

CUNEO, Silvio. "Prisión perpetua y dignidad humana. Una reflexión tras la muerte de Manuel Contreras".

*Polít. crim.* Vol. 11, N° 21 (Julio 2016), Art. 1, pp. 1-20.

[[http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_11/n\\_21/Vol11N21A1.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_21/Vol11N21A1.pdf)]

**Prisión perpetua y dignidad humana.  
Una reflexión tras la muerte de Manuel Contreras**

**Life imprisonment and human dignity.  
A reflection following the death of Manuel Contreras**

Silvio Cuneo Nash

Dr. en Derecho Universidades Pompeu Fabra y de Trento

[silviocuneo@gmail.com](mailto:silviocuneo@gmail.com)

**Resumen**

El reconocimiento de la dignidad humana y el respeto por los derechos fundamentales no puede restringirse a una categoría de seres humanos. La posibilidad de concebir *no-personas* a las que es dable aplicar un Derecho penal de enemigos es incompatible con una concepción liberal, de *ultima ratio*, del Derecho penal.

La humanización del Derecho penal se manifiesta en que muchas sociedades contemporáneas han ido suprimiendo y limitando la pena de muerte. Sin embargo, las penas perpetuas o extensas se mantienen y aumentan sin una justificación teórica o filosófico-jurídica de las mismas por parte de las leyes que las contemplan.

En este artículo intentaremos responder diversas interrogantes sobre las posibles justificaciones de la prisión perpetua, analizando las distintas teorías sobre el fin de la pena y viendo, con cada teoría, si es posible justificar la prisión perpetua u otras penas privativas de libertad de larga duración.

**Palabras clave:** Prisión perpetua, prevención general, prevención especial, retribución, etapas del desarrollo psicosocial.

**Abstract**

The recognition of human dignity and the respect for fundamental rights cannot be limited to a certain category of human beings.

The possibility of conceiving nonpersons to whom a "Criminal Law of the Enemy" may be applied, is not compatible with the liberal conception of Penal Law as a last resort.

The humanization of Criminal Law is manifested by the growing number of contemporary societies that have suppressed or limited the death penalty. Nevertheless, life or long-term imprisonment sentences still prevail, and are increasing, despite lacking a theoretical or philosophical justification in the laws that prescribe them.

In this article we will try to answer various questions regarding a possible justification for life imprisonment. We will examine the different theories about the aim of sentencing in order to determine, with each of them, whether it is possible to justify life imprisonment or other long-term incarceration sentences.

**Key words:** Life sentence, general prevention, special prevention, retribution, psychosocial development stages.

## Introducción<sup>1</sup>

El pasado 7 de agosto de 2015 murió Manuel Contreras, uno de los personajes más siniestros de la historia chilena. Como ex director de la policía secreta de Pinochet, fue responsable de la represión política de la dictadura incluyendo asesinatos, desaparición forzada y tortura de los enemigos políticos del régimen. Desde 1995 y como consecuencia de distintos procesos, fue condenado en distintos procesos a más de cinco siglos de presidio por diversos crímenes de lesa humanidad.

Sin ocultar el repudio que nos genera Manuel Contreras, aprovecharemos de cuestionarnos, siguiendo criterios de justicia y de utilidad, si es posible justificar la prisión perpetua (o una pena de 550 años) o si, por el contrario, las penas deben tener un límite temporal y cuál podría ser este límite. La utilización de una figura que nos resulta odiosa nos sirve como ejercicio de una argumentación que debe ser consecuente sin importar cuán facineroso pueda ser el condenado<sup>2</sup>.

Conocida la historia chilena y la crueldad de las violaciones a los derechos humanos, de las que Contreras fue uno de los principales responsables, una primera respuesta podría sugerirnos que 500 o más años constituirían una pena justa –*merecida*– para Contreras por la gravedad de los delitos por los que fue condenado. Sin embargo, lo que buscamos con este artículo es una argumentación concienzuda de los fundamentos de las penas en un Estado de derecho. Así como para nosotros ni la pena capital ni la tortura son compatibles con el respeto por la dignidad humana, tampoco creemos que la prisión perpetua (que es tortura y pena de muerte) pueda imponerse sin vulnerar la dignidad del condenado.

Después de preguntarnos por la compatibilidad de las teorías sobre el fin de la pena con la prisión perpetua concluimos que desde algunas teorías relativas la justificación vendrá dada por datos fácticos que verifiquen el cumplimiento de los fines esperados. Con las teorías absolutas, en cambio, la prisión perpetua no resulta compatible. Esto principalmente por dos razones: las teorías absolutas conciben a los delincuentes como personas responsables

---

<sup>1</sup> En un artículo anterior desarrollamos con mayor detenimiento las posibles justificaciones de la prisión perpetua. En esta versión, más breve y actualizada, volvemos sobre algunas cuestiones allí tratadas, pero de manera más precisa y sucinta. El artículo en mención puede ser consultado en: <http://www.umayor.cl/facultad-derecho/wp-content/uploads/2015/07/RPPA-N%C2%B0-3-2014.pdf>

<sup>2</sup> Adelantamos desde ya que para nosotros, según criterios de justicia, retributivos o de merecimiento, las penas privativas de libertad deben tener un límite máximo cercano a los 15 años, en atención a los argumentos que desarrollaremos más adelante.

de sus actos y, en consecuencia, deben tratarlos como tales a la hora de juzgarlos, condenarlos y en todo momento en el que cumplan la pena, por lo que resultan incompatibles penas que deshumanicen al condenado. Por otra parte, la retribución a la hora de sancionar mira al *Yo*, a la identidad del sujeto, la que con el tiempo cambia, lo que necesariamente supone que en un momento ya no podremos retribuirle la culpa a un sujeto por un delito perpetrado después de tanto tiempo.

Antes de pasar a revisar el asunto que nos interesa conviene recordar que si es que el estudio del Derecho penal cumple alguna importante función, ésta no puede ser otra que la contención del poder punitivo, o al menos un desenmascaramiento del funcionalismo con que opera. Sólo en cumplimiento de su función contenedora es posible hablar de *Derecho* penal en lugar de puro poder punitivo o, expresado con otras palabras, el Derecho penal se humaniza cuando limita el poder punitivo y la humanización del Derecho penal se traduce en la concepción de ciudadanos, y no de súbditos, a los que protege de las garras del poder punitivo.

En esto, el discurso debe ser consecuente *erga omnes*, y debe ser cuidadoso en no dejar la válvula abierta al poder punitivo (que debe ser siempre limitado) aún tratándose de tiranos o de sus colaboradores. De lo contrario, esta *válvula* permanecerá abierta y terminará centrándose y persiguiendo, como siempre, a los más desposeídos.

Esta línea argumentativa es la seguida –y llevada hasta el extremo– por el abolicionismo penal y no resulta una mera coincidencia que uno de sus mayores exponentes, Louk Hulsman, haya conocido en carne propia la brutalidad del poder punitivo en un campo de exterminio nazi.

Nuestra propuesta, menos radical, se aparta de las ideas abolicionistas por dos motivos:

Primero, porque, al menos tratándose de crímenes de lesa humanidad, rechazamos, por motivos de justicia, toda argumentación que pueda fundamentar la impunidad. Pero como argüimos según criterios de justicia, refutamos también las penas que resulten crueles e inhumanas, toda vez que la crueldad y la inhumanidad no se corresponden con la idea de justicia. Resulta obvio decirlo, pero conviene repetir, que para un Derecho penal liberal y humano, no resulta posible la aplicación de penas inhumanas, incluso tratándose de delincuentes crueles e inhumanos (como el propio Contreras). Es decir, la justicia, como fundamento de la pena exige la sanción de los responsables (en oposición a la impunidad), pero sometida a límites que la hagan compatible con el reconocimiento de la dignidad humana.

El segundo motivo es más bien de carácter realista y lo expresaremos con palabras de Rivacoba:

“Reconociendo siempre los nobles impulsos que alientan en todas las actitudes y aspiraciones abolicionistas, se puede recordar a propósito de cualquiera de ellas, y, por ende, a propósito del movimiento abolicionista de nuestro tiempo [...] que, a menos que se produzca una transmutación en la naturaleza humana y, por consiguiente, en las exigencias y las instituciones sociales, no es, como en el conocido símil de Stammler la estrella polar para los navegantes, un puerto al que llegar y en el que desembarcar, sino una idea rutilante que guía y hacia la cual tender incesantemente, un principio regulador, o sea, un módulo que mensione el grado de perfección, que es decir de benignidad, de los distintos ordenamientos punitivos. De otra suerte, creerlo asequible y empeñarse por conquistarlo o alcanzarlo en nuestros días puede distraer la atención y los esfuerzos de quehaceres más urgentes y factibles; entre ellos, conocer a fondo y aplicar racionalmente el Derecho vigente, emprender o continuar un proceso serio y consistente de descriminalización o avanzar por la ruta de la humanización. O en otras palabras: que lo deseable no nos impida o arrebate lo posible; que el vuelo maximalista hasta lo absoluto no nos frustre un Derecho penal verdaderamente mínimo, soportable, digno.”<sup>3</sup>

## 1. Interrogantes en torno a la prisión perpetua.

La prisión perpetua y las penas privativas de libertad de extensa duración son cuestionables tanto por los devastadores efectos que generan en los penados<sup>4</sup> como por los elevados costos que significa su mantención en las sociedades actuales. Al respecto nos surgen diversas interrogantes sobre las que esperamos dar luces para una mejor comprensión:

¿Cabe en una sociedad democrática una pena que suprime al penado? ¿Es la prisión perpetua un residuo de sociedades bárbaras? ¿Son menos democráticos los Estados que la contemplan como sanción? ¿Se puede justificar la prisión perpetua a la luz de alguna teoría sobre el fin de la pena? ¿Satisface el presidio perpetuo los requerimientos utilitarios de la prevención general y especial? ¿Puede justificarse desde una perspectiva retribucionista? ¿Es compatible con el reconocimiento de la dignidad humana?

No existen estudios empíricos que demuestren que las cárceles puedan disminuir delitos; antes bien, se ha demostrado que o los dejan inalterados o los aumentan. ¿Es compatible la prisión perpetua con la idea de reeducación?

Por otra parte, si no podemos condenar a nadie a perpetuidad, ¿qué hacemos con aquellos delinquentes que no pueden reinsertarse? ¿Es, en la realidad penitenciaria, distinta la pena que la medida de seguridad?

---

<sup>3</sup> RIVACOBBA, Manuel, *Función y aplicación de la pena*, Buenos Aires: Editorial Depalma, 1993, p. XIII.

<sup>4</sup> Sobre los efectos de las penas privativas de libertad, los estudios de campo se remontan a los años cuarenta del pasado siglo. Sobre esto véanse: CLEMMER, Donald, *The Prison Community*, New York: Holt, Rinehart and Winston, 1958, (originalmente publicado en 1940); GOFFMAN, Erving, *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Trad: OYUELA, María, Buenos Aires: Talleres Gráficos Color Efe, 1992, (originalmente publicado en 1961); GOZZANO, Mario, *Compendio di psichiatria clinica e criminológica*, Torino: Rosenberg & Sellier, 1971, pp. 240-246; LIEBLING, Alison y MARUNA, Shadd (Eds.), *The effects of imprisonment*, Londres: Willan Publishing, 2005, pp. 3 y ss.

Además, si las teorías del tratamiento reeducador han fracasado e incluso se ha demostrado que la cárcel es criminógena, impulsa la reincidencia y genera un estigma social etiquetando al delincuente<sup>5</sup>, ¿influirán estos estudios empíricos en cómo debemos justificar las penas?

## 2. Compatibilidad entre prisión perpetua y teorías sobre el fin de la pena.

A continuación intentaremos ver si la prisión perpetua puede justificarse según las diversas teorías sobre el fin de la pena. Partiremos analizando las teorías relativas o preventivas y luego las absolutas o retributivas. No examinaremos las teorías mixtas, las que para nosotros no pasan de ser una yuxtaposición de doctrinas absolutas y relativas. Para éstas, la justificación de la prisión perpetua puede ser mucho más estricta, porque requiere que se justifique desde una perspectiva absoluta y relativa, como lo hace Roxin<sup>6</sup>, o bien puede consistir en la combinación de criterios de fundamentación absolutos y relativos. Tampoco nos detendremos en las teorías negativas de la pena, puesto que como ellas niegan que la pena tenga legitimación, claramente no justifican la prisión perpetua.

Si bien autores como Rafael Alcácer<sup>7</sup> distinguen para justificar las penas criterios empíricos o instrumentales de aquéllos valorativos o ético-políticos, para nosotros esta diferenciación no tendría gran importancia, porque respecto de las teorías relativas o preventivas, que sólo buscan generar algún efecto en el *futuro* y no suponen una desvaloración de un acto *pasado*, bastaría la comprobación empírica de eficacia de la pena para justificar o no una sanción. Por ejemplo, si un drástico aumento de penas para el delito de manejo en estado de ebriedad logra demostrar empíricamente que éste se reduce, podríamos decir que, desde una perspectiva preventivo-general –y quizá también especial–, dicha sanción encuentra justificación. Por otro lado, si tras un estudio histórico podemos concluir que la hoguera no logró disuadir a los iniciados en hechicería y que incluso supuso un fomento del estudio de la magia, para la brujería y la hechicería, dicha sanción, desde criterios preventivo-generales, no podría justificarse, pero sí desde criterios de prevención especial negativa, ya que el brujo que encontró la muerte en la hoguera no podrá seguir perpetrando delitos de nigromancia, al menos desde este mundo<sup>8</sup>. En conclusión, respecto de la prevención, como

---

<sup>5</sup> Sobre la teoría del etiquetamiento puede consultarse LARRAURI, Elena, “¿Para qué sirve la criminología?”, en: VV.AA., *Cuadernos de Derecho Judicial – CJPG*, Madrid: Política Criminal, 1999, pp. 8 y ss.

<sup>6</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Trads.: LUZÓN PEÑA, Diego, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, VICENTE REMESAL, Javier, Madrid: Civitas, 1997.

<sup>7</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales* (LI), <http://vlex.com/vid/fines-aproximacion-filosofia-politica-383186>, 1998, p. 378.

<sup>8</sup> El ejemplo, si bien parece rebuscado, no lo es en absoluto, ya que cuando para el poder punitivo el enemigo era Satán, la muerte de brujas, magos y hechiceros se presentaba como una empresa piadosa. Para Zaffaroni “[d]esde su origen mismo, el poder punitivo mostró su formidable capacidad de perversión, montada –como siempre– sobre un perjuicio que impone *miedo*, en este caso, sobre la vieja creencia vulgar europea en los *maleficia* de las brujas, admitida y ratificada sin tapujos por los académicos de su tiempo” en: ZAFFARONI, Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, Buenos Aires: Ediar, 2007, p. 33. Sobre los pactos diabólicos véase OLMOS, Fray Andrés de, *Tratado de hechicerías y sortilegios*, Ciudad de México: Edición de Georges Baudot, UNAM, 1990 (originalmente publicado en 1553).

ésta no supone un desvalor de una conducta *del pasado*, sino sólo un instrumento tendiente a la evitación de delitos *futuros*, o como su nombre lo indica, a *prevenir* delitos, carece de sentido preguntarnos por alguna legitimación o justificación que diga relación con valores. Por otro lado, en el caso de la retribución, consistiendo ésta en una desaprobación, en una desvaloración pública que se concreta en la pena, sí tiene sentido hablar de justificación valorativa o ético-política, puesto que la retribución se mueve en el mundo de los valores.

## 2.1. Las teorías relativas.

### 2.1.1. La prevención general.

Para la prevención general (positiva y negativa) la prisión perpetua se puede justificar sólo si se comprueba empíricamente que ésta previene delitos. Esta formulación choca con dos problemas prácticos. Por una parte, parece difícil dicha compatibilización porque la experiencia demuestra que crímenes castigados durante largos períodos de tiempo con penas severas se siguen cometiendo, lo que hace difícil conciliar cualquier pena con la prevención general. Y, por otro lado, resulta difícil saber si es la pena la que genera el efecto preventivo o si, más bien, la mayoría de las personas no suelen cometer delitos no por temor a una pena, sino por otro tipo de consideraciones de carácter ético. Si bien la prevención general no parece encontrar impedimentos axiológicos para justificar y defender la prisión perpetua, sí parece difícil demostrar que esta sanción consiga los efectos esperados.

Ya desde Beccaria se viene diciendo que la prevención de los delitos se consigue más por la *certeza* de la pena que por su *severidad*. Entonces, si el marqués lombardo tiene razón, parece complejo otorgarle legitimidad a la prisión perpetua, al menos desde la prevención general<sup>9</sup>. En este mismo sentido, para Silva Sánchez:

“(…) mientras los incrementos en la *severidad* de las penas no tienen efectos preventivos comprobados, éstos si resultan del reforzamiento de los factores que inciden en una mayor *certeza* de la sanción (...) si el aumento de la certeza de las sanciones penales (y por tanto, en general, el aumento de la certeza de que el sistema penal funcionará satisfactoriamente) supone incrementos verificables en la eficacia preventiva de las normas, ello es indicativo de que el Derecho penal en su conjunto intimida más de lo que intimidaría su ausencia”<sup>10,11</sup>.

---

<sup>9</sup> La afirmación de que el Derecho penal no intimida ha sido sostenida por varios autores. Para Muñoz Conde, “[e]n ningún caso se puede aceptar [...] que las leyes penales cooperan productivamente en el aumento o en la disminución de la criminalidad” en: MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control social*, Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S. A., 1999, p. 125; para Bustos y Hormazábal, los efectos preventivo-generales no serían comprobables empíricamente, en: BUSTOS, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán, *Lecciones de Derecho penal* (vol. I), Madrid: Editorial Trotta, 1997.

<sup>10</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª edición ampliada y actualizada, Buenos Aires: B de F, 2010, pp. 252 y 253.

<sup>11</sup> Diversos estudios han demostrado que más importante que la gravedad de la sanción lo es su probabilidad. Sobre el particular: Lieberman, David, *Learning, Behavior, and Cognition*, Belmont, Wadsworth Publishing, 1993; AZRIN, N., W. C. HOLZ y D. F. HAKE, “Fixed Ratio Punishment”, *Experimental Analysis of Behavior*, 6, disponible en: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1404287/pdf/jeabehav00187->

El principal problema de la justificación empírica de la prisión perpetua radica en que dicha pena sólo se ha aplicado respecto de delitos de gran gravedad, y precisamente los autores de estos delitos son normalmente difíciles de amedrentar; por ende, la amenaza intimidatoria difícilmente producirá los efectos buscados por esta pena. Paradójicamente sería posible concluir que la prisión perpetua sería justificable, desde la prevención general, si se castigara con esta pena el manejo en estado de ebriedad o algún delito de cuello blanco. En cambio, parece difícil justificarla respecto de violaciones y asesinatos.

Tampoco nos atrevemos a afirmar que con esta pena se aseguren los fines de paz social buscados o queridos por la prevención general positiva, aunque podría argumentarse que esto sí se produce basado en antecedentes concretos. Al respecto desconocemos estudios empíricos que puedan acreditar esta eficacia preventivo general positiva y no nos imaginamos cómo podrían elaborarse. En conclusión, creemos que la prisión perpetua no podría justificarse en base a criterios de prevención general negativa y no tenemos una respuesta categórica respecto a su modalidad positiva.

### 2.1.2. La prevención especial.

En principio, la prevención especial *negativa* sí podría justificarse la prisión perpetua, porque el sujeto inocuizado no podrá perpetrar delitos contra la comunidad libre. Sin embargo, como se habrá advertido de la afirmación anterior, esto supone desconocer la dignidad de las personas privadas de libertad, ya que su seguridad valdría nada o menos que la de quienes se encuentran en libertad. Lo único que se puede esperar de una pena privativa de libertad, de corta o de larga duración, es que los internos no puedan perpetrar delitos en la comunidad libre, pues, como observa Hentig, “[n]umerosos delitos se producen en las cárceles, desde los comunes atentados contra la propiedad, hasta falsificaciones documentales y de moneda, extorsiones, tráfico ilegal de alcohol y estupefacientes, violaciones, riñas y, desde luego, homicidios.”<sup>12</sup> Hoy, además, se cometen múltiples delitos desde dentro de las cárceles hacia la comunidad libre, por ejemplo, estafas telefónicas, falsificación de moneda, tráfico de drogas, etc. Asimismo, grupos de crimen organizado, mafias y narcotraficantes, suelen reclutar a sus *soldados* en las prisiones, los que, una vez libres, y por falta de otras oportunidades, entran rápidamente a las filas de

---

[0003.pdf](#), 1963, última revisión 15 de julio de 2015; LANDE, S., “An Irresponsive Time Analysis of Variable-Ratio Punishment”, *Journal of Experimental Analysis of Behavior* N° 35 (1981), entre otros. Otro importante factor disuasivo lo constituye la dilación, en el sentido que una sanción próxima a la perpetración de un delito puede ser más disuasiva que una más grave si es más inmediata. Al respecto: SOLOMON, R., TURNER, L. H. y LESSAC, M. S., “Some Effects of Delay of Punishment on Resistance to Temptation in Dogs”, *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 8, N° 3 (1968); y LOEWENSTEIN, George, “Out of Control: Visceral Influences of Behavior”, *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, Vol. 65, N° 3 (1996). Sobre el estudio de Solomon, Turner y Lessac hay que ser sumamente cautos puesto que no nos parece que puedan ser comparables las reacciones de los animales sancionados con las de personas sancionadas. Resulta difícil, si no imposible, que un perro entienda el por qué de una sanción por algo que hizo hace una semana. En cambio creemos que un hombre puede entender el por qué de una sanción aplicada meses e incluso años después de la perpetración de su delito.

<sup>12</sup> GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, *La pena y la extinción de la responsabilidad penal, Primera Parte*, Santiago de Chile: Legal Publishing, 2008, p. 201.

estos grupos organizados. En estas circunstancias parece quimérico afirmar que la privación de libertad significa que el interno no cometerá delitos.

Las cárceles distan mucho de ser un lugar donde se cumple una pena sólo privativa de libertad en la que sus presos conviven sin perpetrar crímenes preparándose para la tan anhelada reinserción social. Antes bien, todo lo contrario: los niveles de violencia y la constante comisión de delitos en la mayoría de las cárceles son muy superiores que en la comunidad libre<sup>13</sup>. Sin embargo, es claro que al menos respecto de la sociedad libre las posibilidades de perpetrar delitos desde la cárcel son muy inferiores en relación con las que tiene un sujeto en libertad. Por ende, si esta teoría es capaz de desconocer la dignidad o la calidad de personas de los presos, bien podría justificarse para éstas la prisión perpetua<sup>14</sup>.

Para la prevención especial *positiva*, la prisión perpetua podría justificarse sólo si consideramos que existen sujetos cuya resocialización es imposible. Es decir, esta teoría justificaría la prisión perpetua sólo respecto de los *delincuentes incorregibles*<sup>15</sup>, utilizando la denominación de Von Liszt y de Ferri. Es decir, para que esta teoría, que profesa la resocialización, pueda justificar la pena perpetua, es necesario que crea en la existencia de *seres inferiores* a los que es necesario separar de la convivencia social.

Un último problema práctico para la prevención especial (tanto negativa como positiva) se genera porque en las sociedades modernas la privación de libertad es la pena más grave que

---

<sup>13</sup> Como solución al hacinamiento en las prisiones nigerianas las autoridades de dicho país habían decidido reanudar la ejecución de presos. Más información en: <http://www.amnesty.org/fr/library/asset/AFR44/010/2010/fr/68399f62-e72f-448a-8b51-fb532ca8f8a8/afr440102010es.html>

<sup>14</sup> La reserva de la categoría de *persona* sólo para algunos seres humanos ha sido defendida por diversos autores que, de una u otra manera, han legitimado un poder punitivo de carácter totalitario o con incrustaciones de corte autoritario. Por ejemplo, Carl Schmitt como jurista del nacionalsocialismo y defensor del Estado absoluto participó en la creación de leyes tendientes a purificar al III Reich de la *contaminación judía*; o Jakobs, para quien “un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía no puede disfrutar de los beneficios del concepto de persona”, en JAKOBS, Günther, *Derecho penal del enemigo* (traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, Manuel), Madrid: Ed. Civitas, 2003, p. 40. Tales concepciones, aunque se autodenominen “meramente descriptivas” y que ostenten asepsia científica abundan en la historia del Derecho penal y han contribuido a “[t]omar con naturalidad y hasta considerar revolucionarias la esterilización y la castración como medidas de policía preventiva, la profusión de penas de muerte, la ejecución de adolescentes, considerar delito la relación sexual con judíos o negros, los campos de concentración incluso para quienes no cometieron ningún delito”, etc., en ZAFFARONI, Raúl, “Introducción”, en: GRISPIGNI, Filippo; MEZGER, Edmund, *La reforma penal nacional-socialista*, Buenos Aires: Ediar, 2009, p. 10. En el mismo sentido, observa Muñoz Conde que: “Grispigni describe la decidida aceptación en los textos jurídico-penales nacionalsocialistas de sanciones tales como la *esterilización* de enfermos con enfermedades hereditarias, asociales, alcohólicos, etc.; la *castración* de delincuentes sexuales peligrosos; y la aplicación a menores de edad peligrosos de penas previstas para delincuentes adultos, incluso la pena de muerte. Y describe y entiende esas reformas como la consecuencia de una concepción del derecho penal basado en la idea de peligrosidad y que no tiene otra misión que la defensa social”, en MUÑOZ CONDE, Francisco, “Apéndice”, en: GRISPIGNI, Filippo; MEZGER, Edmund, *La reforma penal nacional-socialista*, Buenos Aires: Ediar, 2009, pp. 102 y 103. El mismo Grispigni no formula ninguna expresión, ni expresa ni tácita, “contra el hecho mismo de la esterilización o castración de delincuentes o asociales como sanción criminal” en MUÑOZ CONDE, *ibid*, p. 106.

<sup>15</sup> Bien podría tratarse de sujetos indisciplinables.

se puede aplicar. Entonces, un condenado a ésta ya no podría recibir más pena. Por ende, sus posteriores delitos no podrían ser sancionados, lo que significa que podrá perpetrarlos con completa impunidad.

## 2.2. La retribución.

Para la retribución la prisión perpetua no puede justificarse, y esto por dos motivos vinculados entre sí. En primer lugar, porque si la retribución, como desvaloración, concibe a los delincuentes como personas responsables de sus actos, debe seguir entendiéndolas como tales a la hora de condenarlas y en todo momento en el que cumplan la pena. Es decir, para la retribución los delincuentes son personas porque responden de sus actos y al momento de responder, esto es, al cumplir la pena, siguen siendo personas, por lo que quedan fuera penas que deshumanicen al condenado. El segundo motivo por el que pensamos que la retribución no puede justificar la prisión perpetua es porque la retribución a la hora de sancionar mira al *Yo*, a la identidad del sujeto, la que, con el tiempo, cambia, lo que necesariamente supone que en un momento ya no podremos retribuirle la culpa a un sujeto por un delito perpetrado hace tanto tiempo. Partiremos analizando el primero de los motivos y reservaremos para el final la argumentación acerca del cambio de la identidad del sujeto por el paso del tiempo.

a) La retribución necesariamente lleva a una concepción de un Derecho penal antropológicamente fundado, un Derecho penal de hombre y para hombres<sup>16</sup>, en el que no puede dejar de verse en el condenado a un semejante. Por eso las penas perpetuas son inadmisibles, por su radical inhumanidad, al paso que en el concepto de retribución está inscrita la persona como fin, no como medio. Esta concepción se opone tanto a quienes proponen, justifican o legitiman planteamientos que conciban la existencia de seres humanos que no sean personas como a un pretendido Derecho penal del enemigo<sup>17</sup>.

Esta primera limitación se funda en un *principio de humanidad* que concurre en toda retribución bien entendida<sup>18</sup>. Sobre la base de la seguridad y a través de ella se llega a la humanidad, a la comunidad pura, a la convivencia, que no es sólo coexistencia. El principio de humanidad supone también un sentido solidario, individualista, que no es egoísta, y que lleva a realizar la humanidad tanto en lo colectivo como en lo individual.

---

<sup>16</sup> La denominación la tomamos de RIVACOBÁ, Manuel, "Introducción al estudio de los principios cardinales de Derecho penal", *Direito e Ciudadania*, Año II, N° 6 (1999), pp. 57-62. Este artículo estaba destinado a ser la introducción de un libro que se titularía *Los principios cardinales del Derecho penal*, proyecto que quedó inconcluso tras la muerte del autor. Varias de las ideas que se plantean en esta parte del trabajo formarían parte de dicho libro, pero no llegaron a ser escritas por el autor. Las utilizaremos sin señalar cita, puesto que la fuente era el propio Rivacoba quien nos las transmitió en clases y en amenas conversaciones.

<sup>17</sup> Para Zaffaroni "[t]odo discurso penal que acepta o legitima la existencia de enemigos no sólo arrastra un elemento de estado absoluto, sino que implica una semilla de genocidio, y si ningún accidente detiene el curso que desencadena, su resultado final es la masacre", en ZAFFARONI, "Introducción", cita nota n° 14, p. 25.

<sup>18</sup> Max Ernest Mayer se ocupa de la idea de humanidad como la idea del Derecho, en *Filosofía del Derecho*. Madrid: Editorial Labor, 1931.

No se trata de una humanidad entendida como buenos sentimientos, sentimentalismo, ternura del corazón ni del lenguaje de las lágrimas, sino que de la humanidad del Derecho penal concebida en sentido objetivo. Esta humanidad, si bien tiene un sentido colectivo, culmina en un sentido individual, porque concibe al hombre como sujeto de dignidad, titular de un destino personal e intransferible, con capacidad de soñar y desplegar su actuar con una serie de posibilidades implícitas para hacer posible esa comunidad, esa convivencia.

Esto hace que lo que dé sentido al Derecho penal sea precisamente este principio de humanidad. Por esto, el Derecho penal para esta concepción liberal tiene que ser mínimo, de *ultima ratio* y tiene que llevar a un sentido reductivo, minimizador, que no necesariamente es abolicionista, porque efectivamente el individuo debe responder de sus actos cuando éstos ofendan de manera insostenible bienes jurídicos de valoración colectiva, pero porque debe primar el interés individual al colectivo: a la hora de penar, debe emplearse la mínima aflicción, sólo aquella que sea indispensable.

Un Derecho penal liberal, humanizado, que se aplique a una comunidad de seres libres, *librevolentes como autofines*, tiene necesariamente que ser un Derecho penal reducido y fragmentario. Un Derecho penal autoritario, en cambio, no es fragmentario.

Lo menos que se puede hacer, en virtud del principio de humanidad, es rebajar las penas, descriminalizar, despenalizar, desjudicializar conductas. Hay que sacar cosas del Derecho penal y propiciar modelos de resolución de conflictos.

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, se debe tener presente que el proceso reductivo tiene una contrapartida, cual es la necesidad de crear nuevos delitos y nuevas penas. Sin embargo, a la hora de crear nuevos delitos, hay también que crear nuevas condenas que estén en sintonía con el principio de humanidad, penas humanas, de hombres y para hombres. Así como el abolicionismo revolucionario cuestionó la pena de muerte, hoy se debe discutir, además de la pena capital, las de privación de libertad, especialmente las de larga duración, y todas las penas que excluyan al penado.

En virtud del principio de humanidad se deben descartar penas que traten al delincuente como no-hombre, que lo excluyan, como la pena de muerte o la reclusión, que en períodos más o menos prolongados rompe con la convivencia y anula la personalidad. Una reclusión prolongada más allá de ciertos límites –15 años, por ejemplo– causa graves daños irreversibles en la personalidad. Penas de veinte o más años son, en los hechos, perpetuas, pues, aunque se vuelva a la libertad, se vuelve aniquilado.

Si bien nadie niega de plano el principio de humanidad, éste se deforma por las distintas maneras que adoptan los diversos ordenamientos. Las doctrinas preventivistas no concuerdan con este principio, pues rebajan la humanidad y la dignidad del hombre, transformándolo en un mero instrumento para fines fijados por otros. En la retribución, en cambio, se concreta la desvaloración en la pena, pero no se excluye al penado de la convivencia.

Hay que tener presente las palabras de Goethe, en el sentido de que *tanto si se ha de castigar, como si se ha de tratar con dulzura debe mirarse a los hombres humanamente*, en una comunidad de seres libres y fines en sí mismos. Y ser fin en sí es ser sujeto de dignidad. El reconocimiento de la dignidad es la base para designar la igualdad, puesto que en dignidad no hay nadie más digno, somos todos igualmente dignos. En dignidad se excluyen las jerarquías. El Derecho penal que no es liberal es sólo un fenómeno de poder, es puro poder punitivo y no Derecho.

Respecto a los límites máximos que debe tener una pena privativa de libertad (necesarios para una bien entendida retribución), algunos autores se han aventurado a fijar un tiempo determinado. Así, si para Guzmán Dalbora “la exclusión irreversible y total de un sujeto de la libre relación jurídica, contradice el concepto de la pena por la culpabilidad, que se orienta a restituir esa relación”<sup>19</sup>, la pena debe limitarse y “[c]omo se estima que la degradación física y psíquica ya no tiene remedio después de diez o quince años, estos son también los límites máximos recomendados para las sanciones” privativas de la libertad<sup>20</sup>.

Para Von Hirsch, que plantea una teoría del merecimiento aplicada en forma benigna, la prisión “debe estar limitada para delitos graves (fundamentalmente para delitos violentos y para los casos más graves de criminalidad de cuello blanco), y la duración de la privación de libertad para estos delitos debería ser de hasta 3 años –excepto para el homicidio, donde cinco años sería el límite normal–”<sup>21</sup>. Por su parte, Kleinig, basándose no tanto en una teoría del merecimiento como en la idea de trato humano y decente a los seres humanos, propone como límite máximo una pena de 25 años<sup>22</sup>.

b) La retribución mira al *Yo*, a la identidad personal del sujeto, la que con el tiempo cambia. Dado lo anterior, parece pertinente una pregunta ulterior sobre la identidad personal del *Yo*.

Afortunadamente, “[e]n el Derecho penal de nuestros días no se suele discutir la vigencia de un principio llamado de *personalidad de las penas*, según el cual la pena debe ser impuesta al sujeto considerado *responsable* del delito, que es quien tiene que soportarla”<sup>23-24</sup>. Este principio junto al de *responsabilidad por el hecho propio* integran el *principio de culpabilidad en sentido amplio*<sup>25</sup> en base al cual sólo se puede penar al mismo sujeto que cometió el delito y que se consideró responsable tras un juicio penal. Al contrario, cuando la pena recae en un sujeto distinto al que perpetró el delito se vulnera el principio de culpabilidad. La exigencia de identidad del sujeto equipara identidad

---

<sup>19</sup> GUZMÁN DALBORA, *La pena y la extinción*, cit. nota nº 12, p. 200.

<sup>20</sup> GUZMÁN DALBORA, *La pena y la extinción*, cit. nota nº 12, p. 204.

<sup>21</sup> VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y Castigar*, Trad: LARRAURI, Elena, Madrid: Trotta, 1998, p. 80.

<sup>22</sup> Citado en VON HIRSCH, *Censurar y Castigar*, cit. nota nº 21, p. 74.

<sup>23</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús Manuel, “Identidad en el tiempo y responsabilidad penal. El juicio jurisdiccional de imputación de responsabilidad y la identidad entre agente y acusado”, en: VV.AA., *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat* (t. II), Madrid: Edisofer, 2008, p. 662.

<sup>24</sup> Al parecer, el primero en intuir este principio habría sido Dante Aligheri. Así al menos lo piensa CARRARA, Francesco, “Dante criminalista”, *Opuscoli di Diritto criminale*, Lucca: 1970, p. 647.

<sup>25</sup> SILVA SÁNCHEZ, “Identidad en el tiempo”, cit. nota nº 23, p. 662.

individual a identidad corporal<sup>26</sup>. Al parecer, lo que hay tras la exigencia de *identidad personal* y del principio de culpabilidad es la idea de merecimiento, esencial a toda retribución<sup>27</sup>. Pero ¿qué es identidad personal?

Para contestar a esta pregunta habría que analizar, al menos, dos corrientes filosóficas. Por una parte, los *empiristas o reduccionistas*, quienes en base a los cambios físicos y psíquicos que experimenta el sujeto con el paso del tiempo, niegan la identidad personal de éste en distintos momentos<sup>28</sup>. Para ellos, no pudiendo afirmarse la existencia de una identidad personal, a lo sumo podría hablarse de “mera *comunidad* de estados mentales sucesivos, fases o etapas personales”<sup>29</sup>. A partir de esta concepción procedería plantearse si podemos responsabilizar penalmente a un sujeto en un tiempo posterior a la comisión de un delito (en tiempo 2), entendiéndolo sucesor de ese *aparentemente mismo sujeto* por un delito cometido en un tiempo anterior (en tiempo 1). Como parece difícil sostener que no habría que responsabilizarlo, la pregunta más pertinente, a nuestro juicio, sería si a partir de algún cambio (paso de un determinado lapso de tiempo o de un hecho traumático) podríamos, o no, reducir o anular dicha imputación.

Para la otra corriente, la *metafísica*, sí existiría identidad personal en el sujeto en diversos momentos. Habría “una identidad personal sustancial basada en la permanencia de los componentes corporal y espiritual del sujeto (...) se trata de una permanencia esencial”<sup>30</sup>. Como se comprenderá, para esta tesis ni el paso del tiempo ni hechos trascendentes cambiarían la esencia individual. Por ende, no habría ningún problema en atribuir responsabilidad por un delito pasado, aunque hayan transcurrido varios decenios, puesto que se trataría del *idéntico mismo sujeto*. Normalmente, para los distintos ordenamientos jurídico-penales “la identidad personal se imputa”<sup>31</sup>. Sin embargo, parece necesario limitar dicho concepto normativista, por motivos prácticos y de justicia<sup>32</sup>. La doctrina penal pasa por alto que el sujeto muta y asume que el sujeto siempre es el mismo (así se imputa); los límites temporales que se establecen por el Derecho penal están más relacionados con criterios prácticos que con una supuesta mutación del yo.

Según Merkel, a los requisitos tácitos de la imputación penal pertenece la suposición de que los sujetos de actuaciones penales significativas permanecen en el curso del tiempo idénticos a sí mismos como personas<sup>33</sup>. Sin embargo, para este autor en determinadas situaciones esta afirmación resulta falsa o implausible. Para tratar el problema de la

---

<sup>26</sup> SILVA SÁNCHEZ, “Identidad en el tiempo”, cit. nota n° 23, p. 662.

<sup>27</sup> En cambio las tesis preventivas bien pueden prescindir de la noción de merecimiento para conseguir los fines preventivos anhelados.

<sup>28</sup> Entre los sostenedores de esta postura se encuentran Locke y Hume. Para el primero, “quienes han olvidado su delito no merecen castigo”, en SILVA SÁNCHEZ, “Identidad en el tiempo”, cit. nota n° 23, pp. 666 y 680. Esta afirmación se debe a la concepción de Locke que desecha el criterio de la identidad corporal asumiendo el de la conciencia que se basa en los recuerdos. En MERKEL, Reinhardt, “Personale Identität und die Grenzen strafrechtlicher Zurechnung”, *Juristen Zeitung* (10), 1999, pp. 505-506.

<sup>29</sup> SILVA SÁNCHEZ, “Identidad en el tiempo”, cit. nota n° 23, p. 666.

<sup>30</sup> SILVA SÁNCHEZ, “Identidad en el tiempo”, cit. nota n° 23, p. 667.

<sup>31</sup> SILVA SÁNCHEZ, “Identidad en el tiempo”, cit. nota n° 23, p. 670.

<sup>32</sup> Por ahora no nos interesan los motivos prácticos.

<sup>33</sup> MERKEL, “Personale Identität”, cit. nota n° 28, p. 502.

identidad en el tiempo –el que según Merkel no ha sido suficientemente desarrollado por las ciencias penales– se remonta al mito griego, recogido por Plutarco, del barco de Teseo, que volvía desde Creta y al que retiraban una a una las tablas estropeadas, reemplazándolas por otras nuevas, hasta el punto que ya no conservaba ninguna de las originales. De esto surge la interrogante sobre si se trataría entonces del mismo barco después de que le han cambiado todas las tablas. Luego Merkel agrega una variante al ejemplo: un marinero recoge todas las piezas que desechan para reemplazarlas por nuevas, y construye un barco exactamente igual al de Teseo. ¿Cuál de los dos sería entonces el barco original? Para Merkel cabrían tres respuestas posibles: el primero, el segundo o ninguno, ya que lógicamente no podrían ser los dos al mismo tiempo. El trasfondo de la cuestión reside en el dilema de si una vez que van cambiando las partes que componen un todo permanece la identidad.

Si trasladamos el ejemplo a los seres humanos, podemos decir que, al menos en el plano físico-biológico, las personas no conservamos ni una célula durante toda nuestra vida, pues todas están en permanente renovación. ¿Somos entonces las mismas personas después de un cierto período de tiempo o de una cierta cantidad de modificaciones?<sup>34</sup>

Más aún, ¿qué pasa con los cambios que vamos sufriendo a nivel psicológico? ¿Alteran éstos también nuestra identidad del yo? Sobre el particular, Merkel analiza los casos de Alzheimer y los de pérdida total de la memoria. ¿Sigue siendo el mismo aquél que ha perdido toda autonomía o toda vinculación con su pasado? Y, enlazándolo con nuestra investigación, ¿se puede sancionar a alguien que no recuerde nada de su delito? Para nosotros cobra importancia esta pregunta, además, en la fase de cumplimiento. Si el condenado pierde la memoria, ¿puede seguir cumpliendo la condena por algo que no recuerda? ¿Podemos afirmar que seguimos retribuyéndole la culpabilidad a un sujeto que no sabe por qué está cumpliendo una pena?<sup>35-36</sup>

---

<sup>34</sup> Merkel nos ilustra mediante la referencia a dos casos de ciencia ficción. En primer lugar, plantea el problema de la teletransportación. Una máquina almacena la información de todas nuestras células en un punto A, y la reproduce en un punto B. ¿Es la persona del punto B la misma que la que estaba en A? El segundo ejemplo responde a un caso de la vida real, llevado por el *BGH* en 1983 con el nombre de *Sirius-Fall*. Un hombre convence a una joven que ha sido elegida para transmutarse en un ser superior una vez que abandone su cuerpo actual. Si el cambio se hubiera producido, ¿seguiría siendo la joven la misma persona que antes? MERKEL, “Personale Identität”, cit. nota n° 28, pp. 53-505.

<sup>35</sup> Merkel se refiere al caso de un hombre que, luego de tener un accidente en bicicleta, sufrió una pérdida total de la memoria y comenzó a pedalear mecánicamente sin rumbo fijo, bebiendo de baños abiertos, durmiendo al descampado y sin comer. Tras una semana de incesante camino se preguntó qué estaba haciendo y no supo responderse. Merkel se pregunta: si este hombre hubiera cometido antes del accidente un delito, ¿podríamos condenarlo por él, aunque no lo recuerde? MERKEL, “Personale Identität”, cit. nota n° 28, p. 509.

<sup>36</sup> Si bien se trata de una situación distinta, en la que no hay pérdida de memoria, resulta interesante el caso chileno conocido como *El chacal de Nahueltoro*. En 1960, en la localidad de Nahueltoro (Chile), un alcohólico en estado casi de salvajismo mató a una mujer y a sus cinco hijos. Tras treinta y dos meses de cárcel, en los que el autor experimentó sorprendentes cambios de conducta, puesto que era la primera vez en su vida que convivía con más personas, aprendió el oficio de hacer guitarras, se transformó al catolicismo y se arrepintió de sus crímenes. Pese a la intervención de Eloy Parra, el sacerdote que vivió de cerca esta transformación, pidiendo reiteradamente el indulto presidencial, éste no fue otorgado por el entonces

Si entendemos que con el paso del tiempo el merecimiento, el juicio de reproche y la necesidad de pena disminuyen, procede preguntarse entonces a partir de cuándo o a partir de qué circunstancia la culpabilidad del sujeto en tiempo pasado se desvanece a tal punto que la pena no parece ser justa<sup>37</sup>.

Tanto las teorías metafísicas como las empiristas, por moverse en niveles de total abstracción, parecen no satisfacer problemas jurídico-penales del mundo real, como la aflicción del preso que sufre de soledad en su celda. Sin embargo, podemos adscribirnos a una teoría ecléctica entendiendo que no habría problemas para imputarle a un sujeto sus actos anteriores *con ciertos límites* temporales o circunstanciales<sup>38</sup>; es decir, concebimos, desde la retribución, que el sujeto debe responder por sus actos pasados, pero no de manera indefinida y perpetua.

De lo que se trata es de pensar la culpabilidad de manera dinámica, considerando que el paso del tiempo hace que la culpabilidad del sujeto deje de ser la misma culpabilidad a la que se le *retribuía* en el momento de la sentencia y que lo condenaba para así compensar el hecho constitutivo de delito. Se trata de una limitación de carácter estructural que entiende que carece de sentido que a alguien se le sancione por el resto de su vida o por períodos demasiado extensos.

Si bien sabemos –o acaso sólo intuimos– que el sujeto va cambiando con el tiempo, no tenemos la certeza de si es posible afirmar que en algún momento ese sujeto ya no sea el mismo que cometió el delito. Algo nos hace pensar que, después de veinte años de condena, ya no se trata del mismo sujeto que perpetró el delito. Claramente no concuerdan con nuestras tesis ni las legislaciones norteamericanas, ni muchos tribunales de los Estados Unidos de América que condenan reiteradamente a prisión perpetua a menores de edad de entre trece y diecisiete años sin posibilidad de acceder a la libertad condicional.

Un estudio realizado por *Amnesty International* y *Human Rights Watch* publicado en 2005 muestra que hay, en Estados Unidos, al menos 2.225 personas cumpliendo prisión perpetua sin libertad provisional por delitos cometidos cuando eran menores de dieciocho años, la mayoría de los cuales cumple dicha pena por su primer delito. El 16 % de los condenados habría perpetrado su delito cuando tenía entre trece y quince años<sup>39</sup>.

La dramática situación descrita por el informe de *Amnesty International* y *Human Rights Watch* parece difícilmente defendible desde criterios preventivos, pero en relación a lo que

---

Presidente de la República Jorge Alessandri, y el *chacal* fue ejecutado. Esta historia fue llevada al cine por Miguel Littin con el título “El chacal de Nahueltoro” y constituye una pieza indispensable del séptimo arte latinoamericano.

<sup>37</sup> Podría argumentarse que es el hecho el que con el paso del tiempo merece menor reproche. Sin embargo, no entraremos en esta cuestión para centrarnos especialmente en la disminución de culpabilidad del sujeto por el paso del tiempo o por el acaecimiento de circunstancias especiales.

<sup>38</sup> Para nuestro objeto de estudio nos centraremos en los límites temporales. Circunstanciales podrían ser, por ejemplo, un contexto de guerra, una grave crisis económica o una catástrofe natural. Estas circunstancias podrían despertar en el sujeto instintos primitivos prevaleciendo los de auto conservación.

<sup>39</sup> Puede consultarse el informe en: <http://www.amnestyusa.org/>

ahora nos ocupa, esta situación resulta inaceptable para una concepción retribucionista y no sólo por la evidente inhumanidad de dichas penas, puesto que si la condena se funda en la retribución, debemos entender que seguimos retribuyéndole la culpa a lo largo de las fases del cumplimiento de la pena privativa de libertad. Sobre esto se basa nuestra idea de que habría entonces, en algún momento, una retribución no merecida porque la culpabilidad, vinculada a la identidad personal, ha ido disminuyendo con el paso del tiempo y con el cambio de identidad del sujeto, llegando en un momento a ser tan mínima como para no poder justificar ya la pena.

Puede que tras veinte o cuarenta años quede aún un núcleo de identidad en el sujeto, pero parece que ese núcleo de identidad no es suficiente para soportar la lógica de la responsabilidad, la lógica del merecimiento, la lógica de la retribución, porque no se daría una identidad lo bastante fuerte entre el sujeto que cometió el delito y el que está cumpliendo la pena en un momento muy posterior. Si afirmamos que el sujeto cambia, llegando a mutar su identidad personal, llegaría un momento en que ya no es posible continuar compensando la culpabilidad porque la persona ha pasado a tener una identidad distinta

Nuestra idea aquí planteada entiende que no se puede hacer responsable a ese sujeto tras un extenso espacio de tiempo, porque ya no sería el mismo. Una condena perpetua o muy prolongada supondría un exceso de pena que no podría ser compensable con la culpabilidad, porque la culpabilidad, entendida como aquella parte del sí mismo, determinada por su propia voluntad, por su *Yo* que en un momento determinado ha decidido cometer un hecho delictuoso, ya no es la misma. Si esto podemos comprobarlo, tendríamos aquí un límite a la pena privativa de libertad desde una concepción retributiva.

Aunque nuestra teoría parece ser sólo una intuición, ya que nos resulta imposible saber empíricamente si y cuándo una persona pasa a tener una identidad distinta, podemos intentar dotar a nuestros postulados de un carácter científico vinculándolos a estudios sobre las fases del desarrollo biológico y psicológico<sup>40</sup>.

Erik Erikson, un psicoanalista alemán (1902-1994), elaboró en Estados Unidos una teoría del desarrollo de la personalidad en la que describe ocho etapas del desarrollo psicosocial del ser humano<sup>41</sup>. Para Erikson una persona psicológicamente sana debe pasar por cada una de esas etapas y sufrir lo propio de cada etapa y disfrutar de sus beneficios.

Las primeras cuatro etapas se relacionan con crisis y conflictos en el desarrollo de la vida hasta los trece años. Ellas son: 1.- *Confianza frente a desconfianza*, etapa que transcurre desde el nacimiento hasta los dieciocho meses de vida aproximadamente; 2.- *Autonomía frente a vergüenza y duda*, etapa que transcurre desde los dieciocho meses hasta los tres años; 3.- *Iniciativa frente a sentimiento de culpa*, etapa que transcurre desde los tres a los

---

<sup>40</sup> El Derecho penal debe escuchar a las ciencias para limitar sus efectos. La inimputabilidad de los niños o de los dementes responde a concepciones que provienen del mundo de las disciplinas causales explicativas.

<sup>41</sup> ERIKSON, Erik, *Identidad, juventud y crisis*, Trad: GUÉRA, Alfredo, Madrid: Taurus Ediciones S. A., 1980, pp. 80 y ss.

cinco años, y; 4.- *Laboriosidad frente a inferioridad*, etapa que va desde los cinco hasta los trece años aproximadamente.

Las cuatro etapas finales son las que más nos importan a objeto de entender una limitación de responsabilidad de carácter jurídico-penal, entendiéndose que antes de los trece años carece de todo sentido atribuir algún tipo de responsabilidad penal. Esto podría responder a la admisión de que "hasta la adolescencia, el individuo no puede desarrollar los requisitos de desarrollo fisiológico, maduración mental y responsabilidad social para experimentar y atravesar la crisis de identidad"<sup>42</sup>. Pasemos a analizar las etapas que incluirían la vida desde la adolescencia hasta la senectud.

La quinta etapa o *adolescencia*, se caracterizaría por la existencia de un conflicto de *Identidad frente a confusión de identidad*. Abarcaría un período que iría aproximadamente entre los trece y los veintiún años. En esta etapa el joven busca definir una identidad propia, se trata de:

"(...) un modo de vida entre la infancia y la edad adulta. Así, en los últimos años de escolaridad, los jóvenes, acosados por la revolución fisiológica de su maduración genital y ante la incertidumbre de sus roles adultos, parecen muy ocupados con caprichosas tentativas por establecer una subcultura adolescente mediante lo que tiene el aspecto de una identidad final."<sup>43</sup>.

En la sexta etapa, el *joven adulto*, vive un conflicto de *relación íntima frente al aislamiento*. Esta comprendería el período que va desde los veintiún hasta los cuarenta años aproximadamente y se caracteriza por una mayor seguridad, puesto que al parecer este joven adulto ya no necesitaría, como antes, mostrarse algo a sí mismo.

La séptima etapa, de *adultez*, se caracteriza por un conflicto de *generatividad frente a estancamiento*, e iría desde los cuarenta a los sesenta años. Esta etapa suele relacionarse con la crianza de hijos y se caracteriza por una constante preocupación por el futuro (de los hijos, de las futuras generaciones, etc.).

Por último, en la octava etapa, de *senectud* o *madurez*, surge un conflicto de *integridad frente a desesperanza*. Esta etapa abarcaría el período comprendido desde los sesenta años en adelante, y se caracteriza por un deterioro físico, la presencia de enfermedades, un debilitamiento muscular y la preocupación cierta por la muerte propia o de pares.

Si filosóficamente puede defenderse la idea de que el sujeto va cambiando en el tiempo, que eso afecta a la culpabilidad y que además psicosocialmente existen esas etapas que se encuentran analizadas y han sido estudiadas por la psicología, entonces parece que lo que sólo era nuestra intuición tiene un apoyo científico que nos permitiría acotar la pena desde la retribución, límite que rondaría, según los estudios de Erikson, en 20 años o menos, es

---

<sup>42</sup> ERIKSON, *Identidad*, cit. nota nº 41, p. 78.

<sup>43</sup> ERIKSON, *Identidad*, cit. nota nº 41, p. 110.

decir, la duración de cada etapa<sup>44</sup>. Esto se desprende de la necesidad de que el individuo pueda vivir en libertad en cada una de las etapas, para así poder aspirar un pleno desarrollo.

Desde el punto de vista retributivo parece coherente que el mal de la pena se prolongue sólo respecto de una de las cuatro etapas: que el delito cometido en una etapa de la vida se le retribuya en la misma fase en que cometió el delito. Excepcionalmente, si el delito se comete a fines de una de las etapas, a los diecinueve años por ejemplo, podría pasar la pena a la etapa siguiente teniendo que asumir el marco de la fase sucesora. Sin embargo, parece prudente limitar la pena y que en ningún caso supere la mitad de la etapa siguiente, dejando así libre la mitad de dicho ciclo para que el sujeto pueda desarrollarse en esa nueva fase.

### **Conclusiones.**

A las teorías relativas, que defienden funciones preventivas –más que fines–, les resultan preferidos los argumentos de corte empírico. Por ende, no nos parece que estos planteamientos puedan ser teorías sobre el fin de la pena, ya que a éstas les es propia una connotación valorativa que no se puede encontrar en las observaciones de tipo únicamente utilitario. Por eso no nos resulta viable dar una respuesta categórica acerca de si la prevención puede o no justificar la prisión perpetua, ya que esta posible justificación dependerá de datos fácticos en los que podrá verificarse si se cumplen o no los fines esperados. Así, por ejemplo, la prisión perpetua podrá justificarse desde la prevención general negativa, si se comprueba que ésta intimida; o desde la prevención especial negativa, si se verifica que con ésta se inocuiza al penado, etc.

Por otra parte, sostener que la retribución se mueve en el mundo de los valores no equivale a decir que ésta deba desdeñosamente los datos de la realidad, ya que la naturaleza y la medida abstracta de la pena dependen de consideraciones históricas. La retribución, desvinculada enteramente de los efectos reales de la pena en el penado y en la sociedad, degenera en la retribución propia del idealismo hegeliano, en el sentido de que llevaría a penar porque hay que penar y punto.

De acuerdo con esta concepción de retribución, atenta a la realidad social y especialmente a los efectos que la pena produce en el penado, descartamos toda posible justificación de la prisión perpetua y de las penas de muy larga duración, por los dos motivos que desarrollamos precedentemente.

Quisiéramos ahora, para concluir estas reflexiones, esbozar nuestra propia propuesta de límites temporales a las penas privativas de la libertad. Ante todo, creemos que se debe reservar la pena de prisión únicamente para delitos de especial gravedad, sea contra bienes individuales (asesinato, violación y otros), sea contra bienes jurídicos colectivos cuya ofensa delictuosa afecta gravemente a una multitud de personas (delitos contra el orden

---

<sup>44</sup> Un factor distorsionador que debemos considerar, a propósito de las penas privativas de la libertad, se encontraría en los efectos psicológicos y fisiológicos que produce el encierro en el condenado. La reclusión y la rutina mutan la percepción del tiempo, haciendo que el condenado perciba que éste pasa con más lentitud, lo que, creemos, afecta y desfigura las fases o épocas que son naturales al hombre.

público y económico, principalmente). Y, para los delitos de baja y mediana gravedad, proponemos el establecimiento de penas *distintas* a la prisión, que no se presenten en la ley como penas *alternativas* a la privativa de libertad, sino como pena inmediata y única de esos delitos. Si bien este asunto ha preocupado bastante a la doctrina, parece que la ciencia penal no ha desarrollado todo su poder de imaginación en la búsqueda de penas distintas de la prisión. Ante esta situación parece necesario hacer un uso más amplio y diversificado de la restricción de la libertad ambulatoria, de la inhabilitación para el ejercicio de ciertos derechos, de las penas pecuniarias y de otras formas de sanción que, respetando la dignidad del condenado, lo afecten en bienes que el hombre del siglo XXI considera importantes, pero distintos de las penas privativas de libertad.

Respecto a las penas privativas de libertad, y en atención a los daños irreversibles que produce en el condenado un encierro de más de quince años, proponemos que éste sea el límite máximo de la pena privativa de libertad. Nos gustaría, si pensamos en genocidas o en tiranos, poder proponer un límite superior –40 años, por ejemplo. Sin embargo, no debemos perder de vista que el genocida es también persona, ya que para nuestra teoría liberal de Derecho penal antropológicamente fundado, la sociedad se compone de personas (no de enemigos o no-personas) y se sanciona a personas (por monstruosos que puedan parecer) y, en consecuencia, no debemos dejar de ver en el penado a un semejante, quien, a la hora de ser sancionado, debe seguir siendo reconocido como sujeto de dignidad.

En relación a los estudios de Erikson citados en la segunda parte y entendiendo que de las cuatro etapas que importan para la imputación penal de responsabilidad hay una de menor duración temporal –en concreto, la adolescencia o quinta etapa, la que para Erikson comprende un período que va desde los trece a los veintiún años–, proponemos un límite de ocho años como máxima pena privativa de libertad para los delitos perpetrados por adolescentes, esto es, por personas que, a la hora de cometer el delito, tenían entre dieciocho<sup>45</sup> y veintiún años.

---

<sup>45</sup> Esto considerando que bajo los dieciséis años no debe haber imputación penal y, asimismo, entre los dieciséis y los dieciocho un régimen especial de Derecho penal con trato más suave para los menores de edad.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales* (LI disponible en: <http://vlex.com/vid/fines-aproximacion-filosofia-politica-383186>, 1998.
- AZRIN, N., W. C. HOLZ y D. F. HAKE, “Fixed Ratio Punishment”, *Experimental Analysis of Behavior*, 6 (1963), disponible en: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1404287/pdf/jeabehav00187-0003.pdf> [última visita 15.07.2015].
- BUSTOS, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán, *Lecciones de Derecho penal* (vol. I), Madrid: Editorial Trotta, 1997.
- CARRARA, Francesco, “Dante criminalista”, *Opuscoli di Diritto criminale*, Lucca, 1970.
- CLEMMER, Donald, *The Prison Community*, New York: Holt, Rinehart and Winston, 1958.
- CROFTS, N., STEWART, T., HEARNE, P., PING, X.Z., BRESCHKIN, A.M. y LOCARNI, S.A., “Spread of bloodborne viruses among Australian prison entrants”, *British Medical Journal* 310 (6975), 1995.
- ERIKSON, Erik, *Identidad, juventud y crisis*, Trad.: GUÉRA, Alfredo. Madrid: Taurus Ediciones S. A., 1980.
- GOFFMAN, Erving, *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Trad: OYUELA, María. Buenos Aires: Talleres Gráficos Color Efe, 1992.
- GOZZANO, Mario, *Compendio di psichiatria clinica e criminológica*, Torino: Rosenberg & Sellier, 1971.
- GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, *La pena y la extinción de la responsabilidad penal, Primera Parte*, Santiago de Chile: Legal Publishing, 2008.
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal del enemigo*, Trad.: Cancio Meliá, Manuel. Madrid: Civitas, 2003.
- \_\_\_\_\_, “Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica”, en: CANCIO MELIÁ, Manuel y FEIJOO, Bernardo (Eds.), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, Madrid: Civitas, 2008.
- LANDE, S., “An Irresponsive Time Analysis of Variable-Ratio Punishment”, *Journal of Experimental Analysis of Behavior* Nº 35 (1981).
- LARRAURI, Elena, “¿Para qué sirve la criminología?”, *Cuadernos de Derecho Judicial – CJPG*, Madrid: Política Criminal, 1999.
- LIEBERMAN, David, *Learning, Behavior, and Cognition*, Belmont: Wadsworth Publishing, 1993.
- LIEBLING, Alison y MARUNA, Shadd (Eds.), *The effects of imprisonment*, Londres: Willan Publishing, 2005.
- LOEWENSTEIN, George, “Out of Control: Visceral Influences of Behavior”, *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, Vol. 65, Nº 3 (1996).
- MAYER, Max Ernest, *Filosofía del Derecho*, Madrid: Editorial Labor, 1931.
- MERKEL, Reinhardt, “Personale Identität und die Grenzen strafrechtlicher Zurechnung”, *Juristen Zeitung* Vol. 54, Nº 10 (1999).

CUNEO, Silvio. “Prisión perpetua y dignidad humana. Una reflexión tras la muerte de Manuel Contreras”.

- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “¿Culpabilidad sin libertad?”, *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, Madrid: Civitas, 2008.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control social*, Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S. A., 1999.
- \_\_\_\_\_, “Apéndice”, en: GRISPIGNI, Filippo y MEZGER, Edmund. *La reforma penal nacional-socialista*, Buenos Aires: Ediar, 2009.
- OLMOS, Fray Andrés de, *Tratado de hechicerías y sortilegios* (1553), Ciudad de México: Edición de Georges Baudot, UNAM, 1990.
- RIVACOBBA, Manuel, *Función y aplicación de la pena*, Buenos Aires: Editorial Depalma, 1993.
- \_\_\_\_\_, “Introducción al estudio de los principios cardinales de Derecho penal”, *Direito e Cidadania*, Año II, N° 6 (1999).
- ROXIN, Claus, *Derecho penal parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Trads.: LUZÓN PEÑA, Diego; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel; VICENTE REMESAL, Javier, Madrid: Civitas, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Del Derecho abstracto al Derecho real”, *Indret* (4), 2006 [http://www.indret.com/pdf/377\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/377_es.pdf)
- \_\_\_\_\_, “Identidad en el tiempo y responsabilidad penal. El juicio jurisdiccional de imputación de responsabilidad y la identidad entre agente y acusado”, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat* (t. II), Madrid: Edisofer, 2008.
- \_\_\_\_\_, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª edición ampliada y actualizada, Buenos Aires: B de F, 2010.
- SOLOMON, R., TURNER, L. H. y LESSAC, M. S., “Some Effects of Delay of Punishment on Resistance to Temptation in Dogs”, *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 8, N° 3 (1968).
- VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y Castigar*, Trad.: LARRAURI, Elena; Madrid: Trotta, 1998.
- ZAFFARONI, Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, Buenos Aires: Ediar, 2007.
- \_\_\_\_\_, “Introducción al libro”, en: GRISPIGNI, Filippo y MEZGER, Edmund, *La reforma penal nacional-socialista*, Buenos Aires: Ediar, 2009.