementos claves en torno a la idea de una persona mentalmente sana: (a) alcanzar una síntesis satisfactoria de los propios instintos, potencialmente conflictivos, (b) establecer y mantener relaciones armónicas con los demás, y (c) la posibilidad de modificar el ambiente físico y social.

La psicóloga social Marie Jahoda en 1958 publicará su obra de sistematización de la salud mental desde el positivismo en EEUU, en que definirá una serie de criterios que servirán de base para la mayor parte de las referencias posteriores al concepto a partir de elementos tales como: a) autoconcepto realista, identidad y autoestima, (b) búsqueda de crecimiento y autoactualización (c) integración de sí mismo y de las distintas experiencias, (D) autonomía, (e) percepción objetiva de la realidad y (f) dominio del entorno: adaptación y éxito para alcanzar metas.

La orientación con la cual la OMS definirá la salud mental se irá posteriormente asociando con una relación de interdependencia con la salud en general³¹. Es así como en su Informe del año 2001 sobre la salud mental, dedicó en su primer capítulo a promocionar y señalar la importancia tanto de la salud física como mental, enfatizando que ambas son determinantes para el bienestar general de las personas y de la sociedad. Porque la “salud” es considerada “no solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino un estado completo de bienestar físico, mental y social” (Valbuena, 2021, p. 7).

Siguiendo a Valbuena (2021), este señalará al respecto:

³¹ Conviene recordar lo señalado en el capítulo I relativo a la influencia del pensamiento de Galeno ya en el siglo II D.C., en tanto la salud mental se encuentra determinada por factores físicos y ambientales.

(...) en lo referente a los determinantes psicológicos y biológicos que actúan sobre la salud mental, la OMS (2001) apunta a dos vías de influencia: (I) la vía fisiológica, que enfermedades mentales como la ansiedad y la depresión pueden llegar a manifestar cambios en las funciones neuroendocrinas e inmunitarias y acentuar la susceptibilidad a diversas enfermedades físicas; y (II) la vía del comportamiento, la cual depende en gran medida de su salud mental, y se entiende por comportamiento en materia de salud, a un amplio abanico de actividades como la alimentación, ejercicio o conductas de riesgo como el consumo de estupefacientes o prácticas sexuales, entre otras. (p. 8)

Para Restrepo y Jaramillo (2012), y considerando la definición recogida por nuestra legislación, es que la salud mental puede entenderse desde una perspectiva interdisciplinaria y multifactorial. Señalaran:

La salud mental se presenta como un concepto genérico, bajo el cual se cobijan un conjunto disperso de discursos y prácticas sobre los trastornos mentales, los problemas psicosociales y el bienestar; estos discursos y prácticas obedecen a las racionalidades propias de los diferentes enfoques de salud y enfermedad en el ámbito de la salud pública, la filosofía, la psicología, la antropología, la psiquiatría, entre otras y, por tanto, las concepciones de salud mental dependen de estos enfoques y de las ideologías que les subyacen. (p. 203).

Siguiendo lo anterior, es que es posible determinar diversas orientaciones desde las cuales se desarrolla el concepto de salud mental.

- a) Desde la bio-medicina, el enfoque será tratar el concepto de salud en contraposición a la enfermedad. La orientación de la salud mental se verá desde dos perspectivas: la reducción de lo mental a lo biológico, y la normalidad como ausencia de enfermedad, y se centrará en las condiciones biológicas que causan determinada conducta, particularmente la conducta anormal, y en el tratamiento de estas desde una orientación netamente medicinal. La intervención bio-medica en este sentido se relacionará con la base fisiológica del comportamiento, centrándose en la investigación y tratamiento de los trastornos mentales como un estándar de anormalidad neurológica, endocrina, o genética, y, por tanto, de ausencia o afectación a la salud mental de los sujetos. En particular la orientación que tomará la salud mental desde la bio-medicina será la prevención y tratamiento del desarrollo de los trastornos mentales en la población.

- b) Desde la psicología o la concepción comportamental de la salud mental el comportamiento de los sujetos y su interacción con el ambiente será fundamental. El tratamiento se centrará particularmente en métodos que conlleven a la erradicación de formas de pensamiento disfuncional que promuevan la materialización de conductas al margen del estado de normalidad psíquica asentada. En la práctica, se da una prevención basada en la información, la educación instruccional y las habilidades conductuales. En este sentido, la literatura reporta diferentes programas de prevención desde perspectivas conductuales y/o cognitivas para diversas problemáticas de salud mental, tales como el consumo de drogas, la depresión, la violencia, entre otros.
- c) La perspectiva socioeconómica o ambiental tendrá como centro de la conceptualización de salud mental la problematización de las condiciones ambientales que influyen en el bienestar psico-emocional, y el desarrollo de determinados comportamientos condicionados en los individuos que no permitirán la materialización de un estado de bienestar pleno. En un sentido dialéctico, sostendrá que las condiciones socioeconómicas relacionadas con la promoción de condiciones de vulnerabilidad en los sujetos serán las principales causas asociadas al desarrollo de condiciones adversas en la salud mental de los individuos, o de prevalencia al desarrollo de trastornos mentales desde la perspectiva biomédica, y que, por ende, el tratamiento debe desarrollarse desde las estructuras institucionales, económicas y culturales que fomentan determinadas condiciones adversas en el desarrollo y bienestar de las personas, y que determinan la existencia de un mayor riesgo a la materialización de trastornos mentales.

Más allá de los importantes cuestionamientos sostenidos por Restrepo y Jaramillo (2012) relativos al empleo del concepto de Salud Mental bajo una perspectiva estandarizada de normalidad psíquica o como fundamento para el empleo de estigmas patologizantes que justificarían la intervención terapéutica como forma de control social, conviene establecer que este estándar de Salud Mental por la interacción de los factores biológicos, psicológicos y sociales vendrá dado por su importancia en el concepto de Salud en sentido amplio. En el mismo sentido, Miranda Hiriart (2018) señalará que más allá de las diversas expresiones tentativas para tratar de definir u orientar el concepto de salud mental, esta definición solo será posible al contrastarla con los trastornos mentales como caracterización de un estado de ausencia o anormalidad del estándar de salud. Señala:

Por más que se insista en definir salud como algo distinto a la ausencia de enfermedad, no es lógico pensar la salud sin relación a los estados que llamamos patológicos. Si

consideramos que la afección mental tiene como núcleo la alienación, podemos hablar de salud como libertad, si consideramos a la patología como disfunción, podemos decir que la salud es armonía, equilibrio, o funcionamiento correcto, incluso óptimo (Miranda Hiriart, 2018, p. 94).

Siguiendo a Zabala (2015), la interconexión entre los determinantes fisiológicos y psicológicos que inciden en la Salud Mental funcionarían de forma dinámica retroalimentándose. De esta manera, la influencia de trastornos mentales asociados a la existencia de factores bio-psicológicos se vinculará con el estado de salud general de los sujetos, lo cual en muchos casos conlleva un aumento en el riesgo a desarrollar diversas patologías, y, así también, determinadas condiciones de salud aumentarán el riesgo a desarrollar determinados trastornos mentales, y determinados comportamientos socialmente considerados reprochables.

Así, por ejemplo, se asociarán determinados trastornos mentales a patologías como el tabaquismo, la obesidad o la hipertensión, y en sentido inverso, la influencia de la depresión en déficits del sistema inmunológico o en los procesos asociados a la producción de importantes reguladores neuroquímicos de las emociones como la serotonina o el cortisol que tendrán como correlato la intervención médica (Prince et al., 2007).

Tan relevantes como los factores internos entendidos como determinantes bio-psicológicos asociados a la salud mental, serán los determinantes sociales y ambientales catalogados como factores externos que constituyen el elemento central del enfoque sociológico en salud mental. El informe de la OMS del año 2001 relaciona factores como la pobreza, la urbanización y la evolución tecnológica con la afectación a la salud mental de la población, poniendo especial énfasis en el hecho de que el impacto de las condiciones sociales y ambientales en la salud mental y su influencia variarían dependiendo del grado de vulnerabilidad social del sujeto o grupo poblacional.

Dentro de los grupos especialmente vulnerables de acuerdo con el Informe de la OMS sobre Salud Mental del año 2013 y la Declaración política de Río sobre determinantes sociales de salud se encuentran:

- Familias que viven en la pobreza
- Personas con problemas de salud crónicos
- Los niños expuestos al maltrato o al abandono
- Los adolescentes expuestos por vez primera al abuso de sustancias

- Los grupos minoritarios (poblaciones indígenas, las personas de edad, las personas sometidas a discriminaciones y violaciones de los derechos humanos, la comunidad LGTBIQ+)
- Personas expuestas a situaciones de conflicto armado, desastres naturales o catástrofes.
- La población penitenciaria.

En este sentido, la Salud Mental se caracterizará por la interacción de factores tanto biológicos, como psicológicos y sociales en interrelación dinámica en el estado de bienestar y funcionamiento de la persona, y no exclusivamente con la existencia o no de trastornos mentales (OMS, 2013), lo cual tendrá como correlato, dependiendo de la interacción de estos factores, un impacto en el mayor o menor grado de desarrollo de condiciones adversas para los sujetos, en que la situación de riesgo al desarrollo de estas condiciones se relacionará estrechamente con los factores ambientales y su condición de vulnerabilidad social.

La gran problemática de los déficits en el estado de salud mental de los individuos no solo se relaciona con cambios en su comportamiento que afectaran al sujeto en sí mismo, sino que también afectaran su condición de salud en general. Estos dos elementos, al mismo tiempo, condicionan una mayor dificultad para enfrentarse al medio social, afectando muchas veces la dinámica familiar, laboral, educacional y cotidiana de los sujetos frente al resto de la población. Así también la salud mental mantiene una relación recíproca con el bienestar y funcionamiento de la persona y el contexto en el que se desarrolla, siendo un factor determinante en los resultados de salud global. La presencia de un trastorno mental socava este funcionamiento, originando un coste personal, emocional, social, relacional, sanitario, económico y de discapacidad que constituye un problema de salud pública (Organización Mundial de la Salud, 2004).

En el caso de la población penitenciaria, catalogada como grupo de riesgo o vulnerabilidad social, el impacto negativo a la salud mental y la prevalencia al desarrollo de trastornos mentales se encontrará determinada principalmente por la influencia del factor ambiental del encierro penitenciario, la exposición a eventos de impacto emocional y traumático, la falta de comunicación con el medio externo, la desregulación y arbitrariedad en el uso de medidas correccionales, entre otras causas, que influyen en las condiciones bio-psicológicas de los individuos. Esto sin considerar las condicionantes previas que se asocian al despliegue de la conducta criminal (Añaños-Bedriñaña et al., 2017; Castillo Panameño et al., 2021).

Por ello, conviene analizar ¿de qué hablamos cuando hablamos de trastornos mentales? ¿Cómo se vincula el desarrollo de trastornos mentales con la conducta criminal? ¿Qué factores bio-psicológicos en específico se asocian con un mayor riesgo a desarrollar trastornos mentales, por una parte, y con la conducta criminal por otra? Y ¿De qué forma el encarcelamiento influye en estos factores?

Vinculación Entre la Salud Mental y la Conducta Antinómica

Conviene desde ya, con la finalidad de evitar la doble estigmatización entre la población penal y la población en general que sufre algún trastorno mental, y evitar conclusiones apresuradas que denoten una falta de tratamiento cuidadoso de lo expuesto, establecer algunos criterios de base:

- a) No toda condición bio-psicológica influida por factores ambientales que explique determinado comportamiento de riesgo asociado al despliegue de la conducta criminal se clasifica como trastorno mental. Existen factores bio-psicológicos que explican un mayor riesgo de comportamientos asociados a una mayor posibilidad de delinquir que no se asocian puntualmente con la sintomatología clínica de los trastornos mentales (por ejemplo, determinado desorden neuroendocrino o los factores culturales que promueven determinados comportamientos que influyen en el neurodesarrollo pueden ser una causa asociada a un mayor riesgo de desarrollar cierta clase de conductas no catalogadas derechamente como trastorno mental, aunque si muchas veces como factor asociativo a ellas). Los trastornos mentales tienen, como se verá en lo que sigue, una clasificación determinada (Bonilla y Fernández Guinea, 2006).
- b) Para no caer en conclusiones erradas y estigmatizantes con este apartado, se previene que si bien existe un correlato entre la evidencia estadística para sostener la teoría denominada como “Ley de Penrose”, que sitúa una relación inversamente proporcional entre el número de camas psiquiátricas y la cifra de encarcelamientos en un país, y que sostiene que la cárcel puede entenderse como un “repositorio de personas con trastornos mentales” (Díaz Sobenes, et al., 2021), evidenciándose en la sobrerrepresentación del diagnóstico clínico entre la población penal y la población en general, no toda persona que delinque tiene asociado algún trastorno mental diagnosticado. Si bien existe mayor prevalencia en base a la evidencia estadística a que la población penitenciaria sufra algún trastorno mental de base o desarrolle algún trastorno mental durante su condena respecto a la población en general, no conviene

establecer un criterio de “delincuente nato” o patologizante en torno a ciertos factores (Núñez y López, 2009). Cualquier persona puede desarrollar un trastorno mental a lo largo de su vida, y las condicionantes sociales, psicológicas y biológicas asociadas a ello pueden aparecer o desaparecer dependiendo de su interacción dinámica. Al mismo tiempo, no todos los delitos pueden asociarse a un móvil relacionado con la existencia de trastornos mentales, en general la literatura aporta mayores contribuciones en aquellos delitos de mayor connotación (delitos violentos no instrumentales y/o sexuales) asociados a ello, mas no sucede así en delitos esporádicos, de baja intensidad, o con móviles de diversa índole (como el caso de los delitos políticos o por convicción, en que la violencia se instrumentaliza) (Gehrrard, 2013; Núñez y López, 2009).

- c) A la inversa, no toda persona que desarrolle un trastorno mental en su vida tendrá condicionada la posibilidad de cometer un delito. La mayor parte de la población que posee algún trastorno mental, no se vinculará en su trayectoria vital con el sistema penal, por lo que no conviene asociar el trastorno mental con un mayor grado de peligrosidad social en general en sentido determinista, sino que se exige necesariamente asociarlo de forma multifactorial a variables sociodemográficas y la experiencia vital del sujeto, pues la asociación de que en todos los casos el trastorno mental es el único factor explicativo de la criminalidad constituye un problemático estigma en torno a las personas que sufren trastornos mentales, y que muchas veces contribuye a agudizar comportamientos normalmente perjudiciales tanto de la persona que tiene una condición mental específica contra sí misma como contra el resto (Irrarázaval et al., 2016).

En Chile, de acuerdo con diversas estadísticas relacionadas con la salud mental en la población en general, ya en el 2016 se estimaba que cerca de un tercio de la población ha tenido algún trastorno psiquiátrico en su vida, y el 22,2% ha tenido uno durante cualquier periodo de 12 meses. Los trastornos de ansiedad tienen la más alta prevalencia y las depresiones mayores corresponden a uno de los trastornos específicos con la mayor prevalencia, un 9,2% si consideramos vida y 5,7% dentro de un año. Por otro lado, la prevalencia de trastornos debido al consumo de alcohol y drogas también es alto (11% y 8,1%, respectivamente) y la proporción de la población que presenta trastornos moderados (5,5%) y severos (3,3%) no es despreciable (Vicente et al., 2016).

A nivel global, se estima que la prevalencia de trastornos mentales en el caso de la población penitenciaria en comparación con la población en general presenta notables diferencias, principalmente en aquellos relacionados al consumo de sustancias y adicción,

trastornos afectivos, ansiosos, trastornos de la personalidad, de la conducta, trastornos del espectro depresivo y el estrés postraumático, los cuales se relacionan tanto con las condiciones de encarcelamiento y la pena privativa de libertad en si misma (el propio encierro y aislamiento), como con la existencia de factores ambientales previos que se entienden muchas veces como gatillantes en el desarrollo de comportamientos comúnmente asociados a la criminalidad.

Tradicionalmente se entiende que existe una correlación entre las condiciones psicopatológicas y los trastornos mentales con la conducta criminal, aunque esto no es siempre así, se suele establecer la existencia de un mayor riesgo asociado entre una mala salud mental y la criminalidad a partir de diversos estudios relacionados tanto con alteraciones a nivel biológico como psicológico, siempre teniendo en cuenta, el factor sociocultural subyacente (Núñez y López, 2009).

Concepto de Trastorno Mental

Existen muchas conceptualizaciones en torno a lo que significa “trastorno mental”. Por ejemplo, existe la tendencia entre la psiquiatría y la psicología a distinguir el término “trastorno mental” del término “enfermedad mental” a partir de la idea de que el primero se centra en aquellos casos en que la causa no solamente se explica por razones orgánicas, mientras que, en el caso de las enfermedades mentales, la causa orgánica predomina sobre cualquier otra (Caballero Martínez, 2007). Más adelante, analizaremos el mismo concepto en perspectiva jurídica.

Por ello, es preferible referirse al concepto de “trastorno mental” que se encuentra asociado a una concepción más amplia en torno a las causas de determinada condición, particularmente, desde la dimensión bio-psicológica. Siguiendo a Zabala (2015) la definición que ha tenido mayor aceptación por la comunidad científica consensuadamente y más representativo es el emitido por el National Institute of Mental Health (NIMH) de Estados Unidos (EEUU) en 1987 y que incluye tres dimensiones: (a) el diagnóstico, que incluye los trastornos psicóticos (excluyendo los orgánicos) y algunos trastornos de personalidad; (b) la duración de la enfermedad y del tratamiento, que está estimado en un tiempo superior a 2 años; y (c) la presencia de discapacidad como existencia de una disfunción moderada o severa del funcionamiento global, medido a través del Global Assessment of Functioning que indica una afectación de moderada a severa del funcionamiento laboral, social y familiar.

Desde la publicación del CIE-6 (Manual de Clasificación de Enfermedades de la OMS) en el año 1949 es que se incluye dentro de las enfermedades clasificadas a los trastornos mentales como parte constituyente de estas. En base a esta clasificación, la Asociación de Psiquiatría Americana (APA) en colaboración con otros organismos desarrolló esta clasificación para dar forma a lo que posteriormente sería el DSM MD (Diagnostic and Statical Manual of Mental Disorders)³² en 1952. Ambos manuales se han ido revisando y actualizando conforme a las investigaciones desarrolladas y los cambios propuestos por la academia para facilitar el sistema de diagnósticos y sistematizar de mejor forma la evaluación de trastornos mentales. Actualmente el CIE-11 publicado el año 2019 (OMS, 2022) y el DSM-5 del año 2013 son los manuales más actualizados al respecto.

De acuerdo con el manual DSM-5 (2014), los trastornos mentales se definen como:

(...) un síndrome o patrón comportamental o psicológico, de significación clínica, que aparece asociado a un malestar (p.ej., dolor), a una discapacidad (p.ej., deterioro en una o más áreas de funcionamiento) o a un riesgo significativamente aumentado de morir o sufrir dolor, discapacidad o pérdida de libertad y no debe ser una respuesta culturalmente aceptada a un acontecimiento particular (p.ej., la muerte de un ser querido). Cualquiera que sea su causa, debe considerarse como la manifestación individual de una disfunción comportamental, psicológica o biológica. **Ni el comportamiento desviado (p.ej., político, religioso o sexual) ni los conflictos entre el individuo y la sociedad son trastornos mentales, a no ser que la desviación o el conflicto sean síntomas de una disfunción.** (p. 21)

La OMS (2001) también lo define de la siguiente forma:

No son sólo variaciones dentro de la 'normalidad', sino fenómenos claramente anormales o patológicos [...] duraderos o recurrentes, y deben causar cierta angustia personal o alteraciones de funcionamiento en una o más facetas de la vida [...] pero, **si no se satisfacen todos los criterios fundamentales para un trastorno en concreto, esa angustia no es un trastorno mental.** (p. 21)

Tanto para la OMS (2001) como para el manual DSM-5 (2014) los trastornos mentales se definen como un fenómeno o síndrome comportamental de significación clínica, anormal o

patológico, caracterizado por alterar el funcionamiento o estado de bienestar de la persona que lo sufre, causando repercusiones en su desarrollo vital, y que se manifiesta como una disfunción comportamental, psicológica o biológica de los individuos. Conviene señalar, además, la exclusión que el manual DSM realiza al comportamiento desviado y los conflictos entre el individuo y la sociedad de los trastornos mentales, siempre que no refieran a una sintomatología asociada a una disfunción calificada en alguna de las clases descritas. Al mismo tiempo, no toda angustia o malestar psíquico conviene ser asociado a un trastorno mental, por ejemplo, el duelo tras la muerte de un familiar o la angustia frente a una situación estresante no se sostienen por si solos como trastornos mentales, más si pueden significar desencadenantes.

De acuerdo con la Editorial de la Revista Chilena de Neuropsiquiatría (2014) en su análisis y revisión de los trastornos mentales más relevantes de la nueva actualización del DSM-5, gran parte de las actuales clasificaciones se encuentran en una etapa de transición como resultado del avance en las investigaciones neurocientíficas, por lo que muchas de las clasificaciones a los trastornos mentales asociados a causas orgánicas establecidos en la edición actualizada comprenden una evolución hacia el reconocimiento de estos nuevos estudios que abren un factor explicativo desde la neurobiología.

Entre los trastornos mentales clasificados por el DSM-5 se contabilizan más de 18 grupos diferentes que abarcan desde los trastornos del neurodesarrollo y neurocognitivos relacionados principalmente con una base orgánica o biológica del trastorno mental, considerados como parte integral de algunos estudios longitudinales en la reincidencia, hasta la ansiedad, los trastornos de la personalidad y las conductas disruptivas que se sostienen desde una dimensión biopsicológica asociada a estos, que incluyen la experiencia vital y el medio social como parte de los factores explicativos del diagnóstico dinámico.

A pesar de entenderse de forma particularizada en grupos de clasificación determinada, muchos de estos trastornos pueden presentarse en paralelo o en diferentes etapas en el mismo sujeto, así es común que trastornos ansiosos se relacionen con una comorbilidad que lleve al consumo de sustancias o bien, al desarrollo de determinados cuadros asociados a la sintomatología de los trastornos de la conducta y/o control de impulsos (Sánchez González y Gómez Durán, 2010). Por ello es importante analizar la existencia de diversos trastornos mentales asociados al comportamiento de los individuos. La evidencia en el ámbito penitenciario da cuentas de que, por ejemplo, la comorbilidad entre trastornos de ansiedad y el consumo de sustancias y adicciones es mayor al que existe en la población en general (Valbuena, 2021).

En el campo criminológico tradicionalmente los que tienen mayor preponderancia a lo menos asociados a un mayor riesgo de asociarse a factores criminógenos y su prevalencia en la población penitenciaria se encuentran: Los trastornos del espectro de la esquizofrenia y otros trastornos psicóticos (Laajasalo y Häkkänen, 2006; Walsh et al., 2002), los trastornos de la conducta y el déficit de atención por hiperactividad (Sheerin, 2004; Van Wijk et al., 2007), los trastornos de la personalidad (principalmente el trastorno antisocial y la psicopatía) (Bonilla y Fernández Guinea, 2006), los trastornos depresivos y ansiosos (Goff et al., 2007) los trastornos asociados al uso de sustancias y adicciones, presentes especialmente como un factor de comorbilidad a otros trastornos. (Pérez y Ruiz, 2017).

Si bien diversos estudios en los últimos años han establecido una correlación mayor entre la existencia de trastornos mentales asociados a los comportamientos usualmente relacionados con el delito como la agresividad, la conducta antisocial o psicopática, el comportamiento impulsivo o el abuso de narcóticos ilegales, se cree que cerca del 10% de los delitos tienen asociado un trastorno mental en el sujeto diagnosticado previamente, cifra que se verá incrementada en casos de comorbilidad sobre todo relacionada al consumo de sustancias, e influida de forma relevante por las condiciones sociodemográficas en que los individuos se desarrollen (Parra et al., 2008).

De esta forma, también será relevante considerar, por ejemplo, en el caso de la conducta violenta asociada a trastornos mentales algunas de las variables que con mayor fortaleza destacan, en primer lugar la reincidencia y por tanto los antecedentes de violencia, y a continuación los factores sociodemográficos «desfavorables» (condición socioeconómica, relaciones familiares, nivel educacional, entre otros) y el consumo de tóxicos (Parra et al., 2008).

De igual forma, conviene precisar, que el empleo exclusivo de los trastornos mentales como factor excluyente y explicativo preponderante en la conducta criminal obvia que la propia experiencia vital del sujeto que padece de alguna condición mental particular, la cual muchas veces se asocia a una sintomatología evidenciable en la conducta que causa estigma social, tendencia al abuso físico y psicológico en la infancia y la adolescencia, rechazo y marginación, es a la vez un factor que necesariamente debe tomarse en cuenta, sobre todo considerando que las determinantes ambientales dentro de la propia definición de salud mental, influyen y pueden condicionar de forma relevante las bases bio-psicológicas del individuo, representando por sí misma una forma de vulnerabilidad social que promueve no solo el desarrollo de estos

trastornos, sino su agudización y la manifestación de comportamientos en reacción a estas condicionantes socioculturales (Valbuena, 2021).

Ahora bien, ¿Cuál es el fundamento de la asociación tradicional de determinados trastornos mentales a un mayor riesgo en el despliegue de la conducta criminal? O en otras palabras ¿Qué factores entran en juego entre la conducta desplegada y la prevalencia generada por factores bio-psicológicos? Conviene revisar sistemáticamente el caso a caso para entender esta potencial correlación a partir de lo expuesto en el manual de diagnóstico médico DSM-5 a partir de 5 de los principales trastornos mentales de mayor prevalencia en el contexto penitenciario conforme a la bibliografía analizada.³³

Trastornos del espectro esquizofrénico y psicótico^{*34}.

El manual DSM-5 incluye dentro de los trastornos del espectro esquizofrénico y psicótico al trastorno esquizotípico de la personalidad, el trastorno esquizofreniforme, la esquizofrenia como tal, el trastorno esquizoafectivo, los trastornos psicóticos determinados por el consumo de sustancias y no, y la catatonía. En general, el espectro esquizofrénico y psicótico se caracteriza por la existencia de síntomas asociados a delirios, alucinaciones, discurso y comportamiento desorganizado o catatónico, y en algunos casos, por la expresión de síntomas negativos (expresión emotiva disminuida o abulia).

³³ Para este apartado se consultaron distintas fuentes de investigaciones realizadas en contexto penitenciario, económico, y social de cada país. Algunas son internacionales, pero la mayor parte fue llevada a cabo en centros de investigación de países desarrollados. Conviene precisar este aspecto, pues el medio social en que se desarrolla el sujeto es fundamental para un análisis más acabado. Se previene además respecto al sesgo de género. Las tasas asociadas a la prevalencia de determinados trastornos tanto en la población en general como en la población penal, tendrá notables diferencias dependiendo del género del sujeto. Sobre todo, en el ámbito biológico, corresponde tomar con precaución este sesgo, en consideración con los resultados de cualquier clase de investigación que pueda asociar condicionantes fisiológicas como único elemento a considerar. Es preferible la perspectiva multifactorial que reúna el componente biológico, social y psicológico. Un ejemplo concreto de ello es evidenciable en un excelente estudio longitudinal y cualitativo realizado en Chile, en que a partir de entrevistas se evidencian las principales problemáticas asociadas a la salud mental desde la propia voz de los sujetos privados de libertad, notándose considerables diferencias en los centros penitenciarios masculinos y femeninos. Véase: Gabrysch, et al., (2020).

³⁴ *Las consecuencias jurídico-penales de un diagnóstico establecido por el peritaje psicológico y psiquiátrico forense implican que las estadísticas penitenciarias no tengan un correlato con la tasa de criminalidad asociada a este delito, pues, las personas con esquizofrenia o con episodios psicóticos, suelen ser declaradas inimputables, quedando al margen de los estudios realizados en contexto penitenciario, o bien son excluidos de las evaluaciones en programas de resocialización por su propia condición mental.

De acuerdo con Esbec y Echeberúa (2016), la esquizofrenia es uno de los trastornos que mayor asociación tienen con la violencia a nivel cultural, especialmente en la opinión pública³⁵ y en la criminología clásica, asociándose erróneamente con delitos de gran connotación y con violencia desmesurada, como los asesinatos múltiples, el asesinato sexual, el homicidio suicida o el parricidio e infanticidio, lo cual constituye un fuerte estigma social que influye en aspectos como la marginación, la discriminación y la violencia a la cual se somete a las personas con esquizofrenia. Todas condicionantes sociales de riesgo, a pesar de que la evidencia demuestre que los patrones de comportamiento agresivo son mayores en otros trastornos (Romero Martínez, 2022).

Lo cierto es que las personas que padecen esquizofrenia por lo general no desarrollan comportamiento violento en la medida en que responden a su tratamiento, pero esto puede verse acrecentado si existe alguna comorbilidad asociada al consumo de sustancias, como respuesta al estigma social, o a su situación de vulnerabilidad a la que se ven expuestas las personas cuyo comportamiento se asocia a la sintomatología de este trastorno (Esbec y Echeberúa, 2016).

De acuerdo con Esbec y Echeberúa (2016), la mayoría de los actos violentos cometidos por personas con esquizofrenia se relacionan con la presencia de síntomas psicóticos positivos, es decir, con ideas delirantes persecutorias, alucinaciones auditivas amenazantes o imperativas y otros fenómenos psicóticos. Las ideas delirantes o las alucinaciones auditivas contribuyen al descontrol y a la conducta violenta del sujeto, sobre todo los primeros brotes psicóticos o los desplegados en abandono del tratamiento, que muchas veces se desencadenan en el ambiente endo-nuclear, es decir, en el círculo social más próximo al sujeto sin existir un correlato que dé cuenta de razones específicas para la conducta violenta. En la mayor parte de los casos, esta conducta vendrá dada por un episodio de descompensación como resultado del abandono del tratamiento, o por una recaída al abuso de sustancias.

La comorbilidad asociada al uso de sustancias incrementa la probabilidad de despliegue de conducta violenta en estos casos de un 17% a un 32%, la cual es casi el doble a la experimentada por la estadística respecto a la población en general (un 5% sin consumo de

³⁵ Tomese en consideración por ejemplo como los medios de comunicación y entretenimiento han contribuido a elaborar un estigma en torno a la población con esquizofrenia y una supuesta vinculación estrecha entre este trastorno, la violencia y la conducta homicida. Ejemplo emblemático de ello fue la película *Joker* (2019), en que si bien se intentó problematizar la relevancia de la salud mental y el ambiente hostil como gatillantes de la conducta criminal, estos discursos también pueden contribuir a la estigmatización al respecto. Véase: Romero Martínez, Á. (2022).

sustancias y 18% con consumo de sustancias) (Appelbaum et al., 2000). Así también se encuentran elevadas tasas de prevalencia para el abuso de sustancias en los pacientes psicóticos, que oscilan entre el 25 y el 58% (Appelbaum et al., 2000). Se cree que esta comorbilidad en el consumo de sustancias se relaciona principalmente con la carencia de diagnósticos a tiempo, o la tendencia al abuso de sustancias como forma de sobrellevar la propia condición, lo cual aumenta la posibilidad de desarrollar comportamientos de riesgo (Vicente et al., 2001)³⁶

A pesar de la asociación estadística de la esquizofrenia con comportamientos violentos, diversos estudios establecen una proporción menor de prevalencia en la población penitenciaria comparativamente hablando respecto a otros trastornos. La investigación desarrollada por Fazel y Danesh del año 2002 “Serious mental disorder in 23.000 prisoners: a systematic review of 62 surveys” basada en la recopilación de 62 estudios relacionados desde 1966 hasta el año 2001 en 12 países occidentales sobre la prevalencia de trastornos mentales en la población penitenciaria (tanto internos condenados como sujetos a pena preventiva), situó la prevalencia en cerca de un 4% de los condenados diagnosticados con trastornos del espectro psicótico. Otros estudios establecen tasas similares que no superan el 10% de prevalencia de la esquizofrenia o trastornos psicóticos en la población penitenciaria (en general la proporción ronda entre el 4% y el 7% aproximadamente en la población penitenciaria) (Fazel y Danesh, 2002).

Entre los principales factores predictores de comportamientos violentos en las personas con un trastorno mental grave son: a) una historia previa de violencia o de victimización, con una personalidad premórbida anómala, b) la falta de conciencia de enfermedad y el consiguiente rechazo o abandono del tratamiento, c) los trastornos del pensamiento (ideas delirantes de amenaza/control, de celos o de identificación errónea) o de la percepción (alucinaciones que implican fuerzas externas controladoras del comportamiento), con pérdida del sentido de la realidad, d) el abuso de alcohol o drogas, e) el aislamiento familiar y social, resultado de la estigmatización o de la discriminación y f) el riesgo es mayor en varones jóvenes (Echeburúa et al., 2011; McGregor et al., 2012; Nestor et al., 1995).

A la fecha no existen causas directamente relacionadas con una explicación al trastorno esquizofrénico. Aunque la mayor parte de los estudios lo relacionan con la existencia de una predisposición genética que influye en la composición orgánica y funcional a nivel neurológico de los individuos, asociado a una disfunción en la sinapsis neuronal del neurotransmisor de

³⁶ ; Otros estudios sitúan una correlación estadística diferente aunque con igual resultado comparativo en trastornos psicóticos y comorbilidad de abuso de sustancias en: Douglas et al., (2009); Shot et al., (2013).

dopamina, de ahí que se emplee como tratamiento medicamentos neuromoduladores del circuito dopaminérgico (Romero Martínez, 2022).

Se consideran también la existencia de condicionantes como el consumo de sustancias en el desarrollo embrionario y la exposición a la violencia, el abuso o maltrato durante la temprana infancia influyen de gran manera en el desarrollo neurológico al ser una etapa sumamente sensible de neuro plasticidad, la cual se desarrolla en conjunto con la existencia de determinados gatillantes o factores precipitantes en la experiencia vital de los individuos que la padecen (Gilmore, 2010), siendo por tanto un trastorno al que se asocian de manera importante los determinantes ambientales, que influyen a su vez en el desarrollo de las conexiones sinápticas en el cerebro y la neuro-plasticidad. Cuestión que explica, en parte, que muchas personas condenadas no sean diagnosticadas previamente, pues el desarrollo del trastorno también puede explicarse con posterioridad al encierro penitenciario como factor de riesgo (Esbec y Echeberúa, 2016).

A nivel jurídico-penal, se entiende que la existencia de un diagnóstico de esquizofrenia en el imputado se asocia a una condición de inimputabilidad penal o excusabilidad fundada en la existencia de fuerza o miedo irresistible asociada al temor o incapacidad de razonar conforme a un estado de normalidad que permita al sujeto guiar su conducta en base a la exigencia normativa por un déficit en la percepción de la realidad (Fernández, 2021), lo que sujeta al individuo a medidas de cumplimiento alternativo de la pena, principalmente por considerarse que la sintomatología caracteriza la ausencia de capacidad intelectual y volitiva en el despliegue de la conducta criminal, y por tanto, de libre voluntad como presupuesto básico de la culpabilidad. Esta determinación resulta particularmente relevante cuando esta conducta se materializa durante un estado de descompensación del sujeto (Esbec, 2016).

De acuerdo con Esbec y Echeberúa (2016), y tomando en cuenta los criterios señalados al comienzo de este apartado, conviene precisar que las personas que padecen esquizofrenia o algún trastorno asociado al espectro psicótico no son en general, más propensas a cometer actos violentos y delinquir, sobre todo en aquellos casos en que el tratamiento se sigue y es efectivo. En general, la comorbilidad en el consumo de sustancias o el trastorno antisocial de la personalidad, así como el estrés crónico o episodios de estrés agudo en el sujeto que lo padece, o el inicio temprano de la psicosis no diagnosticada se entienden como factores de mayor intensidad predictiva en el desarrollo de comportamientos violentos asociados a una mayor

probabilidad de delinquir, lo cual es la regla general en la mayor parte de los trastornos asociados.

TDAH y comportamiento impulsivo.

De acuerdo con las modificaciones establecidas en la actualización del manual DSM-5, el Trastorno de Déficit de Atención e Hiperactividad se agrupa dentro de los trastornos de neurodesarrollo, principalmente por su vinculación diagnóstica en la temprana edad. Este trastorno se caracteriza por un patrón de comportamiento y de funcionamiento cognitivo, que, presentándose en diferentes escenarios de la vida del paciente, provocaría dificultades en su funcionamiento cognitivo, educacional y/o laboral. La manifestación es evolutiva, de inicio en la infancia, aunque la disfunción asociada a los síntomas podría aparecer más tarde (Quintero y Castaño de Mota, 2014).

En particular el TDAH se relaciona con síntomas asociados al déficit de atención permanente, déficits en la capacidad de aprendizaje comparativo con pares en la infancia, déficits en la capacidad de memorización, y en los casos de hiperactividad una correlación principalmente con déficits en la capacidad de autocontrol (o control de impulsos), último síntoma que tendrá mayor vinculación con el desarrollo de comportamientos agresivos, inestabilidad psicoemocional asociada a una baja tolerancia a la frustración y actos de violencia no premeditada (Aguilar Cáceres, 2014). A menudo el comportamiento impulsivo se presenta de forma comórbida con el TDAH especialmente en el caso de su expresión impulsiva hiperactiva (Fundación CADAH, 2016).

Dentro de las causas asociadas al desarrollo del TDAH y el comportamiento impulsivo asociado se encuentran tanto factores biológicos como ambientales asociados de acuerdo con los estudios desarrollados al respecto, principalmente vinculados con las etapas tempranas de desarrollo cerebral o la comorbilidad al consumo de sustancias. De acuerdo con el Dr. Castaño de la Mota entre los factores biológicos asociados a la etiopatogenia del TDAH se encuentran:

- a) Factores neuroquímicos: Asociados particularmente con la desregulación en la liberación de dos neurotransmisores, la dopamina³⁷ y la noradrenalina.³⁸ La primera relacionada con los aspectos neurocognitivos asociados al pensamiento complejo y la memoria a partir de una disfunción de las vías dopaminérgicas en relación con la corteza prefrontal, las cuales se relacionan con el sistema neurológico de la recompensa³⁹; y la segunda relacionada con déficits en la capacidad de retención, atención y memoria. Los primeros estarían abiertamente relacionados con la mayor impulsividad e hiperactividad, mientras que los segundos, con una modulación de déficit afectivo y otros síntomas cognitivos.
- b) Factores Neuroanatómicos: Asociados a la existencia de una correlación con una dimensión volumétrica inferior en la corteza prefrontal dorsolateral relacionada comúnmente a la regulación racional de las emociones (Nepesa, 15 de marzo de 2016), otros estudios relacionan un menor flujo sanguíneo en el hemisferio derecho de la corteza frontal asociado comúnmente con una mayor gravedad en síntomas conductuales en la infancia, así como también un menor metabolismo cerebral de la glucosa en la corteza frontal.
- c) Factor genético y neurobiológico: Diversos estudios correlacionan una base genética entre el TDAH y una heredabilidad que ronda el 75% relacionados con genes asociados a las vías de señalización de neurotransmisores de dopamina, noradrenalina y serotonina. Uno de los más relevantes se trata del gen asociado al receptor dopaminérgico D4 (el gen DRD4).
- d) Factores ambientales: El principal factor asociado en este sentido se encuentra en el factor nutricional asociado al déficit en la cantidad de hierro, el cual tiene una importante relación en el neurodesarrollo, lo cual ha llevado al empleo de tratamientos dirigidos a potenciar el consumo de suplementos basados en hierro para tratar el TDAH. También

³⁷ La dopamina es el neurotransmisor más relevante en el Sistema Nervioso Central de los mamíferos, y participa en la regulación de diversas funciones como la conducta motora, la emocionalidad, la afectividad y la regulación del sistema neuroendocrino. En el ámbito psicoemocional, la dopamina juega un importante rol en la motivación y la búsqueda de recompensa asociada al placer. Véase: Bahena et al., (2000).

³⁸ La noradrenalina es una sustancia química que tiene una doble faceta funcional. Por una parte opera a nivel neurológico como un importante neurotransmisor relacionado con la regulación de los estados de alerta y vigilia, la regulación del sueño, el apetito, el aprendizaje, la memoria y la motivación; y por otra, como una hormona que participa de importantes procesos endocrinos asociados al estado de alerta del organismo frente a un estímulo estresante, participando activamente de la regulación de la función cardíaca o la secreción de otras sustancias relacionadas a las funciones del sistema nervioso simpático. Véase: Tellez, 2000.

³⁹ Véase: Escobar Arriaga, et. al. (2007).

se asocian traumas encéfalo craneales al desarrollo de sintomatología asociada al TDAH y factores postnatales, particularmente el parto prematuro y déficits nutricionales durante la lactancia.

A pesar de que no exista una certeza total en las causas del TDAH, la mayor parte de los estudios son contestes en determinar que el principal factor desencadenante en este trastorno se encuentra en la base biológica del mismo desde la genética (cerca del 80% de los desórdenes conductuales asociados al TDAH tienen un correlato según la literatura científica en la influencia de los genes o el neurodesarrollo embrionario o en etapas tempranas de la infancia) (Pratt et al., 2002)

Dentro de las principales asociaciones entre el TDAH y la conducta criminal, de acuerdo al metaanálisis de 21 estudios relacionados durante una década desarrollado por Travis Pratt et al. (2002), se encuentra en primer lugar el comportamiento impulsivo, la comorbilidad con el consumo de sustancias y/o el trastorno antisocial de la personalidad. El comportamiento impulsivo asociado a una falta de autocontrol en general por la literatura criminológica desde la teoría de Gottferdon y Hirschi (Unnever et al., 2003) se entiende como un factor criminógeno de gran relevancia en el desarrollo del comportamiento delictual. En una posición diferente a la sostenida sobre la base biológica del déficit en el control de impulsos en el TDAH, se ha estimado que la falta de autocontrol en el comportamiento impulsivo sobre todo en la infancia se relaciona desde una perspectiva psicosocial con un deficitario modelo de crianza parental o falencias comunitarias en el cuidado y apoyo a los niños, niñas y adolescentes.

Esto último de acuerdo con Travis, no parece explicar de forma suficiente la correlación que existe entre la alta proporción de personas que padecen TDAH y demuestran una sintomatología asociada al comportamiento impulsivo, que desarrollan comportamiento antisocial o delictual durante la adolescencia y la adultez. De hecho, de acuerdo al estudio desarrollado en más de 2.400 NNA diagnosticados con TDAH y tratados con medicamentos “de control”, la presencia de un bajo control de impulsos se mantiene en relación a la población en general, lo cual da cuentas de la condición multifactorial en aquellos trastornos que tienen una base biogenética de esta expresión del comportamiento, promoviendo la necesidad de un tratamiento temprano e integral frente a la posible materialización del comportamiento delictivo o antisocial (Pratt et al., 2002).

Más aún, esta misma ausencia de comprensión de la base biológica del trastorno, muchas veces genera que la reacción del medio social primario (grupo familiar) y secundario (la escuela,

o los pares) terminen asociando el comportamiento vinculado a la sintomatología del TDAH con menor consideración y relevancia, promoviendo reacciones negativas entre los cuidadores (abuso psicológico, desatención, abandono) que muchas veces son un factor que se materializa en conductas que afectan el desarrollo psico-afectivo de la persona, cuestión que profundiza aún más el riesgo a la posibilidad de desarrollo a largo plazo del comportamiento antisocial al existir una retroalimentación negativa a la conducta de los NNA, y una reacción negativa de la persona con TDAH, reacción que se ve agudizada por la propia condición neurológica del sujeto si se toma en cuenta que la caracterización del trastorno se enmarca en un déficit de control de impulsos e intolerancia a la frustración (Ghanizadeh et al., 2011).

En cuanto a la evidencia estadística de la correlación entre el TDAH y la conducta criminal, se estima que por la gran prevalencia del TDAH en la población penitenciaria (el rango va desde el 10% al 70% de las personas encarceladas a nivel internacional, considerando que la proporción de gente diagnosticada ronda entre el 2% y el 7% aproximadamente de la población) (Fayyad et al., 2007) por sí solo supone un factor de alto riesgo delictual y de asociación a la reincidencia, especialmente relevante en el caso de la población penitenciaria masculina (es 4.5 veces mayor que en la población femenina estudiada) (Ghanizadeh et al., 2011).

A lo anterior, se le suma el hecho de que diversos estudios han demostrado la existencia de una agudización en la sintomatología relacionada con comportamientos asociados a un mayor riesgo delictivo en comorbilidad que se desarrollan en paralelo al TDAH en el contexto penitenciario, especialmente en el caso del trastorno antisocial de la personalidad y la psicopatía (Ghanizadeh et al., 2011) y en el abuso de sustancias, último caso en que el riesgo al consumo de tóxicos en la población con TDAH es mayor de acuerdo a la bibliografía revisada. Al mismo tiempo, los mismos estudios sostienen que la presencia de TDAH en personas encarceladas se asocia a la comorbilidad de trastornos del ánimo, la ansiedad, trastornos psicóticos, y una alta tasa de suicidios, lo cual manifiesta la gran relevancia que tiene el reconocimiento de esta condición tanto en la infancia de forma preventiva, como, y por sobre todo, durante el encarcelamiento.

En el caso de Chile, son escasos los estudios relacionados a la salud mental en el contexto penitenciario, especialmente en aquellos trastornos de menor interés jurídico-penal, al no relacionarse directamente con los presupuestos normativos de inimputabilidad o excusabilidad vigentes, como sucede con la esquizofrenia y los trastornos psicóticos. A pesar de ello, de acuerdo a un estudio enfocado en 7 cárceles de hombres y mujeres, en que se analizó la condición

mental de más de mil internos, la tasa de prevalencia del TDAH comparativamente con otros estudios internacionales situó su proporción en el 2.2% de los sujetos, cifra muy inferior a la estimada a nivel internacional. (Mundt et al., 2013)⁴⁰ Las razones de estos resultados que difieren de las cifras internacionales, se verán en el capítulo III particularmente por la relevancia del estudio en el análisis de las condiciones intrapenitenciarias.

Al igual que en el caso de la esquizofrenia y los trastornos psicóticos, la comorbilidad con otros trastornos, especialmente con el trastorno antisocial de la personalidad y el consumo de sustancias, el ambiente y la experiencia de vida del sujeto, determinaran una mayor o menor posibilidad de incidencia en comportamientos asociados a la conducta criminal, mas no por ello deja de ser relevante la consideración que debe tenerse en torno a la política penitenciaria y criminal sobre los factores neuropsicológicos asociados a lo que la evidencia caracteriza como factores de riesgo particular en este caso.

Trastornos de la Personalidad Antisocial, Psicopatía y Trastornos Límites de la Personalidad.

Entre los trastornos que mayor consonancia tienen con un mayor riesgo asociado al despliegue de la conducta criminal se encuentra el trastorno antisocial de la personalidad, particularmente asociado, por la propia caracterización sintomatológica del trastorno en su diagnóstico.

Los trastornos de la personalidad se definen como aquellos en que existe un patrón perdurable de experiencia interna y comportamiento que se desvía notablemente de las expectativas de la cultura del individuo, que se manifiesta en la cognición, la afectividad, las relaciones interpersonales y el control de impulsos, es estable en el tiempo y causan afecciones y malestar al sujeto que lo padece (Valbuena, 2021). Estos se dividen dentro del manual diagnóstico DSM-5 en tres grupos Clúster A, B y C.

El Grupo A incluye los trastornos paranoide, esquizoide y esquizotípico de la personalidad, el Grupo B incluye el trastorno antisocial, el límite, el histriónico y el narcisista de la personalidad y el Grupo C, incluye los trastornos por evitación, por dependencia y el obsesivo-

⁴⁰ Otros estudios son concordantes con la cifra internacional llegando en Chile a la existencia de antecedentes de TDAH cercana al 40.2%. Véase: León-Mayer, et al., (2014).

compulsivo de la personalidad, los cuales pueden presentarse muchas veces de forma dual en el mismo sujeto (Valbuena, 2021).

De acuerdo con una notable investigación bibliográfica desarrollada en el sistema jurisdiccional y penitenciario español por la Ps. Laura Gonzalez-Guerrero (2011) sobre la prevalencia en los Trastornos de la Personalidad (TP) en la población penitenciaria, los grupos A y B predominan sobre el grupo C, siendo los trastornos del grupo B (particularmente el antisocial TA y el límite de la personalidad, TLP) los que presentan tasas elevadas de vinculación con la conducta criminal y la reincidencia. Esto se explicaría principalmente por los rasgos de comportamiento asociados a estos trastornos.

De acuerdo con Bonilla y Fernández Guinea (2006) el trastorno antisocial de la personalidad (TPA) se caracteriza por expresar comportamientos dirigidos a hacer daño a terceras personas o bienes, y a “romper las reglas”, caracterizado por un déficit o ausencia (dependiendo de la gravedad del caso) de empatía emocional (González-Guerrero, 2011). Esto determinaría una alta versatilidad criminal, en que los delitos asociados incluirían una amplia gama de conductas que van desde la agresividad impulsiva, delitos contra la propiedad, el robo y el fraude, vandalismo, piromanía, violencia intrafamiliar y delitos sexuales (González-Guerrero, 2011). Conviene hacer la prevención, de que si bien usualmente el TPA se asocia a la psicopatía, sobre todo a partir de su integración en la anterior versión del DSM-4 como parte de los trastornos del espectro TPA, actualmente se distingue entre aquellos sujetos que tienen trastorno psicopático y TPA, pues no todas las personas con TPA son psicópatas, pero los psicópatas si comparten mucha de la sintomatología asociada al TPA (Álvarez et al., 2021).

La psicopatía según López y Núñez (2008), a partir de la escala PCL-R de diagnóstico de la psicopatía elaborada por Robert Hare se clasifica en 20 ítem en tres grupos de factores para describir la Psicopatía. Los factores corresponden con las categorías de “personalidad”, “desviación social” e “ítems” adicionales que no pertenecen a los factores anteriores. Dentro de las principales características identificadas por Hare se encuentran: el sentimiento de auto valía, la crueldad, la no aceptación de la responsabilidad sobre sus propios actos, la necesidad de estimulación, el estilo de vida parásito, la delincuencia juvenil y la versatilidad delictiva (Álvarez et al., 2021). Además, se caracterizan de acuerdo a Hare, por ser personas que a diferencia de la mayor parte de los trastornos mentales y particularmente de los trastornos de la personalidad del Cluster A sobre todo y el TPA, no demuestran ninguna anormalidad conductual en su interacción con otros, sino que al contrario, son carismáticas, encantadoras, y convincentes,

elementos que facilitan practicas manipulativas y el engaño, lo cual dificulta un diagnóstico temprano de la misma.

En tanto, el Trastorno Limite de la Personalidad (TLP) se manifiesta como una expresión comportamental “establemente inestable” en los términos de Schmideberg, (González-Guerrero, 2011) caracterizada por una inestabilidad persistente y sistemática en sus relaciones interpersonales, en su autopercepción, en la afectividad, y una reactividad extrema hipersensible a estímulos externos que derivan en la manifestación de conductas como la extrema idealización del otro, rechazo y marginación propias, una alta impulsividad relacionada particularmente con la agresividad, el temor al abandono seguido de una marcada tendencia a la automutilación y al suicidio. En este caso, el principal factor criminógeno vendrá relacionado con la impulsividad manifestada en la agresión a terceras personas y el comportamiento violento en general (González-Guerrero, 2011).

Dentro de las causas neuro-biológicas asociadas al TPA, el TLP y la psicopatía se consideran factores genéticos, neurofisiológicos, neuroquímicos y endocrinos.

- a) Factores genéticos: Uno de los principales factores genéticos relacionados con la alta impulsividad conductual manifestada en actos de violencia frente al resto se encuentra en aquellos que influyen en la dimensión orgánica y funcional de las vías serotoninérgicas (González-Guerrero, 2011), dopaminérgicas y noradrenérgicas del cerebro, y en aquellos relacionados con la captación de cortisol en el cerebro, relacionado particularmente con el estrés y su afectación al neurodesarrollo especialmente en la corteza prefrontal y el hipocampo (González-Guerrero, 2011).

Aunque la base genética entre los tres trastornos considerados varía en prevalencia de acuerdo con la evidencia, uno de los más relevantes a partir del estudio desarrollado en 1993 por Brunner (Sapolsky, 2017) dice relación con el factor del gen asociado a la degradación de la proteína MAO-A (monoamina oxidasa A), encargada de la degradación de la serotonina, dopamina y norepinefrina en el cerebro, todas ellas

relacionadas con un aumento en la conducta impulsiva agresiva en los individuos estudiados.⁴¹

- b) Factores Neuroquímicos: Especialmente en el caso del TPA y el TLP la vinculación de los factores biológicos con el estrés determinado por estímulos ambientales en los sujetos de acuerdo a la evidencia parece tener un correlato de gran relevancia en la materialización de comportamiento impulsivo y violento. Entre las bases neuroquímicas de ello se encuentra particularmente asociado el factor del cortisol, un corticoesteroide caracterizado por su rol en la regulación del estrés frente a situaciones amenazantes que requieren de una posición alerta o una reacción de defensa de los individuos frente a un peligro inminente. Precisamente, la influencia de niveles exacerbados de cortisol generado frente a situaciones estresantes es uno de los factores que mayor prevalencia tienen relativo al comportamiento agresivo. Al ser el TLP y el TPA trastornos caracterizados etiológicamente por una hipersensibilidad a los estímulos del medio, el estrés contribuye en su faceta neuroquímica a alterar no solo la neuroanatomía funcional de áreas como la amígdala relacionadas con el temor y la inhibición a la agresividad en su interacción con la corteza prefrontal, sino también con el hipotálamo y el sistema límbico, estrechamente relacionados con funciones de memoria, aprendizaje, adaptabilidad en el hipotálamo (función de memoria temporal), y autorregulación fisiológica en el sistema límbico (Sapolsky, 2017).

También se consideran otros viejos conocidos como la dopamina, la serotonina y la noradrenalina por su participación en los comportamientos asociados al riesgo, la inhibición, la reacción agresiva al estrés, y la violencia, mediados no solo por los genes, sino también por traumas producidos por el estrés, hablamos del factor del cortisol en su regulación y síntesis en el cerebro (Guendelman et al., 2014).

⁴¹ Conviene precisar, que si bien se ha encontrado una correlación entre un polimorfismo en la expresión genética del MAO-A en individuos que presentan comportamiento antisocial y altos grados de impulsividad y agresividad, la evidencia científica ha cuestionado la correlación determinista que se ha establecido al respecto, señalando que precisamente por la interacción de procesos neuroquímicos, la variable ambiental como gatillante debe tomarse en consideración, especialmente factores asociados a la exposición a la violencia y al abandono en la infancia, el maltrato, y otros factores estresantes, evidenciados a partir de estudios longitudinales sobre esta propuesta. Al respecto: Guendelman et al., (2014).

c) Factores neurofisiológicos: Entre los factores neurofisiológicos se asocian principalmente a partir de estudios que emplearon Resonancia Magnética y Resonancia Magnética Funcional a la existencia de una disminución en el volumen de estructuras como la corteza prefrontal en el caso del TLP, asociado al déficit en el control de impulsos mediado por factores estresantes (Guendelman et. al., 2014). Mismos resultados se encontraron en el caso de personas diagnosticadas con TPA, TPL y psicopatía que habían manifestado comportamientos agresivos a través de su medición en la actividad neuronal a través de la técnica de Tomografía de Emisión de Positrones (PET) en la corteza prefrontal y estructuras subcorticales como el hipocampo y la amígdala, en que la actividad neuronal en las primeras era particularmente bajas al verse estimulados por imágenes amenazantes o factores estresantes, y excesivamente alta en la amígdala, área del cerebro estrechamente ligada a la reacción frente a estímulos del ambiente amenazantes, lo cual tiene como correlato la reacción violenta desproporcionada y el déficit en el control de impulsos, la deficitaria comprensión de las consecuencias de sus actos, y la ausencia o déficit en la manifestación de empatía en el TPA y la psicopatía (Guendelman et al., 2014).⁴²

A pesar de la gran cantidad de estudios centrados en el TPA, el TLP, y particularmente en la psicopatía relacionados con las causas biológicas de estos trastornos, se ha establecido una importante correlación desde la psicociología entre estos factores y las variables sociodemográficas, pero particularmente con la experiencia vital de los individuos estudiados. Particularmente el TPA y la psicopatía, al tratarse de un trastorno que se asocia a un desarrollo progresivo de comportamientos y personalidad antisocial desde la infancia, con una manifestación de agresividad más notoria en la adolescencia y la adultez temprana, que disminuye en intensidad hacia la vejez, gran parte de los factores psicosociales explicativos de riesgo se vincularan con la violencia en la infancia, el maltrato, el abuso psicológico y/o sexual, el ambiente familiar desestructurado y caótico, la pobreza y marginalidad, y la exposición a formas de violencia normalizada especialmente en esta etapa en contra de animales y sus pares, la cual es una característica bastante específica en los casos estudiados (Álvarez et al., 2021; Cajal et al, 2018).

En cuanto a la prevalencia poblacional del TPA este no supera al 6% de la población en general (Demetrio Crespo, 2013), cifra muy menor a la presente en el contexto penitenciario

⁴².Sobre psicopatía y TPA véase: Laakso et al., (2001).

según diversos estudios a nivel internacional que sitúan la cifra de prevalencia sobre el 50% en la mayoría de los casos (Fazel et al., 2016). En tanto la psicopatía diagnosticada a partir del criterio de diagnóstico PCL-R de Hare, se presentaría en aproximadamente el 1% de la población en general, siendo dos tercios de esa cifra representada por hombres y un tercio por mujeres, dando cuenta de la prevalencia de género asociada. De acuerdo con el mismo estudio de Fazel y Danesh (2002), la prevalencia de la población encarcelada con psicopatía ronda entre el 15 y el 30% de la población encarcelada (Demetrio Crespo y Maroto Catalayud, 2013; Undurraga Tschischow, 2022). En el caso del TLP, la prevalencia poblacional alcanza entre el 1% y 2% de la población en general, frente a un 12% y un 30% de la población penitenciaria (Fazel et al., 2016).

En el caso chileno, existe una dificultad metodológica para arribar a las tasas de prevalencia criminal asociados al TAP y el TLP, pues en general las estadísticas se centran en la identificación de la prevalencia psicopática en este contexto empleando especialmente el criterio diagnóstico PCL-R. A pesar de ello, la escasa estadística demuestra una importante comorbilidad entre el TAP y el TLP a partir del criterio del manual DSM-4 en los estudios desarrollados, asociado también al trastorno ansioso y el consumo de estupefacientes en cárceles chilenas (Undurraga Tschischow, 2022).

De acuerdo con el estudio publicado por José Cabrera y René Gallardo en el CCP de Puerto Montt que reúne una muestra de 82 internos condenados por delitos de robo/hurto, y homicidas reincidentes y no reincidentes, se obtuvo una tasa de prevalencia a la psicopatía moderada a alta en un 52% de la muestra en base al criterio empleado. Al mismo tiempo, el 59% de los homicidas presentaban altos niveles de psicopatía, mientras que entre los homicidas no reincidentes se caracterizaron por tener baja puntuación en el diagnóstico de psicopatía. (Cabrera y Gallardo, 2013).

Otro estudio similar fue desarrollado por León-Mayer et al. (2014) en que se evaluó a 209 prisioneros en el CCP de la V región que cumplieran los criterios necesarios para la evaluación de acuerdo la Escala de Calificación de la Psicopatía Revisada (PCL-R) (R. Hare, 1990) y la Guía de Evaluación de Riesgo de Reincidencia Violenta HCR-20. Las cifras establecidas de acuerdo al resultado de la investigación dieron cuenta de que el 67% de la muestra presentó un Trastorno antisocial de la personalidad según el DSM 4 y 13,4% el diagnóstico de Psicopatía según la PCL-R. Los investigadores concluyeron que, sólo el 19,3% de los sujetos que presentaron diagnóstico de Trastorno antisocial de la personalidad, tuvieron también el diagnóstico de Psicopatía. A su vez, el 98,6% de los sujetos con el diagnóstico de Psicopatía

obtuvieron el diagnóstico de Trastorno antisocial de la personalidad. El mismo estudio situó la importante correlación entre la psicopatía y la reincidencia. Del total (209 internos), ciento treinta y siete internos habrían recibido algún beneficio de salida al medio libre (65.6%), de los cuales el 51.7% lo habría quebrantado, y el 42% de ellos de forma grave suspendiéndose el beneficio. De esta última muestra, el 100% de las personas diagnosticadas con perfil psicopático habrían quebrantado de manera grave el beneficio otorgado.

Si bien las cifras son concluyentes en torno a la premisa inicial establecida sobre la gran relevancia criminológica que el TPA, el TLP y la psicopatía tienen en la bibliografía relacionada, conviene establecer nuevamente que no todas las personas con TPA, TLP, y psicopatía tendrán alguna relación con el sistema penal. De hecho, en el último caso por las características propias del trastorno, existirá una gran facilidad adaptativa de los sujetos con rasgo psicopático, en que se presentaran como sujetos funcionales, exitosos socialmente, que participaran al mismo tiempo con gran prevalencia también de espacios de poder político, económico o religioso, cuestión que se relacionaría con la existencia de una diferenciación social y de clase relacionada a la permisibilidad en la manifestación de comportamientos psicopáticos no relacionados con el comportamiento violento o agresivo, usualmente vinculado también con una baja tasa de encarcelamiento por lo mismo, a los cuales Hare denominará “delincuentes de cuello blanco”, los cuales se caracterizaran por su gran adaptabilidad al medio social (Álvarez et al., 2021) ⁴³

Trastorno Depresivo Mayor

La depresión y los trastornos ansiosos, son los principales trastornos evidenciados en el contexto intrapenitenciario por la literatura internacional, presentes en comorbilidad con trastornos como el consumo de sustancias ilícitas y alcohol, se manifiestan como una de las grandes preocupaciones en torno al impacto del encarcelamiento en la Salud Mental, principalmente por entenderse que la consecuencia asociada a este trastorno es el suicidio. Una de las causas asociadas a este fenómeno es que el encarcelamiento es un evento estresante y especialmente traumático, al suponer la ruptura del ciclo de vida, las relaciones, las dinámicas cotidianas, la privacidad, y por cierto la autonomía personal por las condiciones propias del encierro, el hacinamiento, y la exposición a situaciones de violencia y vulneración de derechos como elementos adicionales. (Gallo López et al., 2021).

⁴³ Véase en mayor profundidad en: Pozueco et al., (2011).

La depresión se cataloga dentro del DSM-4 como parte de los denominados Trastornos del Animo, categoría que comparte con la Bipolaridad Tipo I. Al respecto, el diagnóstico clínico de la misma se sustenta en los siguientes criterios diagnósticos:

Presencia de cinco (o más) de los siguientes síntomas durante un período de 2 semanas, que representan un cambio respecto a la actividad previa; uno de los síntomas debe ser estado de ánimo depresivo o pérdida de interés o de la capacidad para el placer. 1. Estado de ánimo depresivo la mayor parte del día, casi a diario según lo indica el propio sujeto o la observación realizada por otros. 2. Disminución acusada del interés o de la capacidad para el placer en todas o casi todas las actividades, la mayor parte del día, casi a diario. 3. Pérdida importante de peso sin hacer dieta o aumento de peso (cambio de más del 5 % del peso corporal en un mes), o pérdida o aumento del apetito casi cada día. 4. Insomnio o hipersomnia casi a diario. 5. Agitación o lentitud psicomotora casi a diario (observable por los demás, no solo sensación de inquietud o de lentitud psicomotriz). 6. Fatiga o pérdida de energía casi a diario. 7. Sentimientos de inutilidad o de culpa excesivos o inapropiados (que pueden ser delirantes) casi a diario. 8. Disminución de la capacidad para pensar o concentrarse, o indecisión, casi a diario. 9. Pensamientos recurrentes de muerte, ideación suicida recurrente sin un plan específico, o una tentativa de suicidio o un plan específico para suicidarse (Sepúlveda, 2009, p. 3).

Dentro de las causas fisiológicas de la depresión se consideran trabajos que han estudiado principalmente alteraciones relacionadas al neurotransmisor de serotonina, relacionados con cambios en la estructura del sistema nervioso central y la secreción y efectiva transmisión del mismo, así como también a la respuesta inflamatoria por condiciones autoinmunes y la difusión serotoninérgica mediada por plaquetas como respuesta inmunológica (Reyes, 2016).

Para la genética, Shadrina, Bondarenko y Slominsky (2018), señalan independiente del método de análisis empleado, que los resultados muestran que tan solo una pequeña cantidad de genes se asocian con el desarrollo de depresión, particularmente vinculados con el gen asociado al neuromediador MAO (monoamina). En el mismo sentido, los factores estresantes del medio influirán en gran medida como gatillantes en la expresión biológica asociada a determinados genes.

Respecto de los factores sociales relacionados, estudios han señalado como factor de relevancia en el encarcelamiento, en cuanto a los antecedentes de los sujetos figura la existencia de antecedentes de abuso en la infancia (Gloger, et al. 2021), el abuso en el consumo de

sustancias, la comorbilidad con otros trastornos mentales, el hacinamiento (Carranza, 2012; Carranza et al., 1990), la separación del contacto familiar, y la exposición a eventos traumáticos de violencia. (Gallo López et al., 2021).

Una de las consecuencias más problemáticas de la depresión mayor, dice relación con la sintomatología asociada a la ideación suicida y su consecuente desenlace. Según cifras un 25% de la tasa total de suicidios en Chile ocurren en las prisiones, y es después de las agresiones de otros internos, la segunda causa de muerte en este contexto, (Escobar et al., 2008), presentándose próximos al inicio de la ejecución de la pena en los subsistemas cerrados, concordante con la bibliografía internacional, como consecuencia de diversos factores asociados al trauma, la ansiedad, y la difícil adecuación al medio como posibles causas (Ceballos-Espinoza , et al. 2016).

Si bien la depresión como tal, no forma parte de los factores mayormente asociados al despliegue de la conducta criminal, se sitúa como factor de relevancia dentro del contexto penitenciario, considerando tanto su alta prevalencia, como el hecho de ser el más significativo conforme a la bibliografía consultada, a consecuencia del encarcelamiento.

Consecuencias y Controversias Relativas a la Salud Mental y la Criminalidad

Considerando el análisis previo y la gran cantidad de bibliografía internacional relacionada que fue descrita de forma bastante acotada dada su gran extensión, es posible establecer una importante correlación entre la salud mental y la criminalidad, especialmente a partir del análisis de los trastornos mentales antes vistos, que extrañamente no se condice con la consideración que se ha construido desde la perspectiva jurídico-penal en torno a ello a pesar de la gran evidencia que la interdisciplina en el campo del estudio del comportamiento y la salud mental otorgan. En este sentido es importante establecer, como se propuso al comienzo de este apartado, que es necesario considerar este problema no solo desde la óptica criminológica, sino especialmente sanitaria, pues la manifestación de trastornos mentales como resultado de una deficiente política de salud mental, constituye hoy por hoy una verdadera problemática epidemiológica a nivel nacional y global.

Al mismo tiempo, la determinación a partir de factores bio-psicológicos y ambientales de gran relevancia en el mayor o menor riesgo asociado a la conducta criminal, pone de relevancia la gran importancia que tiene no solo su consideración como factor criminógeno de

base dentro de una política criminal enfocada en la resocialización como mecanismo de prevención, sino también dentro de las políticas públicas en general, con miras a garantizar un estándar de bienestar óptimo en la población, más allá del criterio de funcionalidad social o adaptabilidad del sujeto a su contexto, sobre todo considerando que los trastornos mentales de mayor gravedad son un factor de riesgo asociado a que los sujetos se vinculen en mayor o menor medida con el sistema penal y el sistema penitenciario, haciéndolos susceptibles de sufrir por tanto, las consecuencias de la vulneración legítima de sus derechos.

En este sentido, es que se ha extendido el concepto de discapacidad a la existencia de trastornos mentales graves en la población, desde el concepto de discapacidad psicosocial, entendiéndolo desde un criterio problematizado desde las propias condicionantes ambientales de la misma a partir del modelo sociológico (Brognia, 2006), puesto que la discapacidad desde un criterio sociológico se caracteriza por ser la representación de una disfuncionalidad, desadaptabilidad, y afectaciones al bienestar de la persona que la padece, todas características comunes a los criterios diagnósticos establecidos previamente.

Más aún cuando lo anterior aparece como consecuencia principalmente de un medio social adverso que desconsidera dolosa o negligentemente su condición (OMS, 2022), esto puede constituir una evidente vulneración a los DD.HH. del sujeto si se analiza el deficitario compromiso social, comunitario y sobre todo institucional respecto a la salud mental y a los sujetos con algún trastorno mental de riesgo criminógeno o no, y que salta a la vista si se considera sobre todo las consecuencias negativas que puede tener para el sujeto el enfrentarse a un ambiente hostil, inaccesible, estigmatizador y por cierto en que la exposición a la violencia se aparece como un elemento de proyección a la reiteración de conductas en igual sentido, en lo que se verá, lo cual supone un riesgo mayor para el sujeto que se encuentra en esta condición, tanto para sí mismo como para el resto de la población.

Este es uno de los fundamentos principales, a su vez, para la determinación de la especial condición de vulnerabilidad de los sujetos privados de libertad y la población interna del régimen psiquiátrico-forense (y psiquiátrico en general) a sufrir vulneraciones a sus DD.HH. conforme a lo señalado en el capítulo I de esta propuesta.

En este sentido, es que la relevancia de la propuesta al empleo del diagnóstico temprano y el empleo del mismo desde la labor forense constituyen elementos de gran relevancia preventiva particularmente en el caso de las personas encarceladas, con miras a establecer mecanismos de resocialización que se adapten de mejor manera a reducir el impacto del

encarcelamiento (o derechamente desconsiderar el encarcelamiento como medida preferente en los términos propuestos por Baratta (2004) antes vistos, incorporando el análisis sobre la salud mental como fundamento) en la promoción de factores de riesgo asociados a los comportamientos de mayor relevancia criminológica, y con ello, a la reincidencia.

CAPITULO III. REGIMEN PENITENCIARIO Y REGIMEN PENITENCIARIO

PSIQUIATRICO FORENSE

“Si no hacen más que lamentarse de que no soportan este lugar, ¿pero no tienen el coraje de marcharse? ¿Creen que están locos? No, no lo están más que cualquier imbécil que camina por la calle” - Fragmento del guion de Atrapado Sin Salida (1975).

Evaluación Psicológica-Psiquiátrica Forense vs Evaluación Clínica.

La conceptualización de la psicología y la psiquiatría forenses a pesar de comprender dos subdisciplinas que dependen de distintas áreas (la psicología jurídica y la medicina legal) no difieren en mayor medida, si se considera desde una definición orientada a su objetivo y rol en relación con el sistema judicial. De acuerdo con Echeburúa, Muñoz y Loinaz (2011) la evaluación psicológica forense comparte con la evaluación clínica forense el mismo objetivo: la exploración del estado mental de los sujetos. Este sería el principal objetivo de la psicología y la psiquiatría forenses en su rol auxiliar de la función jurisdiccional, encontrándose ambas supeditadas al ámbito pericial y regida por las exigencias y limitaciones del procedimiento legalmente establecido para ello, el cual marcará su principal diferencia cualitativa con el sistema de evaluación clínica.

En el caso chileno, particularmente en el ámbito penal, la introducción del peritaje psicológico y psiquiátrico tomaron gran relevancia sobre todo a partir de la reforma procesal penal en que la libre introducción de peritos y su relevancia en el proceso penal tuvo mayor consideración. En el ámbito procesal penal, la principal función del peritaje psicológico y psiquiátrico se relacionará con el empleo de la técnica de estas disciplinas en el proceso de razonamiento del juez para arribar a la resolución del conflicto a partir de la evidencia propuesta en la etapa probatoria del juicio o bien, en la evaluación de cautela de garantías y el establecimiento de medidas de seguridad ante el juez de garantía (Paredes, 2018; Vera et al., 2021).

Particularmente en el caso de la evaluación psicológica y psiquiátrica forense, este peritaje se encontrará enfocado en el ámbito relacionado con la determinación de la responsabilidad penal específicamente a determinar dos elementos relacionados con la determinación de la pena atribuida al sujeto imputado: a) la existencia de causales de

inimputabilidad; b) la peligrosidad o la posibilidad de reincidencia. A esto se le suman los dictámenes que buscan acreditar los hechos descritos por las partes en juicio siendo en este caso: a) la validez del testimonio otorgado por las víctimas o los testigos frente al hecho; b) la afectación de la víctima frente al hecho delictivo como prueba en juicio.

En el primer caso, el peritaje se centrará en analizar a partir de diversos criterios de evaluación la condición mental del sujeto, con la finalidad de comprobar si se cumplen los criterios legalmente establecidos para declarar la inimputabilidad o no (Henríquez, 2018).

En el segundo caso, la evaluación se centrará en la determinación de antecedentes anteriores al hecho que se juzga o del mismo delito que justifiquen la aplicación de determinadas medidas asociadas a la peligrosidad del imputado o su posibilidad de reincidencia, a partir de criterios de evaluación distintos del empleado para la determinación de inimputabilidad.

Conviene establecer que, de acuerdo con lo señalado por Echeburúa, el modelo forense de evaluación difiere del modelo clínico. Mientras el primero se centrará en un sentido funcional o asistencial a la labor judicial, el segundo tendrá como principal objetivo el tratamiento de la persona a partir de una evaluación integral diferente. La evaluación en el primer caso se centrará particularmente en arribar a lo solicitado por el tribunal y a los presupuestos jurídicamente relevantes del caso, mientras que en el segundo, a los objetivos determinados como parte de un programa resocializador durante la ejecución de la pena enfocado en el mejor tratamiento específico a su condición (Echeburúa et al., 2011).

Esto se condice precisamente con lo analizado previamente respecto a la supremacía de la libre voluntad en la atribución de responsabilidad, pues el rol del terapeuta forense en esta instancia no se centrará en demostrar la existencia de un trastorno sujeto a tratamiento específico a partir de los criterios de diagnóstico empleados en la psiquiatría y la psicología clínica, pues resultan irrelevantes para el tribunal en la medida en que no contribuyen a establecer los presupuestos suficientes y necesarios para considerar que el sujeto actuó en ausencia de condiciones normales de libre voluntad racional. De hecho, es precisamente por ello que criterios diagnósticos establecidos en el manual DSM-5 no son recomendables en el uso forense por la APA (Echeburúa, et al., 2011).

De acuerdo con Echeburúa, Muñoz y Loinaz (2011), dentro de los criterios de evaluación forense en el ámbito penal la mayor parte de ellos se emplean tanto guías de análisis de información diagnóstica como entrevistas periciales.

En cuanto al estándar de peligrosidad siguiendo al mismo autor, el diagnóstico se efectuara a través de mecanismos diagnósticos variables, usualmente se emplean el sistema PCL-R de Hare centrado en la escala de psicopatía, el HCR-20 centrado en la peligrosidad o riesgo de violencia, el VRAG centrado en el índice de peligrosidad en personas con historial de violencia o con trastornos mentales, todos empleados de igual forma en el ámbito forense y clínico, el índice SARA relacionado con la violencia contra la pareja o la expareja empleado en el ámbito forense y clínico para determinar el riesgo de reincidencia propia, el EPV-R como índice relacionado con la predictibilidad de la conducta homicida o violenta contra la pareja en el ámbito forense, el SVR-20 en el ámbito de la predictibilidad de ocurrencia de delitos sexuales en la población adulta y con trastornos mentales en el ámbito forense y clínico, y el SAVRY relacionado a la violencia juvenil, empleado en el ámbito forense.

Respecto a la determinación de la inimputabilidad, al verse enfrentado el perito al problema de la simulación de trastornos que permitan al imputado adecuarse a los estándares normativos de inimputabilidad y sintomatología usualmente empleadas como simulación de diagnósticos de trastornos mentales graves (como la esquizofrenia), usualmente serán empleados tesis acompañados de entrevistas que permitan determinar la veracidad del testimonio y la sintomatología asociada. En este sentido, se emplean usualmente el MMPI-2 con las escalas F, L, K, el índice de Gough: F-K o las escalas adicionales de validez: Fb, F1, F2, VRIN y TRIN; o el MCMI-III, con las escalas V, X, Y y Z). Otros cuestionarios de interés clínico, como el SCL-90-R, que no cuentan con escalas de control de respuestas tan sofisticadas, tienen menor interés en el ámbito forense por los fines propios de dicho diagnóstico en el ámbito judicial (Echeburúa et al., 2011).

De los resultados de la evaluación forense pueden darse en consecuencia dos efectos respecto a la inimputabilidad: el empleo de medidas de tratamiento en el medio libre o la internación en centros penitenciarios psiquiátricos cuando la peligrosidad del sujeto no permita efectuar un tratamiento efectivo para la persona que haya sido diagnosticada en juicio como inimputable, o la internación en el régimen penitenciario común, cuando el trastorno mental no se relacione causalmente con el hecho que se imputa por no cumplir con los criterios normativos para ello o bien ser insuficientes (Henríquez, 2018).

De ello salta a la vista un importante problema relativo al hecho, de que los criterios diagnósticos forenses responden a las exigencias normativas y jurisprudenciales en torno a la declaración de inimputabilidad, cuestión que por consecuencia lógica significa que muchas

personas que hayan cometido un delito que cuenten con condiciones de base relacionadas a la existencia de un trastorno mental específico que significara un mayor riesgo al despliegue de la conducta criminal, que puedan ir acompañadas de una comorbilidad, o que puedan ser gatilladas a posteriori pero que no se adecuen al estándar de inimputabilidad exigido en la norma, terminen siendo encarceladas en espacios de cumplimiento común, con dificultades evidentes a acceder a programas asociados a su condición.

Imputabilidad e Inimputabilidad Jurídico-Penal.

De la evaluación psicológica y psiquiátrica forense, se desprenderá una primera consecuencia relacionada con el objetivo específico del peritaje forense en este caso: la declaración de inimputabilidad del sujeto.

Concepto de Imputabilidad e Inimputabilidad

A nivel general, el concepto de imputabilidad penal se encuentra asentado de forma unitaria en la doctrina nacional, sin existir profundas diferencias respecto a su determinación. De acuerdo con Fernández (2021), recogiendo la conceptualización desarrollada por diversos autores, se define resumidamente como el análisis respecto a “la capacidad (del imputado) de conocer lo injusto y de determinarse conforme a dicho conocimiento” (p. 294). De esta manera, la imputabilidad aparece como un factor habilitante en el nexo entre el delito y la posibilidad de atribuir la responsabilidad por el acto cometido a su autor, por tener la capacidad de conocer el injusto y de autodeterminarse.

A su vez, y de acuerdo con la teoría normativa de la culpabilidad, el concepto de imputabilidad se ha asociado a la idea, de que el presupuesto para determinar la imputabilidad del sujeto es precisamente el análisis que se realiza respecto a los elementos volitivos del sujeto en torno al delito, esto es, al despliegue de su conducta voluntaria. En este sentido, autores como Cury (2008) plantean que “la imputabilidad es la capacidad personal de ser objeto de reproche por la conducta ejecutada y, consiguientemente, capacidad de culpabilidad” (p. 409), la cual como se ha mencionado, tiene estrecha vinculación con la noción de libre voluntad y autonomía en el despliegue de la conducta desde la idea de analizar si el sujeto, era o no capaz de decidir

conforme a parámetros racionales el despliegue de determinada conducta, y reconocer las consecuencias de dicha acción.

Si bien, las controversias respecto a esta definición no son tan profundas como las relativas al elemento de culpabilidad en la atribución de responsabilidad, se discute, como se verá, si el supuesto de inimputabilidad recoge exclusivamente la ausencia de capacidad volitiva del agente, sobre todo considerando la expresión literal de nuestra legislación penal al referirse a los casos de inimputabilidad (Fernández, 2021).

Larga ha sido la discusión relativa a esta temática previamente tratada, en especial al respecto de la culpabilidad como tal, por lo cual no cabe profundizar en lo particular sobre los alcances y diferencias dogmáticas al respecto, en especial en lo relativo al presupuesto subyacente de libre albedrío en la conducta criminal, que interactúan directamente con los fundamentos de las medidas de reproche empleadas a la conducta criminal en particular, como se verá en lo que sigue con mayor profundidad.⁴⁴

Pero si es relevante considerar en este apartado dos cuestiones: primero, que el presupuesto de la atribución de responsabilidad penal básico es la idea de que el sujeto por regla general, es imputable, lo que significa que será imputable el delito a quien reúne las condiciones mínimas para comprender el injusto y que pudiendo dirigir su conducta conforme a dicho conocimiento decide no hacerlo, y la excepción en tanto, vendrá dada por condiciones que permitan atribuir la inimputabilidad al sujeto precisamente por carecer de esta facultad, como un hecho que deberá ser ponderado por el tribunal en la revisión del peritaje forense (Cury, 2008; Gutiérrez Muñoz, 2020).

Y en segundo lugar, que la legislación penal establece taxativamente los presupuestos de inimputabilidad en el delito, por lo cual, no bastará el mero diagnóstico forense que determine la ausencia de estas facultades genéricas, sino que se encontrará condicionado a los elementos que se tengan en consideración respecto al estado del autor del delito, como por ejemplo, el estado psíquico del sujeto en su vida llevado al caso concreto puesto a conocimiento del juzgador, o la posibilidad de que dichas facultades no se vean alteradas lo suficiente como para condicionar la declaración de inimputabilidad (Fernández, 2021).

⁴⁴ Al respecto, el capítulo II realizó una aproximación a las principales corrientes en tensionamiento respecto a los presupuestos de la imputabilidad y su relación con el principio de culpabilidad.

Este segundo aspecto, constituye una noción que como se verá en lo que sigue, viene heredada por una parte, de la relevancia en la excesiva regulación que tuvo el presupuesto de inimputabilidad respecto a la enajenación mental a fines del siglo XIX, por la condición de que dicha inimputabilidad debe ser necesariamente declarada. Esto de acuerdo con autores como Carmona (1995) contrasta con la ausencia de una descripción taxativa de la caracterización del estándar imputable en el ordenamiento jurídico nacional, fundada en las razones anteriormente mencionadas, y en que por cierto, se prefiere definir la imputabilidad como la ausencia de condiciones que permitan declarar la inimputabilidad.

Este último aspecto, se relaciona con uno de los mitos señalados por Quirós respecto a la inimputabilidad, en tanto no es posible construir una lista taxativa de trastornos mentales o condiciones bio-psicológicas que sean exclusivamente considerados para la declaración de inimputabilidad. (Quirós. F. 2017). Muchas veces, los criterios para determinar la inimputabilidad de un sujeto pueden estar mediados por múltiples factores relacionados con grados de alteración intelectual o volitiva, que serán expuestos ante el tribunal, y que podrán ser suficientes para justificar la declaración.

Para Bullemore y MacKinnon (2007), si se comprende a la imputabilidad como las condiciones de normalidad en la capacidad intelectual (dígase en la capacidad de razonamiento y comprensión de los actos propios y la norma) y volitiva (dígase en la capacidad de determinar su conducta autónomamente en base al conocimiento que se tiene), la inimputabilidad se caracterizará por la anormalidad en la capacidad intelectual y volitiva del sujeto en cuestión. Desde esta perspectiva, el análisis de la “enajenación mental” como fenómeno resulta ser el eje central de esta idea, al ser una cualidad excepcional en los sujetos, siendo históricamente el principal presupuesto de inimputabilidad recogido en el ordenamiento jurídico penal (Núñez y López, 2009).

A modo de resumen, Fernández (2021) señalará que la inimputabilidad será la incapacidad o la inhabilidad de adecuarse al estándar normativo y social causado en lo particular, por una condición mental en particular. Este parece ser la definición más acotada y completa del concepto de inimputabilidad con el que se pretende plantear dicha caracterización y sus efectos en esta propuesta, pues incluye a su vez, lo dispuesto en instrumentos internacionales en lo relativo al concepto de discapacidad psicosocial. En este sentido, el juez deberá apreciar el diagnóstico forense en observancia de alguna de las caracterizaciones determinadas que fundan la inimputabilidad.

La Inimputabilidad en el Ordenamiento Jurídico-Penal Chileno

Como se ha señalado, el ordenamiento jurídico chileno no regula los presupuestos de imputabilidad, pero si la doctrina estima que la regulación de las causales de inimputabilidad se recoge en lo dispuesto en el artículo 10 del Título Primero de su Libro I, titulado “de los delitos y de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, la atenúan o la agravan” de nuestro Código Penal, en particular relativo a 4 supuestos regulados en dicha norma (Fernández, 2021).

Dicho artículo, establece en sus numerales 1 y 2 las causales de exclusión de la responsabilidad penal, caracterizado por ser de aquellas circunstancias que se representan a partir de lo que podría denominarse como “las cualidades intrínsecas del sujeto” como causales de exclusión de responsabilidad. El numeral 1 establece que estará exento de responsabilidad penal, el loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido, y el que, por cualquier causa independiente de su voluntad, se haya privado totalmente de razón, mientras que por su parte, el numeral 2 del mismo artículo, establecerá la exclusión de los menores de 18 años, regulándose por una ley especial: la ley penal adolescente.

En lo que interesa relativo a la salud mental del imputado a efectos de esta propuesta, el numeral primero se entiende que regula dos casos de inimputabilidad relacionado con la condición de salud mental del imputado:

- 1. Privación total de la razón por causa independiente de la voluntad.**
- 2. La locura o demencia.**

La doctrina es conteste en considerar en que en ambos casos, a pesar de considerarse la distinción entre la privación total de la razón por causa independiente de la voluntad, y la expresión locura o demencia, es necesario tomar en cuenta el contexto histórico en que esta denominación surge dentro del Código Penal Chileno. En este sentido, la privación de la razón se entiende como un evento anormal, es decir, una **condición transitoria** en el sujeto que puede tener una base endógena (biopsíquica) o exógena (por consumo de elementos que propicien dicha condición o fuertes emociones que influyan en dicho comportamiento anormal); en tanto, la locura o demencia, será entendida como un **estado total**, no transitorio, en que es evidenciable el estado de “enajenación mental” del imputado como cualidad intrínseca (Gutiérrez Muñoz, 2020).

De acuerdo con Itzar Casanueva Sanz (2014), en su análisis del concepto de inimputabilidad desde las ciencias de la salud, el análisis jurídico de la condición mental que fundamenta la idea de “enajenación mental” como manifestación psicopatológica, se centrara en el grado de capacidad o normalidad en las funciones psíquicas de carácter intelectual o volitivo, que se encuentran categorizadas en el reconocimiento de ciertas funciones clave: la inteligencia, la memoria, la afectividad, la atención, la voluntad, el pensamiento y la percepción. La alteración de estos factores concatenados, que participan del proceso volitivo y por tanto, en la decisión condicionada psicopatológicamente, serán fundamentales para arribar a la idea de enajenación mental que fundamenta la exención de responsabilidad por inimputabilidad (Casanueva Sanz, 2014).

A nivel dogmático, se ha presentado una caracterización que incluye diversos rasgos de la personalidad, afecciones psíquicas y trastornos mentales que se adecuan a nivel jurisprudencial a una mayor o mayor consideración con el presupuesto de “enajenación mental” empleado en la norma para la declaración de inimputabilidad (Henríquez, 2018). Más allá de las consideraciones doctrinarias, respecto a la distinción entre privación de razón y locura o demencia, esta distinción, tendrá particulares efectos prácticos en la consecuencia jurídica que emane de la decisión del tribunal a partir del carácter que el diagnostico forense atribuya a la condición del imputado. Para autores como Matus (Politoff et al., 2003), Ramírez (Politoff et al., 2003), Politoff y Cury (2008), la privación total de la razón no habilita la posibilidad inmediata de requerir al tribunal el empleo de medidas de seguridad por tratarse de una condición transitoria no patógena (Fernández, 2021).

Fernández (2021) en cambio, sostiene que dicha diferenciación carece de sentido, pues la norma del Código Penal no establece dicha distinción, y afirma:

Si bien el CPP utiliza estos términos (enajenado mental) en los arts. 455 y siguientes, no es correcto que las medidas de seguridad solo se aplican al enajenado mental entendiéndolo como aquel que es “loco o demente” y que tiene un desorden mental permanente. Las medidas de internación, de tratamiento y custodia dependerán de la gravedad del delito, de la peligrosidad y de la seriedad del desorden mental independientemente que este último sea, llegado el caso, transitorio. (p. 299)

De esta forma, la declaración de inimputabilidad bajo el presupuesto genérico de “enajenación mental”, el cual dista del concepto preferible en esta propuesta en torno a la noción compleja y dinámica de discapacidad psicosocial recogida y del criterio del diagnóstico clínico psiquiátrico antes visto, tendrá como efecto en primer lugar la exclusión de responsabilidad penal del imputado en juicio, y en segundo lugar, la aplicación de la disposición normativa del artículo 455 del Código Procesal Penal, relativo al empleo de medidas de seguridad.

Efectos de la Declaración de Inimputabilidad por Enajenación Mental

Además de la exención de responsabilidad penal por inimputabilidad, como se ha señalado previamente, encontramos una segunda consecuencia aparejada en el artículo 455 del Código Procesal Penal (en adelante CPP), el que establece respecto a las medidas de seguridad, que estas solo resultarán aplicables en el caso que el imputado sea reconocido presumiblemente como “enajenado mental” en el curso del procedimiento seguido en su contra, e impone como requisito que además de cometido el hecho ilícito, su condición permita presumir que atentará contra su vida o los de terceras personas, habilitándose en este caso, la solicitud del Ministerio Público, de oficio por parte del tribunal o a solicitud de parte, seguir el procedimiento de evaluación pericial forense de la condición del sujeto, del cual necesariamente deberá formularse un informe que dé cuenta de ello.

El artículo 457 del CPP establece las clases de medidas de seguridad reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico, siendo estas la internación psiquiátrica en recinto especializado al efecto, y la custodia y tratamiento en el domicilio particular del imputado, como se verá en lo que sigue. En ningún caso (aunque en la práctica no sea así), se podrá recluir a sujetos inimputables en centros de reclusión penitenciaria.

A su vez, la presunción de inimputabilidad habilitará al Ministerio Público o al juez, de oficio o a petición de parte, a solicitar el sobreseimiento temporal del imputado, y la solicitud de elaboración de un informe forense que permita acreditar dicha condición. A su vez, se considerará la designación de curador ad litem para la tramitación del supuesto enajenado mental durante el procedimiento. Si dicha condición además se genera dentro del procedimiento, de acuerdo al artículo 465, se procederá a declarar el sobreseimiento temporal del procedimiento hasta la recuperación del imputado, o bien, el sobreseimiento definitivo en el caso de que del diagnóstico forense aparezca la condición incurable del mismo.

De acuerdo con Vivaldi, el peritaje forense deberá emitir una opinión de carácter técnico, que determine las posibles causalidades entre la condición de discapacidad psicosocial del imputado y el delito que se le imputa. Si esta condición, constituye un trastorno constitutivo de enajenación mental, deberá establecer además del pronóstico clínico, la existencia de un riesgo para sí mismo o terceras personas conforme al artículo 457 y 458 del Código Procesal Penal, con la finalidad de establecer los mecanismos de tratamiento que mejor se adecuen a su condición. Si estos, al mismo tiempo, son constitutivos de un eximente incompleto de responsabilidad penal en relación al artículo 11 números 1 y 5 del mismo cuerpo legal, deberá ser expuesto ante el juez. (Vivaldi, E. 2019).

Ahora bien, ¿Qué elementos del diagnóstico forense son considerados para determinar dicha caracterización?

Peritaje Médico-Forense y Declaración de Inimputabilidad.

La doctrina es conteste en considerar que existen a lo menos tres teorías desde las cuales se sostiene el análisis jurisprudencial de la declaración de inimputabilidad en relación con el análisis de las condiciones psíquicas del individuo: una psicológica, una psiquiátrica, y una mixta.

- Desde la vertiente psicológica, la determinación de la inimputabilidad mediante el diagnóstico se centrará en considerar no las causas ni estados mentales del sujeto, sino principalmente en la indicación de los efectos psicológicos jurídicamente relevantes para determinar la inimputabilidad de su autor (Gutiérrez Muñoz, 2020). Este método de explicación de las facultades intelectuales y volitivas, en general, no tienen mayor recepción a nivel jurisprudencial ni dogmático, principalmente por la incertidumbre y amplitud diagnóstica que supone el análisis psicológico frente a la objetividad médica de la psiquiatría (Gutiérrez Muñoz, 2020). A nivel general, como se verá el método de análisis psicológico-conductual tendrá mayor aplicabilidad en la etapa de ejecución de la pena (Castillo Ramírez, 1999).
- La corriente psiquiátrica, la cual centra el diagnóstico particularmente en los factores orgánicos, en especial, en los factores biopsíquicos declarados anormales clínicamente (Castillo Ramírez, 1999). Esta corriente tiene raigambre

desde los ordenamientos jurídicos decimonónicos, marcados por una fuerte influencia positivista, lo que ha abierto importantes flancos de crítica por considerarlo insuficiente para determinar la inimputabilidad del sujeto en el análisis jurídico del ilícito cometido (de ahí que el método diagnóstico diste del forense), al desconsiderar si la condición psiquiátrica es suficiente para causar los efectos necesarios para considerar al sujeto como inimputable de acuerdo a los principios jurídicos que fundan la atribución de responsabilidad penal. Para autores como Novoa (1969; 2005 citado en Gutiérrez Muñoz, 2020) uno de los principales puntos críticos es que, “la psiquiatría es una ciencia que dista mucho de haber sentado principios inamovibles, pues se halla en pleno desarrollo, con los cual los términos pierden su significación o pasan a designar cosas diferentes” (p. 20). Desde la perspectiva de esta propuesta, es cuestionable el alcance de esta afirmación, toda vez, que la determinación de inimputabilidad del autor se guiará necesariamente por lo que disciplinas externas al mero razonamiento jurídico logren aportar, siendo irrelevante el grado de desarrollo de las ciencias en el cumplimiento de este fin.

- La corriente mixta, incorpora los elementos psicológicos y psiquiátricos, sujetos al análisis en el caso concreto del tribunal. Refiere al análisis del estado mental vinculado con la capacidad de autocontrol del sujeto en el momento en que se desarrolla el ilícito. En este sentido, será inimputable el sujeto en la medida en que se demuestre que su condición permite asumir que no existió posibilidad alguna para el sujeto de actuar acorde a su conocimiento del hecho y de los efectos de dicha actuación, vinculado al análisis del estado mental del sujeto en cuestión considerando las causas biológicas y los efectos psicológicos en el despliegue de la conducta criminal. (Gutiérrez Muñoz, 2020). Esta corriente es la que tiene mayor respaldo a nivel comparado en la jurisprudencia, y en la doctrina en autores como Politoff, Matus y Ramirez (Politoff et al., 2003) al considerarse la más adecuada para el análisis jurisdiccional del peritaje elaborado (Sandoval y Arancibia, 2021).

En general, de acuerdo con Ramírez (Politoff et al., 2003) el peritaje forense en este sentido se desarrollará a partir del diagnóstico elaborado desde la entrevista directa con el

imputado, de forma tal de determinar, a partir de los criterios y escalas de evaluación previamente considerados, el estado mental del sujeto en vinculación con el hecho que se le imputa,⁴⁵

En Chile, tanto la práctica forense, como la tuición de las instituciones o personas encargadas de la elaboración de peritajes médico-legales a través de la elaboración de la normativa y orientación práctica de los procedimientos enfocados en este, son facultades atribuidas exclusivamente al Servicio Médico Legal (en adelante SML), de acuerdo a lo dispuestos en el artículo 3° de la Ley 20065, sobre Modernización, Regulación Orgánica Y Planta Del Personal Del Servicio Médico Legal.

A partir de dicha normativa, es que se han elaborado la resolución exenta N°10.655 del año 2009, la cual crea la Guía Normativa Técnica Pericial De Salud Mental En Las Áreas De Psiquiatría, Psicología Y Trabajo Social Médico Legal, actualizada al año 2018 a través de la resolución exenta 8083 de este servicio, que establece el marco orientador de todo funcionario del SML, como de cualquier profesional en al ámbito particular o público que desarrollen dicho peritaje. En este sentido, reconoce la función a personal médico psiquiatra, psicólogos y asistentes sociales en la evaluación del peritaje forense en la materia, tomando en cuenta los diversos factores que se conjugan en la evaluación y deliberación del juez sobre la condición particular del imputado y su contexto personal endógena y ambiental.

Dicha guía a su vez establece en el artículo I de la resolución exenta, el marco sobre el cual se ha de sostener el diagnóstico y el informe pericial de acuerdo a las tres disciplinas consideradas.

- A) Del peritaje psiquiátrico: Se deberá dar cuenta particularmente del estado mental del imputado; los diagnósticos previos basados en el manual diagnóstico CIE en su última actualización, o bien el manual estadístico y diagnóstico de enfermedades mentales DSM; la relación entre el estado mental del imputado y los hechos en los que está involucrado; la clasificación de su condición mental (enajenado, loco, demente, discapacitado o daño) de acuerdo a la materia del juicio; en caso de enajenación, se deberá dar cuenta de la condición incurable o no del peritado, y la modalidad de tratamiento, además del grado de peligrosidad clínica conforme a la

⁴⁵ En el ámbito de la psicología forense similares mecanismos son empleados a través del diagnóstico elaborado desde la psicología clínica. En psiquiatría la entrevista es también el eje central del diagnóstico, al respecto véase: Pérez Pérez (2013).

adopción de medidas de seguridad, y el empleo de tratamientos de contención recomendados.

A su vez, de la entrevista forense, se deberá dar cuenta de las dinámicas propias de la conversación con el sujeto peritado, para conformar un análisis completo y dinámico desde el diagnóstico previo a la relación con el examinador. En conjunto, se analizarán variables relacionadas con sus relaciones interpersonales, su biografía y las posibles condicionantes o riesgos ambientales a los que el peritado se encuentre expuesto.

- B) Del peritaje psicológico: Tiene mayores limitaciones que el peritaje psiquiátrico, al determinar que el desarrollo del mismo debe enmarcarse en una labor científica y clínica, limitando el empleo de otras corrientes en el diagnóstico pericial. Al respecto, el peritaje psicológico deberá dar cuenta particularmente de las respuestas psico-legales y de aquellos aspectos que sirvan para complementar el peritaje psiquiátrico de ser necesario. Al igual que en el peritaje psiquiátrico, la orientación del proceso pericial se determinará por la elaboración de un marco de análisis de la biografía del sujeto y su contexto, tomando en consideración habilidades y comportamientos expresados durante la entrevista forense. Al peritaje psicológico, se le impone a su vez que la conclusión plasmada en el informe final debe ser lo más ilustrativo posible y debe orientarse desde los criterios científicos más actualizados.
- C) Del peritaje social: Se dirigirá a dar respuesta a la pregunta socio-legal efectuada por el sistema de justicia o para complementar la pregunta de otro perito del área de la salud mental. El enfoque del peritaje social irá dirigido particularmente a elaborar un análisis sobre el contexto socioeconómico del peritado, centrado en la condición habitacional del peritado y su núcleo familiar y el contexto de ingresos y gastos del sujeto y su núcleo familiar.

La columna vertebral de estos tres tipos de peritaje, lo constituye la pregunta medicolegal que deberá ser respondida a través del diagnóstico efectuado, conforme a las exigencias del caso concreto, centradas en el carácter inimputable o no del sujeto, y las medidas recomendadas por el profesional. Al respecto conviene señalar, que la condición de inimputabilidad al ser en juicio una construcción doctrinaria y debatible por las partes, existen

controversias en torno a la capacidad que tiene el profesional de dirigir su respuesta, incorporar todos los antecedentes pertinentes para una mejor resolución, y orientar de buena manera el diagnóstico a partir de las consecuencias fácticas de la declaración de inimputabilidad y el nivel de peligrosidad que pudiera suponer para sí mismo el imputado o para terceras personas. (Estudio de Brechas de Psiquiatría Forense, 2021).

Ahora bien, conviene señalar de manera somera, las distintas etapas del procedimiento relacionados con el diagnóstico de inimputabilidad del sujeto, así como los espacios interrelacionados en la Red de Salud concebidos al efecto. Para esto nos basaremos en el Estudio de Brechas de Psiquiatría Forense, y el Modelo De Gestión: Red Temática De Salud Mental En La Red General De Salud del año 2018 del Ministerio de Salud.

Inicio del procedimiento diagnóstico

En una primera etapa, como partes activas del procedimiento diagnóstico-forense, se encuentran las partes en juicio, Gendarmería de Chile, el tribunal, el Subsistema de Medicina Forense y el SML (Servicio Médico Legal). La solicitud de diagnóstico mediante peritaje psico-forense puede darse a solicitud de alguna de las partes involucradas (generalmente por el abogado defensor) o del Ministerio Público, o bien de oficio por el propio tribunal, cuando existan antecedentes que permitan presumir la condición enajenada mental conforme a la legislación y presupuestos facticos del imputado.

Internación provisoria (art. 464 CPP)

Efectuada la solicitud, dependerá del grado de presunción que exista (notoria y evidente, o no) del grado de enajenación mental, para que conforme al artículo 458 el tribunal ordene al Ministerio Público la suspensión condicional del procedimiento hasta la recepción del informe pericial. Al respecto, se señala que en la doctrina existe discusión relativa a este ámbito. Para Navarro (2017), si la enajenación mental del imputado resulta notoria o evidente, tanto del análisis de las circunstancias del delito y sus características, como de su condición durante el transcurso del procedimiento, el Ministerio Público solicitará el informe y suspenderá el procedimiento por la alta posibilidad de inimputabilidad del autor. Caso contrario, de no presumirse notoria y evidente su condición, se continuará con el procedimiento aún a pesar de no contar con el informe pericial.

En la práctica, se sostiene que esto no será siempre así, y que el sistema propende a equilibrar la balanza entre la necesidad procesal de continuar con el procedimiento en base al

principio de celeridad, y el resguardo de garantías del imputado, solicitándose medidas cautelares conforme al artículo 464 del Código Procesal Penal (CPP), imponiéndose medidas de internación provisoria para el imputado, durante el tiempo de espera a la elaboración del informe (Falcone, 2016).

En la práctica, y como parte de la construcción dogmática y jurisprudencial de este criterio procedimental, se ha optado por no emplear la internación provisoria ante casos de mera sospecha si no se cuenta con el informe pericial, fundado especialmente en el carácter especial y personal de la medida cautelar (Falcone. 2016), prefiriéndose la aplicación de los criterios relativos a la prisión preventiva de los artículos 140 y 141 del CPP, y las medidas contenidas en el artículo 155 del Código Procesal Penal. Solo se ha estimado, conforme a la jurisprudencia, el empleo de la internación provisoria para casos graves, en que el riesgo de seguridad para el imputado o terceros, por las características propias del delito resulte relevante.

En términos estadísticos, de acuerdo con el boletín estadístico de la Defensoría Penal Pública citado por Ennio Vivaldi, durante el año 2016 existieron 1756 casos de suspensión por la causal del artículo 458 del Código Procesal Penal, aumentando a 1873 el año 2017. De estos, en el año 2016, existieron 419 casos de reincidencia delictiva relacionada con causales de inimputabilidad, aumentando a 514 el año 2017. Esta correlación, de acuerdo con el Defensor Nacional, Andrés Mahnke el año 2019, citado por el mismo autor, significará que un usuario del sistema de salud mental que delinque que tenga una condición psicosocial o trastorno mental específico, tendrá el doble de probabilidad de que se estime su peligrosidad en juicio comparado a la población común, dando cuentas de la gran importancia que guarda este factor en el sistema penal nacional. (Vivaldi, E. 2019).

Establecimientos de internación provisoria

Conforme al artículo 464 del CPP, la internación provisoria procederá en los establecimientos asistenciales generales del sistema de Salud, al igual que las medidas de seguridad solicitadas en virtud del artículo 457, el cuál impone legalmente que en el caso de enajenados mentales en ningún caso pueden ser custodiados o tratados en recintos penitenciarios ordinarios. Esto, no se condice en la práctica, dado que con el surgimiento de las Unidades Psiquiátricas Forenses Transitorias (UPFT) que existen en algunos complejos del país, en muchos casos se destina a sujetos con esta medida de seguridad a permanecer en el propio recinto penitenciario en el cual se encontraban cumpliendo alguna otra medida cautelar o en

reclusión, a la espera de cupos en algún recinto hospitalario, manteniéndose en interacción directa con el sistema penitenciario y la población penal. (Vivaldi, E. 2019).

Como respuesta a este problema, surgen espacios especializados que forman parte de la Red de Salud de Psiquiatría Forense que surgió del Plan de Salud Mental y Psiquiatría elaborado el año 2000, centradas en el tratamiento y rehabilitación de personas declaradas inimputables. Esta red cuenta además, con Unidades Clínicas de diversa complejidad, que tienen por objetivo la evaluación pericial por sospecha de enfermedad mental y dar respuesta a la aplicación de sentencias de medidas de seguridad impuestas, sean estas de internación o custodia y tratamiento a aquellas personas declaradas inimputables de acuerdo a su condición. (Modelo Gestión Red Temática Salud Mental del MINSAL, 2022). Como se puede notar a primera vista, el programa no contempla una distinción en los hechos entre aquellas personas declaradas inimputables, y aquellas personas en evaluación forense que compartirán espacios en esta red de salud.

A su vez, el sistema se compone de dos subsistemas dependiendo del establecimiento en el que se encuentren: Las UEPI (Unidades de Evaluación de Personas Imputadas) como espacios internos de hospitales psiquiátricos dependientes de un recinto hospitalario, y las ya señaladas UPFT (Unidades Psiquiátricas Forenses Transitorias), como espacios internos de las unidades de salud de los recintos penitenciarios. Respecto a la caracterización otorgada por el modelo de gestión temática de salud mental, a nivel nacional se encuentran los siguientes centros:

- La mayor parte de las camas de psiquiatría forense se encuentran ubicadas en los siguientes Hospitales Psiquiátricos: H. Philippe Pinel (SS Aconcagua) que cuenta con 20 camas de UEPI, 50 camas de mediana complejidad y 20 camas de alta complejidad; y el Instituto Psiquiátrico Horwitz (SS Metropolitano Norte) que cuenta con 40 camas de UEPI y 40 camas de mediana complejidad.
- Las camas de las Unidades de Psiquiatría Forense Transitoria (UPFT) se encuentran ubicadas al interior de las cárceles de Arica (14 camas) y Valparaíso (16 camas), al igual que la Unidad de Psiquiatría Forense Hospitalaria Intrapenitenciaria (UPFHI) de Magallanes (6 camas). Las Unidades de Evaluación de Personas Imputadas (UEPI) de Temuco (10 camas) y de Mediana Complejidad de Concepción (23 camas) se encuentran en puntos de atención de Salud.

- Las Residencias Protegidas Forenses están ubicadas en 3 Servicios de Salud (Metropolitano Norte con 58 plazas, Araucanía Sur con 28 plazas y Valdivia con 8 plazas), y cuentan en total con 94 plazas a nivel país.

De acuerdo con Vivaldi, el sistema nacional de psiquiatría forense se conforma por instituciones de mayor o menor complejidad de acuerdo a la complejidad psicopatológica del usuario y el delito cometido derivándose a espacios de atención cerrada en Unidades de Alta Complejidad Forense, o Unidades de Mediana Complejidad Forense. (Vivaldi, E. 2019).

El criterio para la asignación a alguno de estos establecimientos de forma transitoria, dado el origen que estos poseen y el carácter excepcional de su funcionamiento en base al diagnóstico, será principalmente, la desocupación de espacios habilitados en centros de salud, lo cual genera evidentes problemáticas. Una de las señaladas en el modelo de gestión revisado a partir de lo consignado por personal médico dice relación, con la ocupación de camas en centros de atención de salud mental de la red en general, la presencia constante de funcionarios armados de GENCHI en unidades de tratamiento sin conocimiento profesional, la falta de comunicación con tribunales, la precariedad en la infraestructura para dar respuesta a la demanda de atención, la poca diligencia de los tribunales y las partes de solicitar el egreso del imputado al ser declarado imputable, la falta de residencias que permiten la salida o fuga de los sujetos internados, entre otras.

1) Ponderación del peritaje

Una vez elaborado el informe pericial, el tribunal tomará conocimiento de los antecedentes incorporados en este y las recomendaciones diagnósticas efectuadas, así como las medidas recomendadas en el caso concreto. Este informe pericial tendrá igual valor probatorio que la prueba testimonial, por lo que el juez deberá valorarla en igualdad de condiciones al material probatorio disponible en la instancia para determinar o no la condición de inimputabilidad del sujeto.

2) Declaración de imputabilidad/inimputabilidad y fin del procedimiento diagnóstico-forense.

Tras la ponderación del peritaje y su evaluación conforme a los criterios de la sana crítica, el tribunal decidirá a partir de la evidencia si el sujeto es imputable, con lo cual se dará curso al procedimiento ordinario, o si es inimputable, procediéndose conforme a la regla del artículo 461 del CPP, ordenándose el fin de las medidas cautelares impuestas al imputado de existir aquellas,

y el ministerio público deberá solicitar el sobreseimiento definitivo por inimputabilidad, mismo caso concurre de no haberse impuesto cautelar alguna.

Ahora bien, si conforme al criterio diagnóstico existen razones plausibles para creer que la puesta en libertad del sujeto, o la inaplicabilidad de alguna medida de seguridad en este conlleva un riesgo para sí o para terceros podrá ordenar la aplicación de una medida de seguridad de privación de libertad en centros de internación psiquiátrica, basado en el grado de peligrosidad del sujeto, o bien en régimen de internación y tratamiento domiciliario para su cautela, aislamiento social, y efectivo tratamiento, de acuerdo a lo presupuestado en el artículo 457 del CPP, rigiéndose desde ese momento, por las disposiciones del decreto N°570 del año 2000, que aprueba el reglamento Para La Internación De Las Personas Con Enfermedades Mentales Y Sobre Los Establecimientos Que La Proporcionan, y quedando el sujeto bajo la tutela de instituciones especializadas en el tratamiento y contención de personas con discapacidad psicosocial severa.⁴⁶

De esto, salta a la vista un problema evidente. Muchos de los sujetos que por el diagnóstico forense no tengan la calidad de inimputables, aun cuando posean un diagnóstico clínico que permita acreditar la existencia de algún trastorno mental con requerimiento de atención terapéutica, serán relegados a cumplir su condena en establecimientos penitenciarios comunes, generando una demanda de atención que en la mayoría de los casos no será atendida dadas las condiciones existentes en el contexto penitenciario nacional en relación a la disponibilidad de profesionales, programas e infraestructuras en estos.

Como ha quedado establecido a partir de la evidencia nacional e internacional, la prevalencia de sujetos con trastornos mentales asociados a determinados comportamientos comúnmente relacionados al despliegue de determinados delitos, da cuenta de que la proporción de sujetos susceptibles de ser encarcelados no es baja, y que la diversidad de factores criminógenos asociados a la Salud Mental y cada trastorno mental en comorbilidad, puede verse afectado por las condiciones estructurales y funcionales del encarcelamiento, lo cual abre un flanco problemático en torno a la función resocializadora de la pena al no tenerse en cuenta dicha condición de base presente en la población penal.

⁴⁶ Conviene señalar que no nos referiremos en profundidad sobre este aspecto, pues dista del objeto del presente trabajo, mas no por ello conviene resaltar la especial importancia que tiene para futuras investigaciones al respecto, desarrollar el recorrido paralelo de la internación psiquiátrica en nuestra legislación, dada las evidentes discrepancias y controversias que este tema suscita.

Ahora, para analizar los métodos de resocialización, y analizar si existen o no medidas relacionadas con la Salud Mental en contexto penitenciario, es necesario centrar el análisis en los programas empleados por Gendarmería de Chile en el caso de los sujetos privados de libertad, con la finalidad de analizar a su vez, los resultados obtenidos, el impacto del encarcelamiento como tal, y si existen o no criterios determinados a solucionar el segundo nudo crítico antes analizado.

Reinserción social y régimen penitenciario chileno

Conviene señalar, previo a esta descripción orgánica y funcional del sistema de reinserción social empleado en Chile, que conforme a las gestiones de investigación realizadas para la elaboración de esta propuesta con la finalidad de contar con antecedentes relacionados a los programas que tengan en cuenta la condición de Salud Mental de la población penal, se consultó mediante el portal de Transparencia conforme a la ley 20.285, a Gendarmería de Chile respecto a antecedentes relativos a la internación de sujetos en centros de internación psiquiátrica por medida administrativa o judicial entre los años 2016 y 2022, así como también sobre la derivación de centros de cumplimiento penitenciario a dichos centros de atención por decisión administrativa o judicial, solicitando a su vez, información respecto a la población penitenciaria sujeta a medidas de tratamiento en Salud Mental en programas de reinserción social.

Dicha consulta, fue respondida por el Departamento Sistema Cerrado el día 19 de julio de 2023, señalando en lo principal, que el Departamento de Sistema Cerrado tiene a su cargo “la intervención de necesidades criminógenas de los condenados, con el objetivo de disminuir riesgo de reincidencia; asimismo se encarga de proveer prestaciones de derecho, tales como educación, capacitación en oficio y actividades de arte deporte y recreación. Respecto a la intervención de necesidades criminógenas se cuenta con tratamiento para factores de riesgo de reincidencia **sin existir programas de salud mental, en tanto no se considera a esta área como gravitante al momento de reincidir**. En el caso de las personas que padezcan problemas de salud mental son derivadas al área de salud de establecimientos penales, recayendo en estos la pertinencia o no de tratamiento”. Lo anterior, da cuentas precisamente de un aspecto relevante y central en esta propuesta, y que será visualizado en lo que sigue: no existen programas de salud mental enfocados en la reinserción social de las personas privadas de

libertad en Subsistema Cerrado, y la disponibilidad de atención dependerá de las condiciones de cada centro de reclusión.⁴⁷

Para efectos de este apartado, nos basaremos en los dos documentos más actualizados a la fecha elaborados por GENCHI: el Resumen Ejecutivo Evaluación Programas Gubernamentales (EPG) Programas De Rehabilitación Y Reinserción Social Ministerio De Justicia Y Derechos Humanos-Gendarmería De Chile del periodo 2018-2019, y el Informe De Análisis Sobre La Implementación De Los Principios Del Modelo De Riesgo-Necesidad-Responsividad En Los Procesos De Intervención De Los Tres Subsistemas Penitenciarios del año 2019.

De acuerdo con el resumen EPG centrado en el periodo de evaluación de los programas de reinserción social durante el periodo 2015-2019, conviene precisar, que desde el periodo señalado por dicho informe a la fecha, el presupuesto asignado de la nación a los programas de reinserción social ejecutados por Gendarmería de Chile han aumentado al 2023 en un 15%, representando cerca del 4.3% del presupuesto asignado al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y el 9.46% del gasto asignado a Gendarmería de Chile, el cuál sigue siendo un monto ínfimo considerando el carácter fundamental que los programas de reinserción poseen dentro de los fundamentos orgánicos y funcionales de Gendarmería (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2023).

De acuerdo al artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Gendarmería de Chile, se establece la naturaleza y objetivos de la función institucional de Gendarmería de Chile, la cual se enmarca en la finalidad de atender, vigilar **y contribuir a la reinserción social de las personas que por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad** y cumplir las demás funciones que le señale la ley.

Conforme a dicha normativa, y como antecedente, desde Octubre del año 2007, GENCHI junto a la División de Seguridad Pública comienzan a diseñar y desarrollar un programa piloto de reinserción social para personas condenadas por infracción a la Ley Penal (en subsistema cerrado) y desde 2008 un Programa de Reinserción Laboral (en subsistema postpenitenciario), en que por primera vez se introducen modelos de intervención basados en la evidencia dirigidos a atender factores de riesgo criminológico reconocidos científicamente. (Informe de análisis sobre implementación de los principios del modelo RNR). Desde este punto se comenzarían a

⁴⁷ Carta N°2434/23, de fecha 19 de julio de 2023, en respuesta a solicitud de acceso a la información Código identificador AK006T0027412 de fecha 19 de junio de 2023.

organizar actividades de reinserción social mediante prestaciones básicas en el área psicosocial, laboral y educacional.

Con la entrada en vigencia de la modificación a la Ley N°18.216, se integraría el año 2013 el enfoque RNR (Riesgo-necesidad-responsividad), primeramente al sistema abierto en los Programas de Libertad Vigilada y Libertad Vigilada intensiva. Recién el año 2014, el modelo se incorpora a las actividades de reinserción de los subsistemas cerrado y postpenitenciarios, adoptándose el 2015 el instrumento Inventario para la Gestión de Caso/Intervención (IGI) como herramienta para la valoración del riesgo delictual.

El modelo RNR creado por Andrews y Bonta en 1980, es uno de los modelos con mayor recepción a nivel internacional, especialmente empleado en países anglosajones como Canadá, EE. UU. o Inglaterra. El modelo RNR postula en sus inicios tres principios fundamentales que le dan su nombre de acuerdo con la descripción elaborada a partir de las Orientaciones Técnicas de Prevención Social del año 2021 (Subsecretaría de Prevención del Delito, Gobierno de Chile):

- Riesgo: el nivel de tratamiento que recibe un infractor de ley debe ajustarse al nivel de riesgo de éste. Esto implica que infractores de mayor riesgo de reincidencia requieren niveles intensivos de tratamiento, mientras que los infractores de menor riesgo requieren niveles mínimos de intervención (Bonta, 2001). Esto supone contar con la capacidad para evaluar el riesgo de manera confiable, no sólo como estrategia de monitoreo y seguimiento de casos, sino también para la toma de decisiones respecto a la derivación a medidas de tratamiento más eficaces para cada caso. La evaluación del riesgo se realiza a partir de escalas de evaluación específica conforme a las características del sujeto, su entorno, y el delito cometido por el infractor.
- Necesidad: identifica dos grandes tipos de necesidad en el sujeto infractor; las criminógenas y las no criminógenas. Las necesidades criminógenas constituyen factores de riesgo que, al ser modificados, se asocian a cambios en la reincidencia. El tratamiento efectivo del infractor de ley será aquel que se enfoque fundamentalmente en este tipo de necesidades. Por ejemplo, el abuso de drogas y los problemas laborales han demostrado ser necesidades criminógenas que deben ser abordadas por la intervención; en tanto que necesidades no criminógenas como la ansiedad y la autoestima deben limitarse a un rol secundario, dado que focalizar la intervención sobre estos aspectos no impacta necesariamente sobre el comportamiento infractor en el futuro.

- Responsividad: existen ciertos tipos de tratamiento que generan mejores resultados que otros. En general, las intervenciones de carácter cognitivo-conductual u orientadas al aprendizaje social logran mejores resultados en estas temáticas que otras estrategias de tratamiento (responsividad general). Sin perjuicio de ello, la manera en que se dispongan las acciones de tratamiento debe considerar los estilos de aprendizaje y motivaciones de los individuos a intervenir (responsividad específica).
- Integridad: los tratamientos más eficaces suelen ser aplicados de una manera altamente estructurada, de acuerdo con los principios anteriormente descritos, por parte de un equipo motivado y dedicado al proyecto de intervención.
- Discrecionalidad Profesional: algunos infractores de ley pueden presentar características o situaciones particulares que no son adecuadamente consideradas por los otros principios, espacio donde resulta necesaria la aplicación de discreción del profesional a cargo en base a criterios técnicos. Por ejemplo, los agresores sexuales que presenten un buen ajuste social y normativo podrían ponderar un bajo nivel de riesgo en instrumentos estandarizados de evaluación, sin embargo, los profesionales que atienden estos casos deberían detectar otras condiciones de riesgo tales como la búsqueda selectiva de empleos por parte del infractor que le permitan acercarse a niños y niñas.

Para la evaluación del Riesgo de reincidencia, como se ha mencionado previamente, la herramienta de evaluación empleada se centrará en el estándar IGI, sujetas al empleo de terapias basadas en la técnica cognitivo-conductual, que identifica factores de riesgo de reincidencia en 8 áreas: educación y empleo, familia y pareja, uso del tiempo libre, pares, problemas de alcohol y drogas, actitud pro criminal, patrón antisocial e historia delictual- y consecuentemente determina necesidades de intervención. . El fundamento de su aplicación se basado en la efectividad que ha demostrado tanto en el contexto nacional como internacional, al determinar la valoración del riesgo con un enfoque centrado en conocer las características, dinámicas relacionales, identidad y procesos subyacentes relacionados al comportamiento, con la finalidad de determinar los mejores mecanismos de reinserción adecuados a su condición de riesgo criminógeno (Morales Peillard, et al. 2015).

Además del modelo IGI de evaluación del riesgo, se emplean diversas herramientas de evaluación que toman en consideración el tipo de delito cometido, las características psicológicas del individuo, y la condición o relación con la víctima. Entre los principales señalados en el Informe De Análisis Sobre La Implementación De Los Principios Del Modelo De Riesgo-Necesidad-Responsividad En Los Procesos De Intervención De Los Tres Subsistemas Penitenciarios del año 2019, se encuentran:

- El instrumento SARA (Spouse Assault Risk Assessment) es una guía diseñada para informar acerca de la probabilidad de que un agresor(a) reitere conductas violentas hacia su pareja, e identificar las principales necesidades criminógenas asociadas a ellas (Andrés-Pueyo et al, 2008; Loinaz, 2017). Emplea un método clínico-actuarial para valorar 20 factores de riesgo, agrupados en 5 secciones, cuyos puntajes se codifican en un formato especial. Su empleo requiere un(a) profesional con experiencia en evaluación psicológica y en el campo de la violencia de pareja (Andrés-Pueyo & López, 2005).
- El instrumento SVR-20 (Sexual Violence Risk-20) es un protocolo no actuarial para la evaluación del riesgo de reincidencia y características de la violencia sexual en ofensores sexuales adultos, a partir del juicio profesional estructurado sobre 20 factores de riesgo estáticos y dinámicos agrupados en 3 secciones (Redondo et al, 2007; Andres-Pueyo, 2017; Loinaz, 2017). Su empleo requiere un(a) profesional con experiencia en evaluación psicológica y en el campo de la violencia sexual.
- El instrumento SONAR (Sex Offender Need Assessment Rating) es una herramienta actuarial basada en la Teoría del aprendizaje social, diseñada para valorar factores de riesgo dinámicos empíricamente relacionados con la reincidencia en delitos sexuales, con lo que permite determinar el nivel de riesgo de reincidencia para estos delitos específicos, y los cambios observados en dichos factores a lo largo del tiempo, por ejemplo, durante y después de participar en programas de intervención especializada (Hanson & Morton, 2004; Harris, 2006).

- El instrumento PCR-L de Hare, de escala de medición de psicopatía y trastorno antisocial de la personalidad, que se clasifica en 20 ítem en tres grupos de factores para describir la Psicopatía. Los factores corresponden con las categorías de “personalidad”, “desviación social” e “ítems” adicionales que no pertenecen a los factores anteriores (Villagra, C. 2014).^{*48}

La intervención psicosocial criminógena bajo el modelo RNR, consta de una serie de etapas, que incluyen la evaluación o diagnóstico, la elaboración de Plan de Intervención Individual (PII), Intervención, Derivación a programas específicos, de acuerdo con las necesidades, por ejemplo, Centro de tratamiento en adicciones; Actualización de valoración de riesgo, y Egreso. Todas ellas son llevadas a cabo en distintos niveles de acuerdo con cada subsistema y a distinta intensidad de acuerdo a la valoración de riesgo inicial de la evaluación.

Programa de Reinserción Social en Subsistema Cerrado (PRSSC)

En el subsistema cerrado de cumplimiento penitenciario, el sujeto objetivo en primer lugar corresponde a aquellos que pueden acceder al beneficio de programas de reinserción bajo los presupuestos señalados en la ley, algunos de los cuales ya hemos revisado a partir de los presupuestos de reincidencia o mal comportamiento de la ley 19.856 y la ley 18.216. Bajo este presupuesto, conviene señalar que no será aplicable a toda la población penal, representándose un porcentaje inferior tanto para la medición de los resultados de estos programas, como la valoración real de la reincidencia, sobre todo considerando que los resultados al respecto son evaluados bajo el mismo estándar IGI de medición (Morales Peillard et al., 2015).

Ahora bien, en este contexto, el programa se divide en dos áreas: la intervención psicosocial, centrada en las etapas antes señaladas de evaluación, elaboración del PII, intervención, derivación y egreso; y las diversas prestaciones para la integración social.

En la intervención psicosocial, se comprenden diversos sistemas de reinserción dependiendo del enfoque:

- Subprograma de Reinserción Social para Personas Privadas de Libertad (PPL): a través de su iniciativa “Intervención especializada para la disminución del riesgo de reincidencia delictual”

⁴⁸ Si bien no está incluido en referencia a los principales empleados de acuerdo al informe, si es señalado posteriormente como un instrumento empleado para medir el riesgo de reincidencia y la pertinencia de determinados métodos de intervención.

- Subprograma de Reinserción Social (PRS) que incluye dos actividades en dos iniciativas distintas: “Tratamiento en Etapa Intramuros” y “Tratamiento en Etapa Permisos de Salida” centrada en el acceso al beneficio de reducción de la pena privativa de libertad.
- Subprograma CET Semiabiertos a través de su iniciativa de “Intervención Psicosocial”, en que se desarrollan programas de formación laboral y educativa.
- Subprograma Secciones Juveniles a través de su iniciativa de “Intervención Psicosocial”, para jóvenes que fueron condenados por la Ley Penal Adolescente pero que cumplieron la mayoría de edad.

A su vez, cada uno de estos programas comprenderá distintas prestaciones:

- Subcomponente 1. Prestaciones laborales: que incluye formación para el trabajo, capacitación y trabajo productivo.
- Subcomponente 2. Prestaciones artísticas, deportivas y culturales, que consisten en las diversas actividades en estos ámbitos que se entregan a los penados.
- Subcomponente 3. Prestaciones educacionales
- Subcomponente 4. Prestaciones de intervención familiar, referidas específicamente a las acciones que realiza el subprograma Creciendo Juntos respecto de padres y madres condenadas.

Programa de Reinserción Social en Subsistema Abierto (PRSSA)

Considera a la población que ha sido condenada a cumplir una condena en medio libre (penas sustitutivas introducidas por la Ley N°20.603 que modificó la Ley N°18.2167).

En la Intervención Psicosocial Criminológica se contemplan tanto en la medida alternativa de Libertad Vigilada del Adulto como en las penas sustitutivas de Libertad Vigilada y Libertad Vigilada Intensiva, el trabajo de intervención y control es realizado por delegados que realizan la evaluación diagnóstica de los penados y llevan a cabo la intervención, con base en el modelo de Riesgo-Necesidad-Responsividad (RNR).

En cuanto a las prestaciones, estas se centran en la integración social del sujeto mediante programas de capacitación laboral e intermediación laboral, a través del programa PILSA.

Finalmente se incluye un componente de Control y Seguimiento, efectuado por GENCHI, de la población controlada a través del subprograma de la Ley N° 18.216 de Prestación de

Servicios en Beneficio de la Comunidad (PSBC), así como con medidas alternativas de Remisión Condicional de la Pena (RCP) y Reclusión Nocturna (RN), y penas sustitutivas de Remisión Condicional (RC) y Reclusión Parcial (RP).

Programas de Reinserción Social Postpenitenciarios (PRSP)

En el sistema postpenitenciario los subprogramas presupuestarios existentes son dos: el “Programa de Apoyo Postpenitenciario” (PAP), que fue la primera iniciativa de reinserción social, seguida del “Programa de Reinserción Laboral” (PRL), llevados a cabo por los CAIS (Centros de Apoyo a la Integración Social), basados en el modelo RNR de evaluación e intervención psicosocial. Este sistema se encuentra principalmente centrado en la reinserción del egresado de un recinto penitenciario al mercado laboral y al entorno social en que se encuentra.

Eficacia del modelo RNR en los PRS en los tres subsistemas

De acuerdo con los resultados del informe elaborado por Gendarmería de Chile y consolidados en el Resumen Ejecutivo Evaluación Programas Gubernamentales (EPG) Programas De Rehabilitación Y Reinserción Social Ministerio De Justicia Y Derechos Humanos- Gendarmería De Chile del periodo 2018-2019, desde la implementación de los programas de reinserción social y el modelo RNR con base en el método cognitivo-conductual ha habido una decaída en la tasa de reincidencia penitenciaria en los últimos años.

En concreto para el SSC, el período de observación de la reincidencia corresponde a 24 meses posteriores al egreso y presenta un ascenso durante los primeros años del período evaluado, alcanzando un 30,82% el año 2017 y descendiendo a 21,19% el 2018. Cabe señalar que la evidencia internacional presenta tasas superiores de reincidencia en sistemas cerrados para el mismo período de observación (2 años). Si bien no se trata de estudios estrictamente comparables, en todas las evaluaciones en que se considera un período de observación de 24 meses, la reincidencia entendida como nueva condena es mayor a las cifras nacionales. Así, para el período de 24 meses, Australia, presenta tasas de reincidencia de 46,6%, Escocia de 44%, Nueva Zelanda de 37%, Finlandia de 44% y Canadá de un 40,6%. En cuanto a la población no intervenida, la cifra total de reincidencia al 2018, era de 38.3%, bastante distinta de la existente en aquellos sujetos que participaron de algún PRS.

Similares tendencias en la reducción de la reincidencia se evidencian en el SSA, que da cuentas de una disminución del 24.2% el año 2016 al 21.7% el año 2018, así también en el subsistema postpenitenciario, desde un 27.1% al 19.7% en el mismo periodo de tiempo estudiado.

Las cifras son alentadoras en ese sentido, analizando particularmente la efectividad del modelo RNR y el sistema IGI de evaluación psicosocial en los sujetos que participan de los programas de resocialización implementados. Al respecto, el mismo informe incorpora cifras relativas al factor de riesgo comparativamente asociado desde la primera evaluación y la reevaluación del riesgo tras la intervención. Señala el informe:

(...) que un 83% de los usuarios que inician la intervención con riesgo de reincidencia muy alto transita a niveles de riesgo inferiores y un 55% de ellos lo hace en el caso de usuarios evaluados con niveles de riesgo alto. En el subsistema abierto el 67% de los usuarios que inician la intervención con riesgo muy alto de reincidencia transitan a niveles inferiores de riesgo; y un 61% de los evaluados con niveles de riesgo inicial alto también. En el subsistema postpenitenciario el 100% de quienes presentan muy alto riesgo de reincidencia en la evaluación inicial disminuye riesgo en la reevaluación y el 73% de usuarios con alto riesgo de reincidencia transita a niveles medios, bajos y/o muy bajos de reincidencia. (p. 24)

Ahora bien, si bien los resultados aportan datos claros y contundentes respecto a la efectividad del Programa de Reinserción Social de GENCHI antes revisado, conviene hacer algunas precisiones de gran relevancia metodológica al respecto, así como cuestionamientos a los alcances reales de los resultados, que en algunos casos se condicen de gran manera con las estadísticas positivas del encarcelamiento en las condiciones de salud mental en Chile [sobre todo en los factores a) y e)]:

- a) Problemas Metodológicos de la muestra analizada: De acuerdo con Morales Peillard et al., (2015), es necesario considerar que las cifras asociadas a programas de reinserción representan una muestra muy inferior a la totalidad de la población penitenciaria. De hecho, los programas de resocialización se implementan solo en algunos centros penitenciarios, y en ellos, sobre una población muy acotada (recordemos la exclusión que se realiza discrecionalmente por mal comportamiento en la evaluación para acceder a estos, o la reincidencia como limitante al acceso a determinados beneficios). Esto responderá tanto a la capacidad de cobertura a consecuencia del escaso

financiamiento asociado a estos como factor estructural problemático. Pero también es relevante considerar el carácter voluntario de estos programas, de todo sentido lógico por supuesto, pero que interviene como variable de medición de resultados si se considera la predisposición de los sujetos a evaluación en un primer momento y su compromiso con el mismo programa, frente al resto de la población penal, de hecho según el mismo informe de reincidencia de GENCHI, solo el 58% de los cupos disponibles el año 2018 de los PRS fueron cubiertos. Similares problemas se evidencian en las mediciones realizadas por estudios que asocian un mejoramiento en la salud mental durante el encarcelamiento en Chile, en que el tamaño de las muestras y la disposición inicial a participar de estos es una variable de relevancia no incluida (Gabrysch, C et al., 2020).

b) Problemas de análisis de los resultados en base a la efectividad del modelo en una sola dimensión: Las variables de riesgo de reincidencia consideradas en un primer diagnóstico y su disminución tras la verificación en la reevaluación, sólo dan cuentas de la efectividad del modelo empleado respecto a sus propios estándares, mas no respecto al real impacto en el sujeto privado de libertad. Al respecto, Morales Peillard (2015), señala por ejemplo, el uso de programas de inserción laboral intrapenitenciario que por el escaso financiamiento y la orientación (el auto sustento) resultan insuficientes para garantizar la efectiva reinserción del sujeto privado de libertad tras su egreso al mercado laboral. Más aún, considerando el estigma existente en el medio extra penitenciario la ausencia de sistemas de apoyo en la práctica conllevará un detrimento en la situación del sujeto tras su egreso, y un fracaso en sentido cualitativo del programa de inserción laboral y capacitación empleado.(Villagra, C. 2009). En este sentido, se condice la problemática señalada previamente en torno a la idea de reintegración social como mejor orientación hacia la resocialización, en que la participación del individuo en su comunidad ha de resultar clave. (Morales Peillard, et al., 2015)

c) Exclusión de factores criminógenos de relevancia clínica: Los modelos de resocialización, incluyendo el RNR, consideran una oferta reducida de programas enfocados en aquellos delitos de mayor connotación social (violentos y sexuales) que permitan un tratamiento efectivo a un amplio margen de la población penal con

enfoque en factores criminógenos asociados a la salud mental de los condenados. De hecho, de acuerdo con el informe Antecedentes para la implementación de programas de intervención especializados en reinserción social para la población penal adulta, desarrollado el año 2016 por el instituto de Sociología de la Pontificia Universidad Católica de Chile, da cuenta del carácter excluyente en las mediciones RNR a sujetos que presenten condiciones de salud mental que dificulten el trabajo en grupos de pares. (Instituto de Sociología de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 2016)⁴⁹. Esto resulta especialmente problemático, si se considera que la literatura respecto a la prevalencia de trastornos mentales en contexto penitenciario es alta, y opera como un dato “en las sombras” de las estadísticas generales, como se ha visto en el capítulo II de esta propuesta. Respecto a esto, autores como Osher, han propuesto la implementación del modelo APIC, el que incluye programas de salud mental como elemento central de la reinserción social, considerando la alta prevalencia de diagnósticos clínicos asociados en contexto penitenciario. (Osher et al., 2002.).

- d) Exclusión y escasez de ofertas programáticas en abuso de drogas y en mujeres privadas de libertad: Sumado a lo anterior, todos los programas relacionados con el tratamiento de adicciones son desarrollados por SENDA, y solo en el caso de delincuencia juvenil se incorpora el acceso a programas de salud mental enfocados en los factores criminógenos de relevancia al respecto. Sumado a esto, se debe considerar la reducida oferta para las mujeres privadas de libertad en programas enfocados en sus necesidades y diferencias particulares, así como la escasa oferta general en centros de reclusión femenina (Morales Peillard, et al., 2015).
- e) Escasa evidencia comparativa: Finalmente se encuentra un aspecto común entre las mediciones sobre reincidencia y salud mental, y reincidencia y PRSC, relativos a la escasa disponibilidad de evidencia comparativa que de cuentas del real impacto del encarcelamiento en su totalidad en la efectiva resocialización y reincidencia de las personas privadas de libertad (Morales Peillard, et al., 2015). Este último punto es clave, pues, de desconsiderarse el panorama total del encierro penitenciario, se genera una sobredimensión de resultados positivos en informes especializados desde la

⁴⁹ Antecedentes para la implementación de programas de intervención especializados en reinserción social para la población penal adulta”, Instituto de Sociología de la Pontificia Universidad Católica, 2016.p.

propia institución de GENCHI, que no contribuye a un análisis interdisciplinario y multifocal respecto a la fiabilidad tanto, de los programas de resocialización, como del propio encarcelamiento.

Este último punto, será tratado en lo que sigue, a partir de la evidencia recopilada en informes y observaciones efectuadas al régimen penitenciario chileno por organismos de DD.HH., especialmente centrado en aquellos casos que la literatura asocia como factores de refuerzo al deterioro en la salud mental de la población penal a nivel internacional.

Observaciones y falencias del Régimen Penitenciario Chileno y su impacto en la Salud Mental

En contraste con las positivas cifras observadas en torno a la efectividad del programa de resocialización basado en el modelo RNR, la evidencia constatada por diversos informes y estudios realizados en el contexto penitenciario nacional da cuenta de profundas problemáticas asociadas principalmente, a incumplimientos de los estándares mínimos de DD.HH., incumplimientos que por cierto, repercuten notoriamente en el estado de salud física y mental de la población penal.

El impacto del encarcelamiento en la salud mental de los sujetos, y particularmente en los sujetos con preexistencias (Goomany, A. et. Al. 2015), vendrá asociado no solo a factores o eventos adversos y excepcionales, contextuales, o propios del funcionamiento del régimen particular en el que se encuentre, sino a la propia estructura carcelaria, al régimen de encierro como pena y a las dinámicas que produce la propia pérdida de libertad en los individuos y su relación con los pares en dicho contexto. La pérdida de control sobre la propia proyección de vida, y particularmente el aislamiento producido por el encierro, son factores de gran relevancia en el desarrollo de ansiedad, despersonalización y pérdida de esperanza, como resultado de dichos factores estresantes y la conducta antisocial criminógena. (Alfageme Redondo et al, 2020; Goomany, et al., 2015; Wheeler, 1961).

Estos aspectos pueden comprenderse como elementos estáticos de la propia condición de encarcelamiento, que merman la condición de salud mental, y que tienen gran relevancia sobre todo durante los primeros meses de encarcelamiento (Ceballos-Espinoza , et al. 2016). Pero

existen otros aspectos que son propias del contexto en que se desarrollan las vivencias internas del régimen penitenciario, que cuentan con un correlato en diversas investigaciones respecto al impacto en la salud mental que resultan de gran relevancia. Dentro de estos aspectos, se consideran especialmente el hacinamiento, la violencia entre pares y la violencia institucional, las medidas disciplinarias de aislamiento, incomunicación, falta de cobertura en servicios básicos, entre otros. (Sanhueza y Pérez, 2019; Villagra, C. 2009).

De acuerdo con el último informe elaborado por el INDH respecto a las condiciones carcelarias en Chile del año 2019, se constata la existencia de una serie de situaciones problemáticas y falencias tanto estructurales como funcionales en el contexto chileno, constitutivas de vulneraciones a los Derechos Humanos de la población penal, que se cuentan como factores dinámicos de gran relevancia.

- a) Hacinamiento: De acuerdo al principio XVII del instrumento “Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas”, el hacinamiento comprendido como la sobreocupación en recintos penitenciarios del número de plazas disponibles, constituye un incumplimiento a los estándares mínimos en establecimientos penitenciarios, sobre los cuales se imponen una serie de obligaciones relativas a solucionar dicha condición, eventualmente constitutiva de vulneraciones a los derechos humanos de las personas privadas de libertad.

En Chile, de acuerdo con el informe, al 2019 más del 54% de los recintos penitenciarios cuenta con una ocupación alta (120% a 140%) y crítica (sobre 140%). Una de las principales causas asociadas refiere, es el excesivo uso de la prisión preventiva como medida cautelar. De acuerdo con el informe del CIDH del año 2013, el hacinamiento no solo es causa de evidentes problemas de privacidad, sino también de violencia en el contexto penitenciario. (INDH, 2019).

Al respecto, diversos estudios correlacionan un aumento en los índices de hacinamiento con un aumento en las conductas agresivas entre los reclusos, como consecuencia de la ausencia de privacidad, la disputa por el uso de bienes y espacios individuales, además de la sobreexposición a factores estresantes. (Barriga Cabanillas, 2012).

Fuera del ámbito relacionado a la Salud Mental, y como parte de la Salud en general, el hacinamiento además es causa de una serie de enfermedades contagiosas en el contexto penitenciario, que promueven un detrimento efectivo en las condiciones de vida de la población penal, el cual se ve profundizado por la falta de disponibilidad de los centros penitenciarios y el sistema público de salud para atender la alta demanda asociada a las enfermedades transmisibles entre la población penal. (LEASUR, 2021). De hecho, el contexto COVID-19 en el encarcelamiento, profundizó aún más esta problemática, la cual se evidenció en el empleo de las medidas de aislamiento de la población penal, con su correlativo impacto físico y emocional, como solución a la demanda producida por contagios intrapenitenciarios. (Urbina et al., 19 de agosto de 2020).

b) Aislamiento: El aislamiento constituye una medida disciplinaria que, aunque no se considera constitutiva de vulneración en la medida que cumpla con determinado tiempo (máximo de 15 días conforme a las reglas Mandela), y siempre que se disponga como medida regulada (INDH, 2019), constituye una práctica con graves repercusiones en la integridad física y psíquica de los sujetos, razón por la cual se ha propuesto su abolición, al comprenderse como un trato cruel, inhumano y degradante, o derechamente como una forma de tortura ilegítimamente permitida por diversos Estados por su exclusiva aplicación en el contexto penitenciario. (Observatorio contra la Violencia Institucional, 2021).

- Respecto a los efectos estudiados de esta medida, Cacciopo en su excelente estudio sobre las consecuencias del aislamiento social a nivel neuroendocrino (Cacioppo et al., 2015) refiere a una serie de alteraciones fisiológicas constatables al respecto. La primera de ellas dice relación con la alteración en el sistema nervioso, neuroendocrino, y comportamental, como causa de una percepción artificialmente construida de los individuos respecto al contexto asocial, que asocia dicha condición extendida en el tiempo a una necesidad de autopreservación y riesgo, factor esencialmente vinculado al estrés agudo. Las consecuencias fisiológicas de un estrés de dichas características sostenidas en el tiempo

como resultado de la interacción entre la corteza prefrontal, y el sistema mesolímbico asociado a la liberación de glucocorticoides, altera no solo la capacidad de respuesta cerebral a estímulos sociales, promoviendo conductas relacionadas con la agresividad, la incapacidad relacional y desconfianza, la ansiedad y fobia social (Cacioppo et al., 2015; Sapolsky. 2013), siendo los dos últimos factores corroborados por estudios como aspectos incrementados por el encarcelamiento en cárceles chilenas (Gabrysch et al., 2020; Mundt et al., 2013), sino también el funcionamiento del sistema circulatorio, aumentando la presión arterial en periodos extendidos de tiempo, lo que aumenta el riesgo de fallas cardiovasculares. (Sapolsky, 2007) Al mismo tiempo, se asocia con fallas en la respuesta inmune del cuerpo, la memoria en el largo plazo, la capacidad de digestión, el ciclo de sueño y atención, entre otros factores.

- Conviene señalar, que de acuerdo con el informe del INDH, se constató que más de 172 celdas solitarias, en 25 recintos, en los que no se determinó el uso efectivo de estas. En un contexto en que según el mismo informe señala que más del 50% de los recintos estudiados emplea medidas reglamentarias no reguladas, la práctica del aislamiento como castigo supone un espacio de eventuales vulneraciones a los DD.HH. de gran relevancia, con resultados evidentes en la condición física y mental de la población penal.

c) Violencia y agresiones: La violencia entre pares y la violencia institucional forman parte relevante de las dinámicas relacionales a los cuales la población penal se encuentra expuesta a ser víctima de afectaciones a su vida y la integridad física y psíquica de la población penal. (Ariza y Tamayo Arboleda, 2020; Barriga Cabanillas, 2012; Díaz Sobenes et al., 2021; Sanhueza y Pérez, 2019). Los estándares internacionales de derechos humanos disponen que se debe respetar y garantizar la vida e integridad personal de los habitantes de las prisiones, debiéndose asegurar condiciones adecuadas, concordantes con la dignidad personal. Explícitamente se menciona que se les debe proteger de amenazas, actos de tortura, ejecución, desaparición forzada, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, violencia

sexual, castigos corporales, castigos colectivos, intervención forzada o tratamiento coercitivo, y métodos que tengan como finalidad anular la personalidad o disminuir la capacidad física o mental de la persona. También se refiere que se deben tomar medidas para prevenir estos sucesos, en donde se enmarca la capacitación de funcionarios y funcionarias, junto con otras acciones. (INDH, 2019. p.242).

- Las consecuencias de la violencia física y psicológica, a nivel de salud mental, se encuentran ampliamente estudiadas en la población. Entre los principales factores se cuentan como consecuencia una alta prevalencia al desarrollo de trastornos ansiosos, depresión, consumo problemático de sustancias y estrés postraumático a consecuencia de ser víctima o percibir hechos de violencia en terceras personas, de forma directa o no. (Ceballos-Espinoza , et al. 2016; Hernández-Torres et al., 2019). El caso de las mujeres víctimas de violencia física, psicológica y sexual, como elementos de prevalencia en las dinámicas propias de una sociedad patriarcal, se consideran de gran relevancia en el desarrollo de trastornos agravados durante el encarcelamiento (Audi et al., 2018).
- De acuerdo con el estudio desarrollado por Ardino (2012) al respecto el factor del estrés postraumático a consecuencia de ser víctima de actos de violencia, constituye un factor de relevancia en el desarrollo de comportamientos violentos hacia terceras personas. En el caso de la población penal, de acuerdo con la misma investigación bibliográfica, da cuentas de una alta prevalencia a condiciones de victimización previa al comportamiento delictual, presentándose sobre todo casos de abuso en la infancia y la adolescencia como antecedentes presentes en un gran número de casos. (Ardino, 2012).
- Siguiendo el informe elaborado por el INDH, la construcción de casos de violencia en el contexto penitenciario chileno se da a partir de la recopilación de denuncias informadas al personal de Gendarmería y el desarrollo de procedimientos disciplinarios contra el personal. De esta recopilación, en 44 cárceles se corrobora la existencia de 101 casos de agresiones ejercidas por

personal de Gendarmería que iniciaron la apertura de procedimientos disciplinarios.

- En cuanto a la violencia entre pares, el informe refiere a un total de 4.370 denuncias por lesiones ocurridas en recintos penitenciarios durante el 2019, de esa muestra desagregando por tipos de agresión se contemplan: por agresión con elementos cortopunzantes (2.479 equivalentes al 56,7%), seguida por agresión corporal (1.148 equivalentes al 26,3%) y por agresión con elementos contundentes (743 equivalentes al 17,0%). El 83,8% de las personas lesionadas son hombres y un 16,2% son mujeres. Si estas cifras se comparan con los porcentajes de población penal en el mismo grupo, con un 91,9% de hombres y 8,1% de mujeres, se desprende que las mujeres sufren lesiones en mayor proporción que su aporte a la composición de la población penal. (INDH. 2019. P.256)

d) Cobertura de atención en Salud y Salud Mental: Diversos instrumentos internacionales en materia de DD.HH. establecen la obligación de los Estados de cumplir con cobertura en tratamientos de salud y salud mental para la población penal, en iguales condiciones a las existentes en el medio extramuros. Al respecto, tanto las Reglas Mandela sobre las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los reclusos, como Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, recogen entre sus principios y normas la obligatoriedad de contar con espacios y servicios de atención sanitaria y profesionales disponibles para cubrir toda clase de enfermedades y condiciones de salud en las cárceles, creando espacios especializados para mujeres y niños que sean atendidos en dichos recintos. La regla N°33 de los Principios y Buenas Prácticas sobre protección de personas privadas de libertad indica especialmente, que todo personal de salud debe informar inmediatamente al director del centro penitenciario en caso de que las condiciones de encarcelamiento generen un perjuicio físico o mental en el recluso.(INDH, 2019).

- Al respecto, el informe señala un notable problema de cobertura en la materia. En cuanto a la disponibilidad de profesionales, se consigna que en las 44

cárceles consultadas, solo se cuenta con 178 profesionales médicos, distribuidos de forma heterogénea. Al respecto señala: Se aprecia que la mayor cantidad de profesionales de la salud se concentra en algunos de los centros y regiones, consistentemente con su mayor población penal, como es el caso de CP Valparaíso (25), y el CDP Santiago Sur (14). En contraste, existen unidades penales que no cuentan con dotación de profesionales de la salud de Gendarmería: CCP San Felipe, CDP Casablanca, CP Rancagua, CDP Quirihue, CCP Collipulli, CCP Lautaro, CDP Curacautín y CDP Traiguén. En el caso de las cárceles concesionadas, la mayor parte del personal médico es de profesión paramédico, dando cuentas de la falta de especialización en el tratamiento intrapenitenciario. (INDH, 2019. Pp. 150-151).

- A lo anterior, se suma la falta de medicamentos en contexto penitenciario. Se informa respecto a este ámbito, que la mayoría no cuenta con medicamentos suficientes para atender a toda la población.
- Respecto al tratamiento ginecológico como área especializada en cárceles de mujeres, se informa que la mayor parte cuenta con acceso tanto a tratamientos como medicamentos anticonceptivos, solo excluyéndose el CPF San Miguel en que se informan problemas de acceso relacionados con la disponibilidad de atención profesional y listas de espera.
- En el ámbito de la Salud Mental y la atención, se informa que en 32 de los 44 centros consultados se verificaron casos de personas con algún trastorno mental en privación de libertad. Al respecto señala: En los diferentes informes se mencionan patologías presentes en la población penal, tales como esquizofrenia, depresión, bipolaridad, trastorno del sueño, insomnio, trastorno de personalidad, trastorno de la personalidad antisocial, limítrofe y borderline (sic), ansiedad o trastorno ansioso y crisis de pánico. También se reportan alteraciones asociadas al uso de drogas, las que son enunciadas como “farmacodependencia”, “consumo problemático de drogas” y “trastorno por abuso de sustancias”. En informes particulares de otras cárceles se reporta que no tienen habitantes con patologías mentales. (INDH, 2019. P. 160)

- A su vez, diversos reportes indican la inexistencia de acceso a medidas asociadas a problemas de Salud Mental. Así tanto en el CCP Santa Cruz como en el CDP Arauco, se informa la inexistencia de cobertura en la materia. En el último caso, se refiere la existencia de intentos de suicidios en el penal.
- Otros reportes indican altos ingresos de personas con problemas de Salud Mental (CCP Colina I) en centros sin tratamiento, falta de medicamentos (CDP Yungay).
- Algunos centros, ante la falta de regulación legal en la materia, indican la elaboración de protocolos internos, particularmente en cárceles de mujeres (CPF San Miguel, CPF San Joaquín, CDP Santiago Sur) y en el CDP Los Ángeles.
- En los reportes se identifica que existe atención de salud mental en 15 centros consultados, en un 34% del total (CCP San Felipe, CCP Los Andes, CP Valparaíso, CDP Santiago 1, CDP Santiago Sur, CPF San Miguel, CPF San Joaquín, CCP Rengo, CDP Peumo, CP Rancagua, CDP San Carlos, CCP Biobío, CDP Los Ángeles, CCP Nueva Imperial y CPF Temuco).
- Por el contrario, se registra que no existe atención de salud mental en 28 centros consultados siendo el 63% del total. (CDP Quillota, CDP Limache, CDP Petorca, CCP Colina I, CCP Colina II, CCP Punta Peuco, CDP Puente Alto, CDP Talagante, CCP, Santa Cruz, CCP Chillán, CDP Quirihue, CDP Yungay, CDP Arauco, CDP Lebu, CDP Mulchén, CP Concepción, CCP Coronel, CCP Collipulli, CDP Traiguén, CDP Curacautín, CDP Pitrufquén, CDP, Villarrica, CDP Angol CCP San Antonio, CDP Casablanca, UEAS, CCP Bulnes, CDP Yumbel y CCP Lautaro).

Desde la perspectiva bio-ética, es posible encontrar una serie de controversias relacionadas con el funcionamiento del sistema psiquiátrico forense a nivel nacional. La primera de ellas, dice relación con un fenómeno existente tanto dentro como fuera del régimen penitenciario, relacionado con la baja tasa de cobertura de profesionales de salud mental, lo cual conlleva que en la población en general solo el 38.5% de la población diagnosticada al año 2017 pudiera acceder a programas de tratamiento (Vivaldi, E. 2019), cifra que tiene un impacto aún mayor entre la población penal en proporción al considerarse la ausencia de programas efectivos en más de la mitad de los centros penitenciarios nacionales. (INDH. 2019).

Muchas veces, y de acuerdo con el informe elaborado por el Instituto Nacional de DD.HH., los procedimientos diagnósticos y tratamientos dentro del contexto penitenciario son llevados además por profesionales no especializados en salud mental, como es el caso de profesionales paramédicos al interior de las dependencias de salud general de los mismos recintos penitenciarios, precarizando aún más la condición de las personas privadas de libertad.

Respecto al mismo punto anterior, los centros penitenciarios al carecer de profesionales especializados en áreas relacionadas con el desarrollo de trastornos mentales, como son los médicos psiquiatras, deben generar un procedimiento administrativo interno que permita la petición de horas de atención clínica general en los hospitales base vinculados a los centros penitenciarios o reservar horas en el sistema público, el cual conlleva un engorroso procedimiento de espera y resolución, que, para posteriormente ser evaluado por un especialista por derivación al COSAM puede alcanzar más de 6 meses de demora (Vivaldi, E. 2019).

Un segundo aspecto de relevancia dice relación con las dificultades propias del cumplimiento penitenciario y el tratamiento psiquiátrico. El sujeto privado de libertad se encuentra en una condición de especial restricción de derechos, que frente a la intervención médica dificulta aún más la capacidad de desarrollar tratamientos efectivos y sujetos a una dinámica concordante con la práctica médica usual, existiendo problemas respecto a la privacidad del diagnóstico y las interacciones en la relación médico-tratante y paciente. (Bloch & Green, 2009 citado en Vivaldi, E. 2019).

A estos elementos, se le debe condicionar las falencias propias del tratamiento en casos de especificidad, como sucede con la población penal adolescente, un grupo de especial sensibilidad clínica considerando la etapa de desarrollo psico-biológico en el que se encuentra, y sobre el cuál existen niveles de vulneración de derechos propios del régimen de cumplimiento al que se sujeta a este grupo etario, sobre el cual se suman condiciones particulares que requieren un análisis y un tratamiento de mayor consideración al desarrollado en esta propuesta, centrados particularmente en las condiciones de vulnerabilidad de los centros de cumplimiento para infractores de ley, la concurrencia de actos de violencia y agresión por parte del personal tratante y gendarmería, así como la falta de profesionales especializados para efectuar tratamientos específicos con este grupo, lo cual, dificulta aún más la posibilidad efectiva de garantizar, en primer lugar, la no concurrencia de situaciones de vulneración de derechos, y en segundo lugar una asistencia y acompañamiento efectivo a los NNA. (Jaque, S. 2022).

Tomando en consideración estos antecedentes, las notables implicancias del régimen de encierro penitenciario en relación con los incumplimientos a las obligaciones en materia de DDHH que emanan de los instrumentos internacionales suscritos por Chile en la materia, dan cuenta de una notable falencia en el régimen de encierro penitenciario nacional, en relación con la materialización en recintos penitenciarios de graves vulneraciones a los DD.HH. Si a eso, se le adhiere las implicancias que poseen dichas vulneraciones en el estado físico y mental de la población, el panorama resulta desalentador frente a las cifras de éxito en los programas de reinserción social antes mencionados, al constatarse el evidente margen de vulneraciones ocurridas por razones tanto estructurales, como funcionales del régimen de encierro penitenciario en Chile.

CONCLUSIONES

Tras el largo camino recorrido en la presente propuesta hasta este punto, es posible elaborar algunas conclusiones en torno a la problematización relativa al régimen de encarcelamiento desde lo desarrollado en cada uno de los capítulos. Conviene señalar que se excluye de este análisis la abolición del régimen de encarcelamiento, aun cuando resultara concordante con las reflexiones que puedan surgir de lo expuesto.

1. Existe una larga evolución en torno a la finalidad de la pena, que aún a la fecha dentro de la discusión dogmática penal parece no resuelta, en tanto los fines retributivos y preventivos actúan en un sentido dinámico dependiendo de la orientación con la que se elaboren determinadas propuestas de política criminal, no asentados en sentido general y permanente a partir de la evidencia interdisciplinaria. A pesar de lo anterior, y siguiendo lo señalado por Zaffaroni, el fin preventivo especial positivo es el único que pone en el centro a la persona como sujeto de derechos en los fundamentos de la ejecución de la pena, y, por tanto, el único capaz de comprometer a los Estados a garantizar la efectiva tutela de Derechos Fundamentales y establecer mecanismos centrados en su propia condición durante la ejecución de la pena. (Zaffaroni.1997) En ese sentido, el fin resocializador de la pena, es el único concordante con el Estado Democrático de Derecho, y con los propios principios que fundaron el régimen de encarcelamiento.

2. En cuanto a los principios y límites de la ejecución de la pena en un Estado Democrático de Derecho, el marco normativo en torno a la situación de las personas privadas de libertad, particularmente relativo a las regulaciones del régimen penitenciario, es insuficiente para garantizar la efectiva garantía de derechos fundamentales por el Estado Chileno en torno a la situación de las personas privadas de libertad. Al caracterizarse la relación entre el Estado Chileno y las personas privadas de libertad en torno al modelo de sujeción especial, dada la ausencia de un criterio de reserva legal en este ámbito que delimite los aspectos estructurales y funcionales del régimen penitenciario, se abren flancos de abierta vulneración a los Derechos Humanos en contexto penitenciario precisamente por la falta de límites y marcos claros de acción para los agentes e instituciones estatales vinculadas con la situación de las personas privadas de libertad, lo que conlleva que la tutela de garantías se ejerza una vez que la afectación al sujeto ya ha ocurrido en instancia jurisdiccional.

3. Existen discordancias a nivel normativo entre las expectativas de resocialización y la legislación penal en cuanto a reincidencia. Las consideraciones relativas al empleo de la reincidencia como presupuesto para el agravamiento de la pena y restringir el acceso a beneficios, entre los que se incluyen los programas de reinserción social, resulta un ámbito controversial y contradictorio, pues se restringe el acceso a programas de reinserción social con miras a evitar la reincidencia a algunos segmentos de la población penal.

4. Aún a pesar de la serie de instrumentos internacionales que obligan a los Estados a cumplir con estándares mínimos de cumplimiento en materia penitenciaria, la evidencia empírica demuestra un alto nivel de incumplimiento en la materia por parte del Estado de Chile, el cual se manifiesta en afectaciones no solo a las condiciones de vida de la población penal, sino en consecuencia, a su posibilidad efectiva de reinserción social.

5. Las discrepancias doctrinales en torno a los factores influyen en el despliegue de la conducta criminal, se evidencian en torno a los elementos considerados para atribuir responsabilidad en la reflexión efectuada por el juez, y por otra parte resocializar a los sujetos en base a estos mismos factores en el contexto carcelario. La disociación entre la aceptación de la libre voluntad como presupuesto parcial, y el determinismo como presupuesto para la implementación de programas de reinserción social sujetos a la idea de que la conducta de los sujetos tiene factores biológicos, pero especialmente psicológicos y sociales subyacentes, resulta un aspecto contradictorio del análisis en torno a la criminalidad y las formas de enfrentarla.

6. De acuerdo con los estudios analizados y la literatura en referencia a estos, se concuerda con lo concluido por Zabala (2015) en el estudio desarrollado en España en base a la misma temática en dos aspectos: en primer lugar, no existen suficientes estudios que permitan sostener una correlación entre el encarcelamiento y un agravamiento en las condiciones de salud mental de la población penal sostenido en el tiempo, pero si durante los primeros meses de encarcelamiento, y en segundo lugar, que no existen suficientes estudios para relacionar la criminalidad con la existencia de trastornos específicos de base. El factor común más presente en la conducta criminal se manifiesta en comorbilidad al consumo de sustancias, como un elemento presente tanto en la población penal en general como en las personas diagnosticadas, aunque en el segundo caso da cuentas de mayor correlación. Aún a pesar de ello, si es posible concluir la existencia de una alta prevalencia de trastornos mentales presentes en el contexto

penitenciario tanto en el panorama nacional como internacional, lo cual da cuentas de que la Salud Mental es un factor criminógeno de relevancia a tomar en consideración al menos en primera instancia, en el contexto intrapenitenciario.

7. La diferencia existente entre el diagnóstico clínico y forense a partir de los objetivos de cada uno (terapéutico y jurídico), así como la desactualización diagnóstica y legal en torno a la valoración probatoria del peritaje forense, conlleva necesariamente a la reclusión de sujetos que aun a pesar de contar con determinadas condiciones mentales que podrían verse agravadas por el propio encarcelamiento, sean declarados imputables, lo cuál en base a la literatura estudiada, es especialmente relevante en el agravamiento de las condiciones mentales de base en trastornos como el TDAH o la depresión, en que el régimen de encierro contribuye efectivamente al agravamiento de estas condiciones de base.

8. Existen problemáticas funcionales y estructurales en el Modelo de Gestión Temática de Salud Mental relacionados con el procedimiento de diagnóstico forense en el proceso penal, que conllevan no solo una transposición de las funciones de Salud Mental en general de los establecimientos de salud y por efecto una falta de cobertura en este ámbito, sino también, problemáticas asociadas a la falta de especialización institucional al respecto, que conllevan una serie de aspectos perjudiciales en torno al propio proceso de diagnóstico y juzgamiento del imputado, los cuales en muchos casos, y especialmente en el caso de la responsabilidad penal adolescente, generan una incapacidad fáctica de atender las complejidades propias de cada sujeto de acuerdo a su condición.

9. Dentro de los programas de reinserción social, la Salud Mental no es considerada un factor criminógeno de relevancia, por lo cual la orientación de los programas de reinserción no se enfoca en los factores criminógenos asociados a este ámbito, generando una deficiencia programática en torno a la disponibilidad de medidas de reinserción enfocadas en las necesidades específicas de este segmento de la población penal evidenciables tanto en la falta de plazas, profesionales y programas específicos enfocados a este ámbito. A esto se incluyen otros grupos, como la población penal femenina y el tratamiento intrapenitenciario de sujetos con consumo problemático y adicciones.

10. Los resultados de los programas de reinserción no dan cuentas del cumplimiento efectivo del fin resocializador del encarcelamiento, en tanto se enfocan en segmentos reducidos de la población penal en general, y tampoco permiten medir los resultados efectivos de dichos programas al no contar con evidencia comparativa en otros estudios que den cuenta de los efectivos resultados de los programas de reinserción en Chile.

11. Existen condiciones estructurales y funcionales del régimen penitenciario chileno en torno al cumplimiento de los estándares mínimos de tratamiento de la población penal deficientes, como resultado de la ausencia de un marco normativo que determine la obligatoriedad legal de cumplir con la existencia de espacios y funciones orientadas a garantizar el efectivo ejercicio de los derechos de las personas privadas de libertad enfocadas en Salud Mental, aspectos que en muchos casos resultan constitutivos de vulneraciones a los derechos humanos, como el hacinamiento, el empleo discrecional de medidas correctivas de aislamiento, la falta de cobertura en servicios básicos y especializados en salud, además de la exposición a situaciones de violencia institucional y de pares, que promueven afectaciones a la salud mental que son considerados por la literatura consultada como factores criminógenos de relevancia, entre ellos, la agresividad, y que resultan fundamentales para una efectiva práctica resocializadora, dando cuentas de la insuficiencia del encarcelamiento respecto a sus propios fines y fundamentos.

Referencias

- Acevedo, N. (2015). *Culpabilidad Jurídico Penal y Neurociencias: Una Aproximación Multidisciplinaria a la Fundamentación y Justificación de la Culpabilidad Frente a los Actuales Avances Científicos*. [Tesis de Grado]. Universidad de Chile.
- Aguilar Cáceres, M. (2014). *Implicaciones Jurídicas, Psicológicas y Criminológicas del Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad (TDAH)*. [Tesis de grado]. Universidad de Murcia.
- Alfageme Redondo, S., Quesada Palacios, C., y Domínguez Moreno, A. (2020). Relación entre el factor prisionización y las dimensiones de personalidad de extraversión y neuroticismo de Eysenck. *Cuadernos de Medicina Forense*, 24(1-2), 14-22. http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-76062018000100014&lng=es&tlng=es
- Álvarez, P., Díaz, O., y Jordá, C. (2021). Trastorno de la Personalidad Antisocial y Delincuencia: Análisis de Sentencias (2009-2019). *EduPsykhé*, 18(1), 1-24.
- Amores-Villalba, A., y Mateos-Mateos, R. (2017). Revisión de la neuropsicología del maltrato infantil: la neurobiología y el perfil neuropsicológico de las víctimas de abusos en la infancia, *Psicología Educativa*, 23(2), 81 - 88. <https://doi.org/10.1016/j.pse.2017.05.006>.
- Añaños-Bedriñana, F. T., Burgos Jiménez, R. J., Rodríguez Sanjuán, A. M., Turbi Pinazo, A. M., y Llopis Llácer, J. J. (2017). Salud mental en prisión. Las paradojas socioeducativas. *EduPsykhé*, 6(1), 98-116.
- Appelbaum, P. S., Robins, P. y Monahan, J. (2000). Violence and Delusions: Data from the MacArthur Violence Risk Assessment Study. *American Journal of Psychiatry*, 157, 566 - 572. <http://dx.doi.org/10.1176/appi.ajp.157.4.566>
- Ardino, V. (2012). Offending behaviour: The role of trauma and PTSD. *European Journal of Psychotraumatology*, 3(1), 18968. <https://doi.org/10.3402/ejpt.v3i0.18968>
- Arias, L. (2022). Pena privativa de libertad de adultos en Chile: A medio camino entre la Sujeción Especial y la Posición de Garante del Estado respecto al privado de libertad. *Revista de Estudios de la Justicia*, 37. <https://doi.org/10.5354/0718-4735.2022.68168>

- Ariza, L. J., & Tamayo Arboleda, F. L. (2020). El cuerpo de los condenados. Cárcel y violencia en América Latina. *Revista de Estudios Sociales*, 73, 83-95. <https://doi.org/10.7440/res73.2020.07>
- Audi, C. A. F., Santiago, S. M., Andrade, M. da G. G., y Francisco, P. M. S. B. (2018). Common mental disorder among incarcerated women: a study on prevalence and associated factors. *Ciencia & Saude Coletiva*, 23, 3587–3596.
- Bahena-Trujillo, R., Flores, G., Instituto de Fisiología, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Puebla, Puebla, México., & Arias-Montaña, J. A. (2000). Dopamina: Síntesis, liberación y receptores en el Sistema Nervioso Central. *Revista Biomédica*, 11(1), 39-60. <https://doi.org/10.32776/revbiomed.v11i1.218>
- Baratta, A. (2004). *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal*. Siglo XXI Editores Argentina.
- Bardazzano, D., Corti, M., Duffau, M. y Trajtenberg, M. (Eds.) (2015). *Discutir la Cárcel, Pensar la Sociedad: Contra el Sentido Común Punitivo*. Ediciones Trilce.
- Barriga Cabanillas, O. (2012). Conductas violentas y hacinamiento carcelario. *Desarrollo y Sociedad*, (69), 33-71. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=169124301002>
- Beccaria, C. (2015). *Tratado de los delitos y de las penas*. (J.A., de Las Casas, Trad.). Universidad Carlos III de Madrid. (Trabajo original publicado en 1764).
- Bergalli, R. (1972). *Criminología en América latina*. Pannedille.
- Bergalli, R. (1982). *Crítica a la criminología*. Temis.
- Bergalli, R. (1983). *El pensamiento criminológico. Tomo I y Tomo II*. Temis.
- Bertolote, J. M. (2008). Raíces del concepto de salud mental. *World Psychiatry*, 6(2), 113–116.
- Bertone, M. S., Domínguez, M. S., Vallejos, M., Muniello, J. y López, P. L. (2013). VARIABLES ASOCIADAS A LA REINCIDENCIA DELICTIVA. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, 13, 47 - 58. <https://masterforense.com/pdf/2013/2013art3.pdf>
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2023). *Presupuesto de la Nación, 2023*. Recuperado el 31 de octubre de 2023 en:

<https://www.bcn.cl/presupuesto/periodo/2023/partida/10/capitulo/04/programa/02>

- Bonilla, J., y Fernández Guinea, S. (2006). Neurobiología y neuropsicología de la conducta antisocial. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, 6, 67 - 81.
- Brogna, P. (2006). El nuevo paradigma de la discapacidad y el rol de los profesionales de la rehabilitación. *Revista Inclusiones*, 18-21.
<https://revistainclusiones.org/index.php/inclu/article/view/547>
- Bullemore, V. R y MacKinnon, J. R. (2007). *Curso de derecho penal* (2a. ed.). LexisNexis.
- Caballero Martínez, L. (2007). Conceptos de enfermedad y trastorno mental. Clasificación. Trastornos clínicos y de la personalidad. Problemas psicosociales. Bases etiopatogénicas de los trastornos mentales. *Medicine - Programa de Formación Médica Continuada Acreditado*, 9(84), 5389-5395. [https://doi.org/10.1016/S0211-3449\(07\)74667-2](https://doi.org/10.1016/S0211-3449(07)74667-2)
- Cabrera, J., y Gallardo, R. (2013). Psicopatía y apego en los reclusos de una cárcel chilena. *Anuario de Psicología*, 43(1), 83 - 99.
- Cacioppo, J. T., Cacioppo, S., Capitanio, J. P. y Cole, S. W. (2015). The Neuroendocrinology of Social Isolation. *Annual Review of Psychology*, 66(1), 733-767.
- Cajal, M., Irurzún, J. I., Nadal, Z., Solimena, N., Widensky, B., Reyes, P., & Díaz Videla, M. (2018). Psicopatía, criminalidad y maltrato animal. En M. Díaz Videla & M. A. Olarte (Eds.), *Antozoología, multidisciplinario campo de investigación* (pp. 112-133). Editorial Akadia.
- Calderone, M. (2004) Sobre Violencia Simbólica en Pierre Bourdieu. *La Trama de la Comunicación*, (9), 59 – 70.
- Carmona, G. A. (1995). *La imputabilidad penal* (1. ed). Editorial Porrúa.
- Carranza, E. (2012). Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer? *Anuario de Derechos Humanos*, 8, 31-66. <https://doi.org/10.5354/adh.v0i8.20551>
- Carranza, E., Issa, H. & León, M. (1990). *Sistema penal y derechos humanos en Costa Rica: muertes violentas en hechos de intervención policial*. Editorial Educa.

- Casanueva Sanz, I. (2014). Una revisión del concepto de imputabilidad desde las ciencias de la salud. Su compatibilidad con la regulación penal vigente. *Estudios de Deusto*, 62(1), 15 - 32. [https://doi.org/10.18543/ed-62\(1\)-2014pp15-32](https://doi.org/10.18543/ed-62(1)-2014pp15-32)
- Castillo Panameño, A. R., Franco Zapata, L. S., y Muñoz Campo, P. A. (2021). *Manejo de la Salud Mental en las Personas Privadas de la Libertad en Instituciones Carcelarias de Latinoamérica: una Revisión Sistemática*. Universidad Cooperativa de Colombia.
- Castillo Ramírez, S. (1999). Importancia de la psiquiatría forense en el proceso penal. *Medicina Legal de Costa Rica*, 16(1-2), 14-21. http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00151999000200005&lng=en&tlng=es
- Castro, A. (2018). Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de imputados y condenados privados de libertad. *Anuario de Derechos Humanos*, (14) , 35 - 54. <https://doi.org/10.5354/0718-2279.2018.49161>
- Castro, A., Cillero, M., y Mera, J. (2010). *Derechos fundamentales de los privados de libertad: Guía práctica con los estándares internacionales en la materia*. Ediciones Universidad Diego Portales. <https://tinyurl.com/35y92mfy>.
- Ceballos-Espinoza, F., Chávez-Hernández, A. M., Padilla-Gallegos, G. M., y Leenaars, A. A. (2016). Suicidio en las cárceles de Chile durante la década 2006 - 2015. *Revista Criminalidad*, 58(3), 101 - 118. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-31082016000300009&lng=en&tlng=es.
- Cid Moliné, J., y Larauri Pijoan, E. (2001). *Teorías Criminológicas, explicación y prevención de la delincuencia*. Editorial Bosch.
- Código Procesal Penal*. (2000).
- Cofré, L. (2011). Idas y vueltas de la reincidencia en América Latina: estado de la normativa en Argentina, Colombia, Perú y Chile. Debates Penitenciarios. *Revista Electrónica del Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana* (16). https://www.cesc.uchile.cl/publicaciones/debates_penitenciarios_16.pdf.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>

- Corte Suprema de Chile (2017). *Fallo 05 de abril de 2017 de la Corte Suprema, en causa. Rol de ingreso N°11508-2017.*
- Cousiño, M. L. (1975). *Derecho Penal Chileno: Parte General*. Editorial Jurídica de Chile.
- Cury, E. (2008). *Derecho Penal, Parte General*. Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Demetrio Crespo, E. (2015). Libertad de Voluntad, Investigación sobre el Cerebro y Responsabilidad Penal. Aproximación a los Fundamentos del Moderno Debate sobre Neurociencias y Derecho Penal. *Revista Digital De Ciencias Penales De Costa Rica*, (7). <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/21390>.
- Demetrio Crespo, E. (2017). *Fragmentos sobre neurociencias y derecho penal*. Editorial B de F.
- Demetrio Crespo, E., y Maroto Calatayud, M. (Eds.). (2013). *Neurociencias y derecho penal: Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Edisofer.
- Díaz Cortes, L. M. (2007). *Algunas consideraciones sobre el castigo. Una perspectiva desde la sociología*. Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. https://core.ac.uk/display/230095229?utm_source=pdf&utm_medium=banner&utm_campaign=pdf-decoration-v1
- Díaz Sobenes, C., Maldonado Cerda, C., Valdés Riesco, A., Menay Caballero, J., Aguila Humeres, F., Vallejo Núñez, C., y Padilla Rubio, C. (2021). *Estado de Situación de la Salud Penitenciaria: Chile y el Mundo*. LEASUR.
- Douglas, K. S., Guy, L. S., & Hart, S. D. (2009). Psychosis as a risk factor for violence to others: A meta-analysis. *Psychological Bulletin*, 135(5), 679–706. <https://doi.org/10.1037/a0016311>
- Dreher, E. (1987). *Die Willensfreiheit: ein zentrales Problem mit vielen Seiten*. H. Beck.
- Duval, F., González, F., & Rabia, H. (2010). Neurobiología del estrés. *Revista Chilena de Neuro-Psiquiatría*, 48(4), 307-318. <https://doi.org/10.4067/S0717-92272010000500006>
- Durán Migliardi, M. (2011). Teorías Absolutas de la Pena: Origen y Fundamentos: Conceptos y Críticas Fundamentales a la Teoría de la Retribución Moral de Immanuel Kant a Própósito del Neo-Retribucionismo y del Neo-Proporcionalismo en el Derecho Penal

Actual. *Revista de Filosofía*, 67, 123-144. <https://doi.org/10.4067/S0718-43602011000100009>

Echeburúa, E., Muñoz, J. M., & Loinaz, I. (2011). La evaluación psicológica forense frente a la evaluación clínica: propuestas y retos de futuro. *International Journal of Clinical and Health Psychology*, 11(1), 141-159. The Editors of Encyclopaedia Britannica. (10 de diciembre de 2021). *guillotine*. Encyclopaedia Britannica. <https://www.britannica.com/topic/guillotine>

Engelhardt E. (2018). Cerebral localization of the mind and higher functions The beginnings. *Dementia & neuropsychologia*, 12(3), 321-325. <https://doi.org/10.1590/1980-57642018dn12-030014>

Esbec, E., y Echeburúa, E. (2016). Violencia y esquizofrenia: Un análisis clínico-forense. *Anuario de Psicología Jurídica*, 26(1), 70 - 79. <https://doi.org/10.1016/j.apj.2015.12.001>

Escobar Arriaga, E., Pérez Bautista, O., Ramírez Venegas, A., y Sansores, R. H. (2007). Efecto del daño de vías dopaminérgicas mesencefálicas en la conducta adictiva al tabaco: Revisión generadora de una hipótesis. *Revista del Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias*, 20(1), 56 - 63. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-75852007000100008&lng=es&tlng=es.

Escobar, J., González, B., Quiroz, M. & Rodríguez, G. (2008). Decesos en el sistema penitenciario: una descripción preliminar por tipo de muertes. *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, 35, 616 - 635. http://www.antonioacasella.eu/salute/Chile_2006.pdf

Falcone, D. (2016). La suspensión del procedimiento en razón de la presunta inimputabilidad por enajenación mental. *Nova criminis: visiones criminológicas de la justicia penal*, (12), 135 - 190.

Fayyad, J., De Graaf, R., Kessler, R., Alonso, J., Angermeyer, M., Demyttenaere, K., De Girolamo, G., Haro, J. M., Karam, E. G., Lara, C., Lépine, J.-P., Ormel, J., Posada-Villa, J., Zaslavsky, A. M., & Jin, R. (2007). Cross-national prevalence and correlates of adult attention-deficit hyperactivity disorder. *British Journal of Psychiatry*, 190(5), 402-409. <https://doi.org/10.1192/bjp.bp.106.034389>

- Fazel, S., & Danesh, J. (2002). Serious mental disorder in 23 000 prisoners: A systematic review of 62 surveys. *The Lancet*, 359(9306), 545-550. [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(02\)07740-1](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(02)07740-1)
- Fazel, S., Hayes, A. J., Bartellas, K., Clerici, M., & Trestman, R. (2016). Mental health of prisoners: Prevalence, adverse outcomes, and interventions. *The Lancet Psychiatry*, 3(9), 871-881. [https://doi.org/10.1016/S2215-0366\(16\)30142-0](https://doi.org/10.1016/S2215-0366(16)30142-0)
- [Fernández, G. \(2017\). La culpabilidad penal ante el desafío de las neurociencias. En Crespo Demetrio, E. \(aut.\), *Fragmentos sobre neurociencias y derecho penal*. 151-226. B de F.](#)
- Fernández, M. (2018). *La naturaleza jurídica del derecho penitenciario chileno y sus repercusiones en la relación jurídica penitenciaria*. [Tesis de Grado]. Universidad de Chile.
- Fernández Ruiz, J. M. (2021). Los desórdenes mentales en el código penal chileno: Un estudio sobre la inimputabilidad. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 34(2), 293-312. <https://doi.org/10.4067/S0718-09502021000200293>
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón*. (P. A. Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, Trad.). Editorial Trotta. (Texto original publicado en 1989).
- Feuerbach, P.J.A.R. (1989). *Tratado de derecho penal*. Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeyer (Trad.). Hamurabi. (Texto original publicado en 1801).
- Figuroa, F. (2018). Discapacidad psicosocial, salud mental y prisión en Chile. Aproximaciones hacia una sensibilización con enfoque de derechos humanos. *Revista De Derecho De La Universidad Católica De La Santísima Concepción*, 35(2), 11 - 26. <https://doi.org/10.21703/issn0717-0599/2018.n35-01>
- Forman, M. (1975). *Atrapado sin salida*. Fantasy Films.
- Foucault, M. (2000). *Vigilar y castigar*. Siglo XXI Editores Argentina.
- Fundación CADAH (2016). *Trastornos disruptivos, del control de los impulsos y la conducta*. <https://www.fundacioncadah.org/web/articulo/trastornos-disruptivos-del-control-de-los-impulsos-y-la-conducta.html>.
- Gabrysch, C., Sepúlveda, C., Bienzobas, C., & Mundt, A. P. (2020). 'Maybe It Is Only in Prison That I Could Change Like This': The Course of Severe Mental Illnesses During Imprisonment –

- A Qualitative 3-Year Follow-Up Study From Chile. *Frontiers in Psychology*, 11, 1208.
<https://doi.org/10.3389/fpsyg.2020.01208>
- Galdámez Zelada (2008). La Progresividad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, (1), 9 - 158.
- Gallo Lopez, A., Garcia Andrade, F., Posada Chica, C., Torres Mejia, S., & Zuluaga Peña, J. (2021). *Indicadores de trastornos depresivos en un individuo en condición Ex - carcelaria*. [Trabajo de grado profesional]. Tecnológico de Antioquia, Institución Universitaria
- García-Pablos de Molina, A. (2008). *Criminología: Fundamentos y principios para el estudio científico del delito, la prevención de la criminalidad y el tratamiento del delincuente*. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.
- Garland, D. (1999). *Castigo y sociedad moderna, un estudio de teoría social*. Siglo XXI Editores Argentina.
- Garrido Montt, M. (2015). *Manual de Derecho Penal II*. Editorial Jurídica de Chile.
- GBD 2019 Mental Disorders Collaborators. (2022) Global, regional, and national burden of 12 mental disorders in 204 countries and territories, 1990–2019: A systematic analysis for the Global Burden of Disease Study 2019. *The Lancet Psychiatry*, 9(2), 137-150.
[https://doi.org/10.1016/S2215-0366\(21\)00395-3](https://doi.org/10.1016/S2215-0366(21)00395-3)
- Gendreau, P., Little, T. y Goggin, C. (1996). A Meta-Analysis of the Predictors of Adult Offender Recidivism: What Works!. *Criminology* 4(4), 575 - 607.
- Gernet, L. (1998). *Anthropologie de la Grèce Antique*. FLAMMARION.
- Ghanizadeh, A., Mohammadi, M. R., Akhondzadeh, S. y Sanaei-Zadeh, H. (2011) Attention deficit hyperactivity disorder in imprisoned individuals--a review. *Psychiatr Danub*. 23(2), 139 - 144.
- Gilmore, J. H. (2010). Understanding What Causes Schizophrenia: A Developmental Perspective. *American Journal of Psychiatry*, 167(1), 8 - 10.
<https://doi.org/10.1176/appi.ajp.2009.09111588>
- Gloger, S., Martínez, P., Behn, A., Chacón, M. V., Cottin, M., Diez De Medina, D., & Vöhringer, P. A. (2021). Population-attributable risk of adverse childhood experiences for high suicide risk, psychiatric admissions, and recurrent depression, in depressed outpatients.

- Goff, A., Rose, E., Rose, S., & Purves, D. (2007). Does PTSD occur in sentenced prison populations? A systematic literature review. *Criminal Behaviour and Mental Health*, 17(3), 152-162.
<https://doi.org/10.1002/cbm.653>
- Goffman, E. (2001). *Internados: Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales y otros reclusos* (M. Oyuela, Trad.). Amorrortu Editores. (Trabajo original publicado en 1961).
- González-Guerrero, L. (2011). *Trastornos de la personalidad: influencia sobre la conducta delictiva y repercusiones forenses en la jurisdicción penal*. [Tesis de doctorado]. Universidad Complutense de Madrid, Madrid.
- Goomany, A., y Dickinson, T. (2015). The influence of prison climate on the mental health of adult prisoners: A literature review. *Journal of Psychiatric and Mental Health Nursing*, 22(6), 413 - 422. <https://doi.org/10.1111/jpm.12231>
- Greene, R., y Dalton, K. (1953). The Premenstrual Syndrome. *BMJ*, 1(4818), 1007 - 1014.
<https://doi.org/10.1136/bmj.1.4818.1007>
- Guendelman, S., Garay, L., & Miño, V. (2014). Neurobiología del trastorno de personalidad límite. *Revista Médica de Chile*, 142(2), 204-210. <https://doi.org/10.4067/S0034-98872014000200009>
- Guerra Espinosa, R. (2019). Impulso irresistible en el miedo insuperable. *Política Criminal*, 14(28), 54-94. <https://doi.org/10.4067/S0718-33992019000200054>
- Guija, J. A. (2001) Valoración psiquiátrica y legal de la epilepsia. *Cuadernos de Medicina Forense*, (25), 23 - 40. <https://scielo.isciii.es/pdf/cmfn25/original3.pdf>
- Gutiérrez Muñoz, V. (2020). *La inimputabilidad por enajenación mental como causal excluyente del juicio de reproche y su interpretación en el delito de parricidio*. [Tesis de grado]. Universidad de Chile.
- Hardy, T. (1998). *HISTORIA DE LA PSICOLOGÍA. Principales corrientes en el pensamiento psicológico*. Prentice Hall. (Trabajo original publicado en 1980).
- Hartmann, N. (1962). *Ethik*. Walter de Gruyter.

- Henríquez, M. (2018). *Estatuto de la Discapacidad Mental y Regulación Determinante de Deberes de Cuidado de Internados en Régimen Psiquiátrico*. [Tesis de Grado]. Universidad de Chile.
- Hernández-Torres, S., González-González, C., Medina-Dávalos, R., Madrigal-De León, E. Á. y Calderón-Rivera, D. (2019). Violencia percibida y psicopatología en una muestra de sujetos expuestos a violencia social. *Sal Jal*, (6), 22 - 30.
- Holtzman, E. (1986). Premenstrual symptoms: no legal defense. *St. John's Law Review*, 60(4), 712 - 715.
<https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/stjohn60&id=717&men tab=srchresults>
- Horvitz, M. I. (2018). La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza? *Política Criminal*, 13(26), 904-951. <https://doi.org/10.4067/S0718-33992018000200904>
- Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2021). *Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile 2019: Diagnóstico del Cumplimiento de los Estándares Internacionales de Derechos Humanos en la Privación de Libertad*. <https://bibliotecadigital.indh.cl/items/e87ac642-75c7-4b2a-adf2-af3f52952dbb>
- Irarrázaval, M., Prieto, F., & Armijo, J. (2016). Prevención e intervenciones tempranas en salud mental: Una perspectiva internacional. *Acta Bioethica*, 22(1), 37-50. <https://doi.org/10.4067/S1726-569X2016000100005>
- Jahoda, M. (1958). *Currents Concepts of Positive Mental Health*. Basis Books.
- Jakobs, G. (1995). *Derecho Penal. Parte General*. C. Contreras y S. Gonzáles de Murillo (Trads.).
- Kandel, E., Schwartz, J., y Jessel, T. (1997). *Neurociencia y conducta*. Prentice-Hall.
- Kant, I. 2007. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. M. García Morente (Trad.) Pedro M. Rosario Barbosa. (Trabajo original publicado en 1758).
- Künsemuller, C. (1998). La circunstancia agravante de reincidencia. *Gaceta Jurídica*, 212, 61-71.
- Laajasalo, T., y Häkkänen, H. (2006). Excessive violence and psychotic symptomatology among homicide offenders with schizophrenia. *Criminal Behaviour and Mental Health*, 16, 242-253.

- Laakso, M. P., Vaurio, O., Koivisto, E., Savolainen, L., Eronen, M., Aronen, H. J., Hakola, P., Repo, E., Soininen, H., & Tiihonen, J. (2001). Psychopathy and the posterior hippocampus. *Behavioural Brain Research*, 118(2), 187-193. [https://doi.org/10.1016/S0166-4328\(00\)00324-7](https://doi.org/10.1016/S0166-4328(00)00324-7)
- Levine, S., Coe, C., & Wiener, S. G. (1989). Psychoneuroendocrinology of stress: A psychobiological perspective. In F. R. Brush & S. Levine (Eds.), *Psychoendocrinology* (pp. 341–377). Academic Press; Harcourt Brace Jovanovich.
- León-Mayer, E., Cortés, M. S., & Folino, J. (2014). Descripción multidimensional de la población carcelaria chilena. *Psicoperspectivas. Individuo y Sociedad*, 13(1), 68-81. <https://doi.org/10.5027/psicoperspectivas-Vol13-Issue1-fulltext-243>
- Lombardi, A. (2017). El Experimento de Libet y sus Replicaciones. *Naturaleza y Libertad*, (8).
- López Melero, M. (2011). *Los derechos fundamentales de los presos y su reinserción social*. [Tesis de Grado]. Universidad de Alcalá.
- Magalhães, J. (2018) Derecho y capitalismo: Una lectura a la luz de Althusser y Pachukanis. *Revista Derechos en Acción*, (9), 290-326.
- Manual Diagnóstico Y Estadístico De Los Trastornos Mentales*. (2014). DSM-5. Editorial Médica Panamericana.
- Mañalich, J. P. (2007). La Pena como Retribución. *Estudios Públicos*, 108, 117 - 205.
- Mark, H. W. (02 de mayo de 2022). *Toma de la Bastilla*. (A. Cardozo, Trad.). World History Encyclopedia. <https://www.worldhistory.org/trans/es/1-20766/toma-de-la-bastilla/>
- Martínez Sánchez, W. (2019). *La inimputabilidad por trastorno mental: Un estudio de su determinación a partir de la racionalidad comunicativa y la teoría de sistemas*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. <https://doi.org/10.12804/tj9789587843569>
- Massoglia, M. (2008). Incarceration as exposure: the prison, infectious disease, and other stress-related illnesses. *Journal of health and social behavior*, 49(1), 56 - 71. <https://doi.org/10.1177/002214650804900105>.
- McGregor, K., Castle, D., & Dolan, M. (2012). Schizophrenia spectrum disorders, substance misuse, and the four-facet model of psychopathy: The relationship to violence.

- Schizophrenia Research*, 136(1-3), 116 - 121.
<https://doi.org/10.1016/j.schres.2011.09.010>
- Meini, I. (2013). La Pena: Función y Presupuestos. *Revista de la Facultad de Derecho*, (71), 141 – 167. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4906541>
- Méndez, L. (2018). *Derecho Penitenciario*. Oxford University Press
- Messuti, A. (2014). Pena y Secularización. En *La rehabilitación social en el contexto latinoamericano*. Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Subsecretaría de Desarrollo Normativo.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Gendarmería de Chile. (2019). *Evaluación Programas Gubernamentales: Programas de Rehabilitación y Reinserción Social. Resumen Ejecutivo (EPG)*.
- Miranda Hiriart, G. (2018). ¿De qué hablamos cuando hablamos de salud mental? *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23(83), 86 - 95. <https://doi.org/10.5281/ZENODO.1438570>
- Mir Puig, S. (1974). *La reincidencia en el Código Penal*. Bosch Casa Editorial.
- Mir Puig, S. (1989). ¿Qué queda en pie de la resocialización? Eguskilore, *Cuaderno de Instituto Vasco de Criminología, Extraordinario*, (2), 35 - 41.
<https://www.ehu.eus/documents/1736829/2162989/06+-+Que+queda+en+pie+de+la+resocializacion.pdf>
- Mir Puig, S. (1998). *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*. BOSCH Casa Editorial.
- Monteverde Sánchez, A., Castro Valdebenito, H. J., y Saavedra Ávila, J. (2018). Modelos, tendencias y cotidianidades en los inicios de la Cárcel Penitenciaria de Santiago de Chile.1843-1860. *Diálogos Revista Electrónica de Historia*, 19(1), 69 - 101.
<https://dx.doi.org/10.15517/dre.v19i1.30096>
- Morales Peillard, A., Muñoz Correa, N., Welsch Chahuán, G., y Fábrega Lacoa, J. (2015). *La Reincidencia en el Sistema Penitenciario Chileno*. Fundación Paz Ciudadana.
<https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3301/Reincidenciaenelsistemapenitenciariochileno.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Morse, S. J. (2011). *Neuroscience and the Future of Personhood and Responsibility*. All Faculty Scholarship, 402. https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/402
- Mundt, A. P., Alvarado, R., Fritsch, R., Poblete, C., Villagra, C., Kastner, S., & Priebe, S. (2013). Prevalence Rates of Mental Disorders in Chilean Prisons. *PLoS ONE*, 8(7), e69109. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0069109>
- Naciones Unidas. (2008). *Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Volumen I. Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales Adoptadas por Órganos Creados en Virtud de Tratados de Derechos Humanos*. HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I). <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/422/38/PDF/G0842238.pdf?OpenElement>
- Nash Rojas, C. (2016). *Derechos humanos y proceso penal: estándares de la jurisprudencia interamericana*. Ubijus. <http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/32444.pdf>
- Nash Rojas, C., y Núñez Donald, C. (2018). Impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la protección jurisdiccional de grupos en situación de discriminación estructural en Chile. *Estudios Constitucionales*, 16(2), 221-270. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002018000200221>
- Navarro, R. (2017). *Criterios de actuación jurídica del Ministerio Público. Análisis Dogmático y Compendio*. Librotecnia.
- Nepesa. (15 de marzo de 2016). *Áreas y funciones cerebrales V: Corteza Prefrontal Dorsolateral*. <https://nepesa.es/areas-y-funciones-cerebrales-v-corteza-prefrontal-dorsolateral/>
- Nestor, P. G., Haycock, J., Doiron, S., Kelly, J., & Kelly, D. (1995). Lethal violence and psychosis: a clinical profile. *The Bulletin of the American Academy of Psychiatry and the Law*, 23(3), 331-341.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2021). *Los Datos Importan. Casi doce millones de personas privadas de la libertad a nivel mundial casi un tercio sin condena, con cárceles sobrepobladas en la mitad de los países*. https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/Data_Matters_1_prison_spanish.pdf

- Organización Mundial de la Salud. (2001). *Informe sobre la salud en el mundo 2001. Salud mental: nuevos conocimientos, nuevas esperanzas*. Organización Mundial de la Salud. <https://apps.who.int/iris/handle/10665/42447>
- Organización Mundial de la Salud. (2013). *Plan de Acción Integral sobre Salud Mental 2013 - 2030*. Organización Mundial de la Salud. <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/357847/9789240050181-spa.pdf?sequence=1>
- Organización Mundial de la Salud. (2021). *ley 21.231*. Organización Mundial de la Salud.
- Organización Mundial de la Salud. (2022). *Clasificación Internacional Estadístico de enfermedades y problemas relacionados con la salud* (11 ed.). Organización Mundial de la Salud.
- Osher, F., Steadman, H. J. y Barr, H. (2002). *A best practice approach to community re-entry from jails for inmates with co-occurring disorders: The APIC model*. National GAINS Center.
- de Pablos Carmona, M. (2014). *La influencia de la Ilustración en el Derecho Penal: Revisión y actualidad* [Tesis de Grado]. Universidad Pontificia Comillas.
- Paredes, J. (2018). *Institucionalización en psiquiatría forense. Percepción desde el equipo de trato directo de la Unidad de Cumplimiento de Medida de Seguridad del Instituto Psiquiátrico Dr. José Horwitz Barak*. [Tesis de Magister]. Universidad Academia de Humanismo Cristiano.
- Parra, S., Molina, J., Huertas, D., Blasco-Fontecilla, H., Pascual-Pinazo, F., & Mora, F. (2008). Violencia asociada con los trastornos esquizofrénicos. *Archivos de psiquiatría*, 71(2), 109 - 127.
- Pérez, C. (2004). La persona del derecho penal en la filosofía del derecho en J. Barja de Quiroga y J. Zugaldía Espinar (Coords.), *Dogmática Ley penal: Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*. (Tomo I). Editorial Marcial Pons.
- Pérez, E., & Ruiz, S. (2017). El consumo de sustancias como factor de riesgo para la conducta delictiva: Una revisión sistemática. *Acción Psicológica*, 14(2), 33 - 50. <https://doi.org/10.5944/ap.14.2.20748>
- Pérez Fernández, F. y Peñaranda Ortega, M. (2017). El debate en torno a los manicomios entre los siglos XIX y XX: el caso de Nellie Bly. *Revista de la Asociación Española de*

- Neuropsiquiatría*, 37(131), 95 - 112. Recuperado el 26 de octubre de 2023 en http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0211-57352017000100006&lng=es&tlng=es.
- Pérez Pérez, R. M. (2013). *Psiquiatría forense. Apuntes Medicina legal y forense. Módulo 1*.
- Phillips, T. (2019). *Joker*. Warner Bros.
- Politoff, S. (1997). *Derecho Penal, Tomo I*. Editorial Conosur.
- Politoff, S. (1998). FINES DE LA PENA Y RACIONALIDAD EN SU IMPOSICIÓN. *Ius et Praxis*, 4(2), 9 - 16. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19740203>
- Politoff, S., Matus, J. P. y Ramírez, M. C. (2003). *Lecciones de derecho penal chileno*. Editorial Jurídica de Chile
- Pozueco Romero, J. M., Romero Guillena, S. L., & Casas Barquero, N. (2011). Psicopatía, violencia y criminalidad: Un análisis psicológico-forense, psiquiátrico-legal y criminológico (Parte II). *Cuadernos de Medicina Forense*, 17(4), 175-192. <https://doi.org/10.4321/S1135-76062011000400002>
- Pratt, T. C., Cullen, F. T., Blevins, K. R., Daigle, L., & Unnever, J. D. (2002). The Relationship of Attention Deficit Hyperactivity Disorder to Crime and Delinquency: A Meta-Analysis. *International Journal of Police Science & Management*, 4(4), 344-360. <https://doi.org/10.1350/ijps.4.4.344.10873>
- Prince, M., Patel, V., Saxena, S., Maj, M., Maselko, J., Phillips, M. R., & Rahman, A. (2007). No health without mental health. *The Lancet*, 370(9590), 859-877. [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(07\)61238-0](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(07)61238-0)
- Prinz, W. (2004). Kritik des freien Willens. *Psychologische Rundschau*, 55(4), 198-206. <https://doi.org/10.1026/0033-3042.55.4.198>
- Quintano Ripollés, A. (1963). *Curso de derecho penal. Tomo I y Tomo II*. Revista de derecho privado.
- Quirós, Frank Harbottle. (2017). Inimputabilidad, peligrosidad criminal y medidas de seguridad curativas: mitos y realidades. *Revista de la Facultad de Derecho*, (42), 72-93. <https://doi.org/10.22187/rfd201715>

- Harbottle Quirós, Frank. (2019). Psicopatía y capacidad de culpabilidad: un acercamiento al debate actual. *Medicina Legal de Costa Rica*, 36(1), 135-146. Retrieved December 24, 2023, en http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S140900152019000100135&lng=en&tlng=es.
- Ramos Vásquez, J. A. (2017). La pregunta por la libertad de acción. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, 9(16), 79 - 104.
- Real Academia Española. (s/f). *Pena*. En Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Recuperado en 28 de octubre de 2023. <https://dle.rae.es/pena>
- Resano Moreno, E. (2014). Observaciones acerca del uso de las ordalías durante la Antigüedad Tardía (siglos IV-VII d.C.) *Cuadernos de Historia del Derecho*, 21, 167 - 188.
- Restrepo, D. A. y Jaramillo, J. C. (2012) Concepciones de salud mental en el campo de la salud pública. *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*, 30(2), 202-211.
- Revista Chilena de Neuro-Psiquiatría. (2014). *DSM-5. Nueva clasificación de los trastornos mentales*. 2(1).
- Reyes, V. (2016). *Factores Psicosociales en Estado Depresivo Mayor*. [Tesis de Grado]. Universidad de Guayaquil.
- Reynaud, C. (2016). ¿CORREGIR LA PRISIÓN?: Una vuelta al castigar de otro modo elaborado por la primera asamblea legislativa francesa (17 de junio 1789-30 septiembre 1791). *TesisPaper*, (16), 1 - 5. <https://hal.science/hal-01445292v1/file/TP-16-Reynaud-Esp%20.pdf>
- Romero Martínez, Á. (2022). ¿Existe una relación entre la esquizofrenia y la violencia y los homicidios?: Is there a relationship between schizophrenia and violence and homicides? *ARS MEDICA Revista de Ciencias Médicas*, 47(1), 58-64. <https://doi.org/10.11565/arsmed.v47i1.1844>
- Roth, G., y Merkel, G. (2008) en Grün et al. (Hrsg.), *Entmoralisierung des Rechts*.
- Ruiz, M. (2020). La arquitectura penitenciaria como representación del castigo. Las maneras de comprender la pena de prisión en la historia. *Polít. Crim.*, 15(29), 406-451
- Salcedo, M. (2014). *Determinismo psíquico, responsabilidad moral y psicoanálisis*. Editorial Bonaventuriana.

- Sánchez Páez, L. D. (2020). Neurociencia e inimputabilidad en el sistema de justicia penal acusatorio. *Revista Mexicana De Ciencias Penales*, 3(12), 161-174. <https://doi.org/10.57042/rmcp.v3i12.371>
- Sánchez González, R., & Gómez Durán, E. L. (2010). Trastorno psicótico inducido por alcohol: Criminalidad y tratamiento ambulatorio involuntario. *Revista Española de Medicina Legal*, 36(1), 41-44. [https://doi.org/10.1016/S0377-4732\(10\)70033-X](https://doi.org/10.1016/S0377-4732(10)70033-X)
- Sandoval, D. y Arancibia, A. (2021). *Tratamiento del elemento cognitivo de la imputabilidad en el derecho penal chileno: Análisis de su evolución conceptual, elementos constitutivos y el juicio de reproche*. [Tesis de Grado]. Universidad de Valparaíso.
- Sanguino Cuellar, K. D. y Baene Angarita, E. M. (2016). La resocialización del individuo como función de la pena. *Revista Academia & Derecho*, 7(12).
- Sanhueza, G., y Pérez, F. (2019). Explorando el “desempeño moral” en cárceles chilenas y su potencial en la reinserción. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 64(236). <https://doi.org/10.22201/fcpys.2448492xe.2019.236.63108>
- Sapolsky, R. (2013). *¿Por qué las cebras no tienen úlceras? La guía del estrés*. Alianza Editorial.
- Sapolsky, R. (2017) *Compórtate*. Captain Swing.
- Searle, J. (1992). *The Rediscovery of Mind*. Bradford Books.
- Sepúlveda, R. (2009). *Determinación de serotonina y factor plaquetario-4 en plaquetas de pacientes con trastorno depresivo mayor*. [Tesis de Doctorado]. Universidad Autónoma de Nuevo León-Harvard University.
- Shadrina, M., Bondarenko, E. A., & Slominsky, P. A. (2018). Genetics Factors in Major Depression Disease. *Frontiers in Psychiatry*, 9, 334. <https://doi.org/10.3389/fpsy.2018.00334>
- Sheerin, D. (2004) Psychiatric disorder and adolescent sexual offending en G. O'Reilly (Ed.), *Handbook of clinical intervention with young people who sexually abuse*. Brunner-Routledge.
- Slachevsky, A. (2007). La neuroética: ¿Un neologismo infundado o una nueva disciplina? *Revista Chilena de Neuro-Psiquiatría*, 45(1), 12 - 15

- Soon, C. S., Brass, M., Heinze, H.-J., & Haynes, J.-D. (2008). Unconscious determinants of free decisions in the human brain. *Nature Neuroscience*, 11(5), 543-545. <https://doi.org/10.1038/nn.2112>
- Stevenson, R. L. (1994). *El Extraño Caso del Dr. Jekyll y Mr. Hyde*. J. Éscobar Isaza (Trad.). Editorial Norma. (Trabajo original publicado en 1886).
- Subsecretaría de Prevención del Delito, Gobierno de Chile. (2021). *Orientaciones Técnicas de Prevención Social*. <https://depp.spd.gov.cl/wp-content/uploads/2022/01/2021-01-27-OOTT-Final-RED-VE-NNA.pdf>
- Tellez-Vargas, J., (2000). La Noradrenalina. Su rol en la depresión. *Revista Colombiana de Psiquiatría*, 29(1), 59-73.
- Undurraga Tschischow, M. C. (2022). *Los aspectos subyacentes a la conducta antisocial: Una mirada hacia el funcionamiento estructural de la personalidad en delinquentes adictos*. [Tesis de Doctorado]. <https://doi.org/10.7764/tesisUC/PSI/64305>
- Unnever, J. D., Cullen, F. T., & Pratt, T. C. (2003). Parental management, ADHD, and delinquent involvement: Reassessing Gottfredson and Hirschi's general theory. *Justice Quarterly*, 20(3), 471-500. <https://doi.org/10.1080/07418820300095591>
- Urbina, V., Cifuentes, L., y Céspedes, C. (19 de agosto de 2020). *Cuarentena en la cárcel: una doble condena de aislamiento*. Vergara240. Recuperado el 31 de octubre de 2023. <https://vergara240.udp.cl/cuarentena-en-la-carcel-una-doble-condena-de-aislamiento/>
- Valbuena, R. (2021). *La incidencia de los problemas de Salud Mental en la población penitenciaria española y la respuesta de la Administración a esta realidad*. [Tesis de Magíster]. Universidad de Barcelona.
- Vallejo Ruiloba, J. (2011). *Introducción a la psicopatología y la psiquiatría*. Elsevier España.
- Van Wijk, A. Ph., Blokland, A. A. J., Duits, N., Vermeiren, R., & Harkink, J. (2007). Relating psychiatric disorders, offender and offence characteristics in a sample of adolescent sex offenders and non-sex offenders. *Criminal Behaviour and Mental Health*, 17(1), 15-30. <https://doi.org/10.1002/cbm.628>

- Vera, C., Márquez, M., & Reveco, F. (2021). *Estudio de brechas de psiquiatría forense. Informe final: Caracterización de Oferta y Demanda*.
- Vicente, B., Saldivia, S., & Pihán, R. (2016). Prevalencias y brechas hoy: Salud mental mañana. *Acta Bioethica*, 22(1), 51-61. <https://doi.org/10.4067/S1726-569X2016000100006>
- Vicente, N., Díaz, H. y Ochoa, E. (2001). Consumo de sustancias en pacientes con esquizofrenia. *Psiquiatría*, (5). <http://www.psiquiatria.com/revistas/index.php/Psiquiatriacom/article/viewFile/412/394/>
- Vicuña Mackenna, B. (1857). *Memoria sobre el sistema penitenciario en general y su mejor aplicación en Chile*. [Tesis de Grado]. http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/1857/de-vicunamackenna_b/pdfAmont/de-vicunamackenna_b.pdf.
- Villagra, C. (2009). *Hacia una política post-penitenciaria en Chile*. Ril Editores.
- Villagra, C. (2014). Aspectos criminológicos para la comprensión de la reincidencia delictiva. En C. Villagra Pincheira, O, Espinoza Mavila y F. Martínez Mercado (Eds.). *La Medición de la Reincidencia y sus Implicancias en la Política Criminal* (109 - 141). Centro de Estudios de Seguridad Ciudadana (CESC).
- Vivaldi, E. (2019). *Implicancias Bioéticas Y Biopolíticas Del Cruce Medicolegal En La Determinación De Imputabilidad Penal*. [Tesis de Magister] Universidad de Chile.
- Vovelle, M. (2000). *Introducción a la historia de la Revolución Francesa* (M. A. Galmarini, Trad.). Editorial Crítica. https://historia1imagen.files.wordpress.com/2009/03/michel_vovelle_-_introduccion_a_la_historia_de_la_revolucion_francesa12.pdf
- Walsh, E., Buchanan, A., y Fahy, T. (2002) Violence and schizophrenia: examining the evidence. *British Journal of Psychiatry*, 180, 490-495.
- Welzel, H. (1978). *Lo permanente y lo transitorio en la Ciencia del Derecho Penal*. Revista Mexicana de Ciencias Penales.
- Welzel, H. (2004). *El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. J. Cerezo Mir (Trad.). B de F. (Trabajo original publicado en 1964).
- Wheeler, S. (1961). Socialization in Correctional Communities. *American Sociological Review*, 26(5), 697. <https://doi.org/10.2307/2090199>

- Wilenmann Von Bernath, J. (2018). Sobre el discurso de legitimación política de la pena estatal. Una crítica de su estructuración tradicional. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 31(1), 347-371. <https://doi.org/10.4067/S0718-09502018000100347>
- Wundt, W. (1873). *Fundamentos de la psicología fisiológica*.
- Zabala, M. d. C. (2015). *Prevalencia de trastornos mentales en prisión: análisis de la relación con delitos y reincidencia*. [Tesis de doctorado]. Universidad Complutense de Madrid.
- Zaffaroni, E. R. (1997). La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo. THEMIS Revista De Derecho, (35), 179-191. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11766>
- Zaffaroni, E. R. (1998). *Tratado de Derecho Penal*. EDIAR.
- Zecchin de Fasano, G. (Coord.) (2018). Critón : Griego clásico. Cuadernos de textos. Serie Diálogos Platónicos. La Plata : EDULP. (Libros de Cátedra. Sociales). En Memoria Académica. Disponible en: <https://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/libros/pm.4818/pm.4818.pdf>.