

EL DERECHO PENITENCIARIO ENTRE LA CIUDADANÍA Y
LOS DERECHOS HUMANOS

*Dr. Juan Pablo Mañalich R.*¹

1- Profesor asociado del Departamento de Ciencias Penales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile

jpmanalich@derecho.uchile.cl

Resumen

El artículo propone un contraste entre una concepción del derecho penitenciario orientada a la categoría “derechos humanos” y otra orientada a la categoría “ciudadanía”, en orden a esclarecer las implicaciones ideológicas de una y otra. Sobre tal base, se ofrece una descripción de la cárcel como institución funcional a la invisibilización del padecimiento de la persona del condenado, lo cual desafía el carácter jurídico que tendría que exhibir la relación punitiva entre aquélla y el Estado. El artículo termina esbozando la tesis de una incompatibilidad entre un modelo de derecho penitenciario y un genuino modelo de derecho penal de la culpabilidad.

Abstract

The article advances a contrast between a conception of the legal regulation of penitentiary institutions linked to the category “human rights” and a rival conception linked to the category “citizenship”. On this basis, the article offers a description of prison as an institution whose function is to make invisible the suffering of the convicted person, which defies, however, the legal character of the punitive relationship between herself and the State. The article concludes with a claim about the incompatibility between a model of “penitentiary law” and a genuine model of criminal law linked to democratic culpability.

Palabras clave: ciudadanía, derechos humanos, cárcel, derecho penal, culpabilidad democrática

Keywords: citizenship, human rights, prison, criminal law, democratic culpability

1. Los derechos del hombre y (los derechos) del ciudadano

“¿Por qué es llamado «ser humano», ser humano a secas, el miembro de la sociedad burguesa?, ¿por qué son llamados *derechos humanos* sus derechos?” (Marx, 1976, pp. 363 s.)

Estas palabras de Karl Marx, que tienen como contexto su célebre artículo “Sobre la cuestión judía”, se insertan en su aguda confrontación de las nociones “derechos del hombre”, de un lado, y “derechos del ciudadano”, de otro. A pesar de que la comprensión posrevolucionaria tendía a entender ambas categorías de modo unificado, el esfuerzo de Marx está puesto en hacer explícitas sus muy diferentes implicaciones teórico-políticas. Marx se inclina, rápidamente, por reservar el uso de la expresión “derechos humanos” para designar los derechos del hombre (*droits de l’homme*), en estricta contraposición a los derechos del ciudadano (*droits du citoyen*). Y para esto existe una razón fundamental. Los derechos humanos propiamente tales son los derechos atribuidos al ser humano desnudo; esto es, a aquel cuya existencia ya ha sido desnudada, en tanto desprovisto del estatus de ciudadano.

La hipótesis que me gustaría someter a una consideración más precisa es la siguiente: si el problema de la ejecución de las penas privativas de libertad es en efecto entendido como un “problema de derechos humanos”, entonces se trata ya, puesto en esos términos, de un problema insoluble. Esto se sigue del carácter aporético que exhibe el discurso de los derechos humanos.

Intentando contestar la pregunta de si sigue habiendo tal cosa como normas indisponibles en nuestras contemporáneas sociedades occidentales, seculares y capitalistas, Luhmann sugiere la siguiente respuesta: se trata, en efecto, de aquellas normas que reconocen y consagran derechos humanos. El problema es que estas normas parecen tener una cualidad peculiarísima, que da lugar a una paradoja: los derechos humanos sólo son reconocibles en atención al hecho mismo de su violación. Las violaciones de derechos humanos cuentan, observa Luhmann, como “escándalos con potencia generadora de normas” (Luhmann, 1981, 234 s.; Luhmann, 1993, pp. 31 s.).¹

Esto no quiere decir, ciertamente, que las normas que consagran derechos humanos sean simplemente *creadas* (o promulgadas) tras su vulneración, para así posibilitar su valoración retroactiva como instancia de violación de derechos humanos. Pues esto significaría caer en la tentación de disolver la paradoja. Y disolver la paradoja significaría, a su vez, perder de vista la dimensión genuinamente constitutiva que cabe atribuir a los derechos humanos en tanto criterios que definen “la sacralidad de cada ser humano como algo que informa nuestra forma de existencia” (Atria, 2003, p. 75).

Aquí es necesario destacar dos aspectos de esta última formulación. Lo primero es enfatizar, a propósito de la expresión “nuestra forma de existencia”, el plural del adjetivo

(posesivo) “nuestra”. Los derechos humanos son los derechos de la humanidad toda inmediatamente actualizados en cada persona humana. Esto último es dependiente, en su mejor versión, de una determinada auto-comprensión de la humanidad como una comunidad cooperativa cuyos miembros se reconocen, recíprocamente, igual dignidad (Tugendhat, 1993, pp. 336 ss.). Sólo así puede entenderse que la violación de estos derechos constituya un ataque a toda la humanidad, que autorice y obligue a cada uno de nosotros a decir: “lo que a uno de mis hermanos le hiciste, a mí me lo hiciste”.

Pero más relevante aun resulta ser la apelación a la “sacralidad de cada ser humano”. Pues lo que esta cláusula de hecho expresa es la evidencia de la aparición de una forma de dominación política cuya nota distintiva es, precisamente, la disponibilidad de la “vida desnuda” de quien se encuentra sometido a ella, que así se constituye, en su último estadio, en lo que Giorgio Agamben denomina *homo sacer* (Agamben, 2002, pp. 81 ss., 91 ss).² Y es esta circunstancia, inscrita ya en el surgimiento de la soberanía nacional, lo que el reconocimiento universal de los derechos humanos en definitiva pondría de manifiesto; en palabras se Agamben:

[L]os derechos humanos son atribuidos al ser humano (o manan de él) exclusivamente en la medida en que él renuncia al fundamento [de la condición] de ciudadano que así vuelve a desaparecer inmediatamente (o, más bien, que jamás ha aparecido como tal) (Agamben 2002, p. 137).

2. Aislamiento como función de la libertad y la seguridad

Ahora cabe retomar la indagación de Marx en la relación de oposición en que se encuentran los derechos humanos *stricto sensu*, que son los del “ser humano a secas”, y los derechos del ciudadano, entendidos como derechos a tomar parte en la común-unidad política (Marx, 1976, p. 362). Pues el ser humano desnudo constituye la respuesta a la pregunta de Marx acerca de “quién es el hombre [así] diferenciado del ciudadano” (Marx, 1976, p. 363). El ser humano desnudo, ya no revestido del estatus de ciudadano, no es más que un miembro de la sociedad civil o burguesa, esto es, dice Marx, “el ser humano egoísta, el ser humano separado del ser humano y de la comunidad” (Marx, 1976, p. 364). En estos términos, cabría decir, los derechos humanos aparecen como posiciones de radical desvinculación política.

Comentando la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Marx destaca que los derechos –“naturales e imprescriptibles”– que ahí se reconocen a todo ser humano sean, en efecto, la libertad, la igualdad, la propiedad y la seguridad. Los tres primeros reciben, de parte de Marx, una consideración conjunta. El énfasis está puesto, ciertamente, en el derecho a la libertad, definido como el derecho a hacer todo aquello que no dañe a otro; se trata, dice Marx, “de la libertad del ser humano como mónada aislada y vuelta sobre sí misma” (Marx, 1976, p. 364). La igualdad y la propiedad se dejan perfilar, como derechos atribuidos a todo ser humano por el solo hecho de serlo, por referencia a su conexión con la libertad así entendida. El derecho humano a la propiedad, observa Marx, no es más que la aplicación práctica del derecho a la libertad, mientras que el derecho

humano a la igualdad se reduce, en su significado no político, a nada más que aquello que Rawls llamaría un derecho a la igual libertad; o en palabras de Marx: el derecho de cada ser humano a ser “considerado en igual medida como semejante mónada replegada sobre sí misma” (Marx, 1976, p. 365).

Finalmente, está el derecho humano a la seguridad, “el concepto social más alto de la sociedad burguesa”, observa Marx, equiparándolo al concepto de policía, en tanto la sociedad toda sólo existe “para garantizar a cada uno de sus miembros la conservación de su persona, sus derechos y su propiedad” (Marx, 1976, pp. 365 s.). Por eso, añade Marx, la seguridad no es otra cosa que el aseguramiento del egoísmo de la sociedad civil o burguesa,³ al interior de la cual –y aquí Marx sigue a Hegel, al pie de la letra– el único lazo que une a sus miembros es el que provee la necesidad (Marx, 1976, p. 366).⁴

Marx propone, de este modo, una descripción del reconocimiento de derechos humanos (*stricto sensu*) como un mecanismo de desvinculación, tendiente a la atomización de un grupo social que queda integrado por individuos auto-interesados que reclaman aseguramiento de sus respectivos espacios de igual libertad negativa, dentro del cual puedan disfrutar de su propiedad sin intromisión ajena. Y hasta cierto punto al punto, la realización político-criminal de esta imagen de una sociedad comprometida con la protección de los derechos humanos –naturales y no políticos– de sus miembros, termina articulándose en un gesto irónico. Pues el reclamo por el aseguramiento de la esfera de libertad negativa de cada cual se constituye como un proyecto de generación de seguridad, de manifiesto potencial expansivo, a través de una política sistemática de encarcelamiento –esto es, de *privación* de

libertad– de todo aquel que se (re)presenta como amenaza para espacio de libertad negativa de los demás.

Pero la ironía no se agota aquí. Pues no deja de ser notable la denominación que contemporáneamente recibe el montaje ideológico sobre el cual se sustenta este sistema de expatriación interna de individuos que, en tal medida, sólo existen como seres humanos “a secas”: seguridad *ciudadana*.

3. La prisión como invisibilidad de la condena

Es un lugar común de la historiografía penal mirar el programa ilustrado de reforma penal liberal como un antecedente que co-explica, al menos, la fulminante consolidación de la cárcel como institución penal por antonomasia en el recorrido de los siglos XIX y XX. Así se pronuncian, tajantemente, Rusche y Kirchheimer: “Las raíces del sistema carcelario se encuentran en el mercantilismo, [y] su promoción y elaboración teórica fueron tarea del iluminismo” (Rusche y Kirchheimer, 2004, p. 87). A este respecto, puede ser de interés detenerse en algunos pormenores de esta evolución de la ideología punitiva, que se dejan sin más reconocer en el manifiesto que sintetiza aquel programa de reforma: el opúsculo *De los delitos y las penas*, de Cesare Beccaria. Y si bien Beccaria dedica un capítulo de su obra –el XXIX– a la cuestión de la pena de prisión, es en la elaboración de su argumento (en lo esencial) abolicionista de la pena de muerte que emergen las consideraciones explicativas

más determinantes para la génesis y posterior hegemonía de lo que Foucault llamaría “lo carcelario” (Foucault, 1976, pp. 305 ss.).

Beccaria construye parte de su argumento acerca de la escasa eficacia disuasiva de la pena de muerte en función de su caracterización de ésta como pena que destaca por su intensidad o agudeza, en la medida en que ella “ejercita toda su fuerza en un momento” (Beccaria, 2000, p. 278). A esta característica Beccaria asocia una cierta equivocidad del mensaje disuasivo transmitido mediante (la ejecución de) la pena de muerte, en comparación con la pena privativa de libertad. Pues:

No es el freno más fuerte contra los delitos el espectáculo momentáneo, aunque terrible, de la muerte de un malhechor, sino el largo y dilatado ejemplo de un hombre que, convertido en bestia de servicio y privado de libertad, recompensa con sus fatigas aquella sociedad que ha ofendido (Beccaria, 2000. p. 276).

Esto último se conecta con el carácter sensacionalista que Beccaria parece atribuir a la pena de muerte, como forma más aguda de “pena corporal”.⁵ Esto, porque la pena de muerte no representaría más que “un espectáculo para la mayor parte y un objeto de compasión mezclado con desagrado para algunos”, en circunstancias que “el ánimo de los concurrentes” se mostraría más preocupado de “las resultas de estos diferentes sentimientos” que “[d]el terror saludable que la ley pretende inspirar” (Beccaria, 2000, p. 277). Beccaria insinúa, de esta manera, que la pena de muerte, por su connotación de espectáculo público, puede resultar contraindicada como herramienta preventiva, en tanto puede tender a producir com-

pasión colectiva para con el condenado. Por eso añade Beccaria que semejante “sentimiento de compasión” tendría que ser fijado por el legislador como criterio de limitación del rigor de la pena (Beccaria, 2000, p. 277).

La conquista de racionalidad que Beccaria identifica con la sustitución generalizada de la pena de muerte por la pena privativa de libertad aparece así asociada a una campaña de “purga emocional” de la punición. Y aquí lo crucial es que la ejecución de la pena privativa de libertad se produce en la más rígida invisibilidad.

La atrocidad de la pena de muerte hace menos probable la aceptación, por parte del ciudadano, de la legitimidad del orden punitivamente mantenido, que es –en palabras de Rusche y Kirchheimer– el orden constituido en función de la defensa “de las relaciones de propiedad existentes” (Rusche y Kirchheimer, 2004, p. 92). Al espectáculo va unida la máxima visibilidad del padecimiento del condenado. Y esta visibilidad puede resultar preventivamente contraindicada, en tanto puede incitar a una toma de posición del “público” a favor del condenado, por oposición al poder soberano en cuyo nombre la pena es ejecutada. Así, no deja de ser notable que la consolidación de la pena carcelaria como la forma de sanción penal por antonomasia haya ido de la mano de su clara separación de las así llamadas “penas corporales” (Foucault, 1976, pp. 139 ss., 229 s.). En cierta medida al menos, el legado de esa exitosa estrategia ha consistido en una banalización de la pena de prisión, ante cuya atrocidad, al parecer, nos hemos vuelto inmunes. Pues la principal consecuencia de la instauración del sistema carcelario, escribe Foucault, es que logra rebajar al mínimo “el umbral de tolerancia a la penalidad”, borrando “lo que puede haber de exorbitante en el ejercicio del castigo” (Foucault, 1976, p. 308).

Esto hace posible proponer una lectura invertida de la descripción del proyecto de sociedad panóptica prefigurado en el diseño de las instituciones carcelarias, que propusiera Foucault (Foucault, 1976, pp. 199 ss.). El análisis de Foucault se centra en las características técnico-políticas de la estructura interna del modelo carcelario diseñado por Bentham: “El Panóptico es una máquina de disociar la pareja ver-ser visto: en el anillo periférico, se es totalmente visto, sin ver jamás; en la torre central, se ve todo, sin ser jamás visto” (Foucault, 1976, p. 205). Si esto vale para el diseño carcelario “hacia adentro”, entonces también cabría decir, al revés, que la función social latente de los establecimientos carcelarios es asegurar, “hacia afuera”, la invisibilidad de los internos. Y la plasmación definitiva de esta invisibilidad se logra, de conformidad con el derecho constitucional chileno, privando al condenado de su ciudadanía.

4. El condenado como “delincuente”

La Constitución chilena establece una consecuencia jurídica específica, cuya naturaleza no es punitiva, a la imposición de una pena aflictiva –esto es, de cualquier pena correspondiente a un hecho constitutivo de crimen, o bien de una pena privativa o restrictiva de libertad de duración superior o igual a tres años y un día–, consistente en la pérdida de ciudadanía del condenado (Mañalich, 2009, pp. 119 ss.). Esta determinación constitucional admite ser entendida como la consagración de la “curiosa sustitución” que, según Foucault, opera en el momento en que el aparato penitenciario recibe al “infractor” condenado, quien súbitamen-

te es transformado en “delincuente” (Foucault, 1976, p. 255). Lo notable es que Foucault especifique que lo esencial de esta mutación es que su objeto –el delincuente– pase a quedar definido “por unas variables que al menos al principio no estaban tomadas en cuenta por la sentencia” (Foucault, 1976, p. 255).

Cuáles son estas variables, puede establecerse considerando algunas disposiciones del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, vigente (con modificaciones) desde febrero de 1993, y que fuera promovido como una importante iniciativa de reforma, fundamental orientado a la eufemísticamente llamada “prevención general positiva”⁶. Especialmente ilustrativo resulta ser el art. 13 del reglamento, que establece algunos “criterios ordenadores” para la creación de establecimientos penitenciarios. Entre éstos se cuentan, por ejemplo, la edad y el sexo de los internos, la naturaleza de las actividades y acciones dirigidas a su reinserción social, así como la clase de delito objeto de la condena. Hay dos tópicos ulteriores, sin embargo, que resultan de máxima relevancia. Por una parte, lo que el reglamento sistemáticamente denomina “el nivel de compromiso delictual de los internos”; por otra, la mención de “otros criterios adoptados complementariamente por la administración penitenciaria”.

Aquí hay que destacar, en primer término, cómo este conjunto de criterios, especificados y no especificados por el propio reglamento, apunta a la elaboración de un auténtico registro de la biografía individual de cada interno. Esto último constituye, nuevamente en palabras de Foucault, lo genuinamente distintivo de la sustitución del infractor por el delincuente, respecto de quien “es menos su acto que su vida lo pertinente para caracterizarlo” (Foucault, 1976, p. 255). Que el reglamento pretende asumir seriamente esta tarea de

“[c]onocimiento de la biografía”, en pos de la implementación de una “técnica de la existencia corregida” (Foucault, 1976, p. 255), se muestra en su art. 26, relativo a la a ficha de identificación y registra que la administración penitenciaria ha de abrir al producirse el ingreso de cada interno. Esta disposición ordena, literalmente, que en la ficha se anoten “los datos personales, procesales, de salud, educación, trabajo, conductuales, psicológicos y sociales, y todo otro dato relevante sobre vida penitenciaria”. El artículo se cierra con la indicación de que la ficha “acompañará al interno a todo establecimiento al que fuera trasladado”.

Lo anterior representa la materialización institucional de la imposición de lo que el mismo Foucault califica como “la gran noción de la criminología y la penalidad de finales del siglo XIX”, a saber, “el escandaloso concepto, en términos de teoría penal, de peligrosidad” (Foucault, 1992, p. 97). Y esto resulta fundamental para reconocer la implicación fundamental de la ya mencionada remisión del reglamento a “otros criterios complementarios” susceptibles de ser fijados por la administración penitenciaria. Pues Foucault muestra la conexión que se da entre esta reorientación de lo punitivo hacia una intervención general sobre las disposiciones conductuales de cada interno, por una parte, y la disolución de la sujeción de la administración penitenciaria al poder judicial, por otra:

El control de los individuos, esa suerte de control penal punitivo a nivel de sus virtualidades no puede ser efectuado por la justicia sino por una serie de poderes laterales, al margen de la justicia, tales como la policía y toda una red de instituciones de vigilancia y corrección [...] (Foucault, 1992, pp. 97 s.).

Lo que Foucault sugiere, de este modo, es que el déficit de control judicial de la operación penitenciaria no puede ser tomado, ingenuamente, como una “falla del sistema”. Antes bien, se trata de un rasgo de esa operación cuya consideración resulta indispensable para una adecuada comprensión del funcionamiento de la disciplina carcelaria. Y es imprescindible aquí reconocer cómo la teoría jurídica ha facilitado, a través de una distinción conceptual específica, la consolidación institucional de ese déficit de control, a saber: mediante la distinción conceptual entre la imposición y la ejecución de la pena.

5. Imposición *versus* ejecución de la pena

La moderna teoría de la pena estatal propone una diferenciación de tres momentos de legitimación específica del ejercicio de la potestad punitiva del Estado: la conminación legal, la imposición (y determinación) judicial, y la ejecución (administrativa) de la pena (Roxin, 1976, pp. 11 ss., 20 ss.). Esta tripartición puede ser funcional a la defensa de una teoría de la justificación pluralista, o combinatoria, de la pena: los principios de justificación relevantes en cada uno de los tres momentos podrían ser diversos, sin que se produzca contradicción entre ellos.⁷ Pero lo que aquí interesa es algo, en cierto sentido, más trivial: la distinción misma entre el momento de imposición y el momento de ejecución de la pena.

En la teoría penal contemporánea, esta distinción llega incluso a ser reformulada en términos de la diferenciación de una “sanción primaria” y una “sanción secundaria”. Desta-

cando la función apelativa que desempeñaría la declaración de culpabilidad pronunciada a través de la sentencia condenatoria que impone la pena respectiva, se afirma que esta sola declaración ya contaría como una prestación sancionatoria, a la cual se *añadiría*, entonces, como una segunda prestación sancionatoria, la específica irrogación de un mal sensible – más técnicamente, la privación o restricción de un derecho– en que se traduce la efectiva ejecución de la pena.⁸

Esta comprensión de la relación entre condena y ejecución es deficitaria, también si se la plantea en términos de una concepción retribucionista de la pena. Pues el pronunciamiento de la sentencia condenatoria constituye, *stricto sensu*, un acto de adjudicación. La función del acto jurisdiccional a que conduce el ejercicio (exitoso) de la acción penal es determinar la satisfacción de las condiciones de las cuales depende el surgimiento del correspondiente derecho (subjeto) punitivo del Estado (Binding, 1991, pp. 192 ss.), que tiene como posición jurídica correlativa el deber del condenado de soportar la prestación retributiva (Mañalich, 2010, pp. 98 ss.). Esto quiere decir que el acto jurisdiccional de la imposición de la pena no hace más que *fixar* la específica consecuencia punitiva que ha de soportar el condenado a modo de prestación retributiva. Por ende, si tiene sentido la idea de que la sanción penal es la respuesta retributiva merecida en la cual se materializa el reproche de culpabilidad, entonces hay que decir que la sanción penal *es* la pena –valga la redundancia– y que la pena, definida como la materialización de un reproche a través de la irrogación de un mal sensible, *es* la pena ejecutada (Mañalich, 2007, pp. 161 ss.; Mañalich, 2010, pp. 81 ss., 94 s.).

Visto así, la distinción estandarizada entre la imposición de la pena, por una parte, y su ejecución, por otra, desempeña una función ideológica, consistente en diluir el significado de la ejecución de la pena como *el* momento en que, efectivamente, se actualiza el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado, esto es, del específico *ius puniendi* a ser ejercido sobre la persona del condenado. La representación de la sola imposición de la pena, a través de la sentencia condenatoria, como una sanción en sí misma, favorece la imagen de que lo que ocurre una vez ejecutoriada la sentencia, al darse “cumplimiento” a la misma, constituiría un momento punitivo independiente, cuya estructura y procedimiento no estarían precisamente vinculados por la regulación legal sobre la cual reposa la justificación (“externa”) de esa sentencia condenatoria.

Las consecuencias que se siguen de ello no son triviales. Pues si la sola imposición judicial de la pena ya constituye, en sí misma, una “sanción primaria” que absorbe toda la carga expresiva del reproche, entonces parecería volverse imprescindible proveer de un fundamento adicional a la efectiva ejecución de esa pena, que operaría como una “sanción secundaria”. En las muy categóricas palabras de Günther Jakobs: de lo que se trataría en la efectiva irrogación de un mal en que se traduce la ejecución de la pena es que el condenado sea “tratado realmente” como criminal, para lo cual “debe ser eliminado en cuanto destinatario de la comunicación de modo más o menos completo y por tiempo más o menos largo” (Jakobs, 2006, p. 143).

6. La punición como relación jurídica

En este punto, puede ser pertinente mostrar, brevemente, cómo una adecuada teoría de las normas puede servir para el desmantelamiento de ese diseño ideológico de desvinculación de la ejecución de la pena respecto de las condiciones de su imposición. Karl Binding, se ocupó obsesivamente de la pregunta –por lo demás desatendida– acerca del destinatario preciso de la norma de sanción penal (Binding, 1965, pp. 3 ss., 35 ss.). Binding constató, de partida, que la norma de sanción no se encuentra dirigida al eventual autor del hecho delictivo –que es destinatario de la norma de comportamiento respectiva–, en el sentido de que la norma de sanción pudiera imponer sobre él un deber de tolerar la punición. Pues de ser así, habría que admitir la posibilidad de un regreso al infinito: además de la pena por el primer delito, el autor de éste estaría expuesto a una pena ulterior por la eventual infracción del supuesto deber de soportar la punición, y así sucesivamente (Binding, 1965, pp. 13 ss.).⁹

Pero la norma de sanción, añade Binding, tampoco tiene como destinatario al tribunal competente de la eventual imposición de la pena, así como tampoco a los funcionarios competentes de la ejecución de la misma. Pues los deberes que recaen sobre éstos son impuestos por las respectivas normas de derecho público que los vinculan en tanto portadores de sus cargos (Binding, 1965, pp. 14 ss.).¹⁰ Antes bien, el “verdadero significado” de la norma de sanción penal está, según Binding, en que ella no constituye una norma que imponga, directamente, deber alguno. Se trata, antes bien, de una “proposición jurídica afirmativa”, cuya fuerza normativa consiste en configurar y determinar el alcance y contenido

del respectivo derecho punitivo específico, y esto en interés tanto de su titular como de aquella persona en contra de la cual éste es ejercido (Binding, 1965, pp. 19 s.).

Ente el Estado y el condenado se constituye, de este modo, una relación de vinculación jurídica, que delimita la medida y la extensión de la pretensión punitiva con que el primero grava al segundo, al modo de la imposición de un deber secundario que subroga el deber primario infringido a través de la realización imputable del hecho delictivo.¹¹

El principio según el cual entre el Estado y el condenado se constituye una relación jurídica de derecho público se encuentra explícitamente consagrado en el art. 2º del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios. Y aquí hay que destacar que el principio se encuentra formulado con la indicación expresa de que la condición del interno, con la salvedad de “los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena [...] es idéntica a la de los ciudadanos libres”. Esta determinación reglamentaria podría entenderse, a primera vista, como una simple concreción de la exigencia del art. 80 del Código Penal, cuyo inc. 1º dispone que la pena judicialmente impuesta, por sentencia ejecutoriada, no puede ser ejecutada “en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto”.

Esa regla constituye, a su vez, una especificación del alcance del principio de legalidad de la sanción penal, en términos de una exigencia de su ejecución con estricta sujeción a ley: *nulla poena sine lege stricta*. Lo decisivo, empero, es que el inc. 2º del mismo art. 80 relativice de inmediato esa exigencia, disponiendo que también ha de observarse “lo que se determine en los reglamentos especiales para el gobierno de los establecimientos en que deben cumplirse las penas”. Si esto último se complementa, además, con las muy es-

cuálidas declaraciones contenidas en el Código Procesal Penal respecto del procedimiento de ejecución, el resultado que se obtiene se muestra bastante favorable a la aparición de lo que Foucault denominara “el exceso de lo penitenciario” (Foucault, 1976, pp. 251 ss.), en tanto “la prisión excede la simple privación de libertad”, convirtiéndose “en un instrumento de modulación de la pena” (Foucault, 1976, p. 247). Que la cárcel se convierta en mucho más que el recinto donde se ejecuta una pena privativa de libertad impuesta por una sentencia judicial firme, se ve abiertamente reproducido por la desidia con que el discurso jurídico-penal se olvida de la pena de la ejecución como *el* momento de realización de la pretensión punitiva del Estado.

En contra de lo reclamado por las teorías de la prevención, que procuran justificar la punición por referencia a la obtención de consecuencias socialmente ventajosas que la trascienden, Binding remarcó, con arreglo a su propia concepción favorable a la retribución,¹² que el fin de la pena es necesariamente alcanzado con su ejecución (Mañalich, 2010, pp. 107 s.). Pero esto también significa, irónicamente, que el fin de la pena *sólo y recién* se alcanza a través de su ejecución. El exceso de lo penitenciario está garantizado por la renuncia manifiesta del discurso jurídico-penal a mantener una definición estricta de la ejecución de la pena congruente con su propia naturaleza jurídica; en palabras de Binding: la realización del procedimiento de ejecución de una sentencia judicial condenatoria (Binding, 1965, p. 413).

7. La cárcel como estado de naturaleza

El exceso de lo penitenciario, aquello en lo cual “lo carcelario” excede a “lo judicial” (Foucault, 1976, p. 251), consiste en todo aquel conjunto de circunstancias en que se manifiesta que el encarcelamiento es algo más que la estricta ejecución de una pena privativa de libertad jurídicamente configurada. Una demostración concluyente de ello se encuentra en el art. 1º del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, que declara que como “fin primordial de la actividad penitenciaria” cuenta también “la atención, custodia y asistencia” de personas detenidas o sometidas a prisión preventiva. Que la cárcel no sólo constituya el espacio de ejecución de la pena privativa de libertad, impuesta por sentencia condenatoria, sino también el recinto en que se hace efectivo lo que eufemísticamente recibe la denominación de la “medida cautelar personal” de la prisión preventiva, da cuenta de la medida del exceso de lo penitenciario.

Y esto está lejos de representar un desenlace más o menos azaroso del devenir de una práctica diseñada bajo parámetros de legitimidad que pudieran haberse visto superados por la sola facticidad de la evolución de la institución penitenciaria. Pues ya Beccaria, inmediatamente después de haber presentado su argumento favorable a la sustitución generalizada de la pena de muerte por la pena de prisión, caracterizaba ésta como “una pena que por necesidad debe, a diferencia de las demás, preceder a la declaración del delito” (Beccaria, 2000, p. 284). Lo fundamental aquí no es, meramente, que Beccaria explícitamente defina la prisión como “pena anticipada” –por razones de necesidad (preventiva)–, sino que al mismo tiempo deje constancia expresa de su carácter *sui generis* a ese mismo respecto.

La sinceridad de Beccaria resulta ser de la mayor significación. Pues así queda de manifiesto que, por debajo de la diferenciación nominal entre pena y medida cautelar, hay una continuidad latente que atraviesa toda forma de encierro carcelario. Y para advertir esta continuidad latente basta con atender a la regulación legal vigente. El art. 20 del Código Penal dispone que “[n]o se reputan penas [...] la restricción o privación de libertad de los detenidos o sometidos a prisión preventiva u otras medidas cautelares personales”. Pero eso ciertamente no obsta a que el art. 26 del mismo Código Penal establezca que “[l]a duración de las penas temporales empezará a contarse desde el día de la aprehensión del imputado”, que es lo que la regulación procesal penal meramente confirma al posibilitar el abono del tiempo de detención y prisión preventiva al cumplimiento de la pena una vez ejecutoriada la sentencia condenatoria (art. 348 inc. 2º CPP).

Ante la evidencia incontrarrestable del reconocimiento legal de esta continuidad, se vuelve posible perfilar las características de las penas de cárcel en atención a la regulación legal de la prisión preventiva.¹³ En atención a las reglas legales determinantes para la operación de la práctica de la prisión preventiva, es bastante fácil especificar cuál es el presupuesto fundamental en torno al cual se organiza dicha práctica: la circunstancia de que el imputado constituya “un peligro para la sociedad”.

Ésta es, en efecto, la contundente respuesta legislativa a la pregunta acerca de por qué es necesario hacer operativa la prisión como pena anticipada. Y una vez que esto ha sido establecido, entonces resulta igualmente fácil desentrañar el significado preciso del “principio de inocencia” al cual el art. 7º del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios somete “el régimen penitenciario de todos los internos detenidos y sujetos a prisión

preventiva”: el fundamento material de la prisión preventiva es independiente de la culpabilidad personal por el hecho de cuya imputación se trata; esto explica que en prisión el imputado *deba*, porque en efecto *puede*, ser tratado como inocente.

Pero dada la continuidad institucional entre la prisión preventiva y la “pena” privativa de libertad, es posible concluir que para la operación de esta última tampoco es constitutiva la culpabilidad que es objeto de declaración en la sentencia (Mañalich, 2009, pp. 143 s.). Esta declaración se presenta, más bien, como la confirmación de la hipótesis bajo la cual el imputado quedara sometido a prisión preventiva. Y la “pena” cuya imposición se asocia a esa declaración formal de culpabilidad, pero que no está fundada en la culpabilidad del condenado, funcionalmente no es otra cosa que una medida de seguridad (Mañalich, 2007, pp. 178 s.).

Semejante programa de política criminal, expresado en la regulación legal y reglamentaria recién reseñada, no es el resultado de una agenda legislativa autónomamente dispuesta. Antes bien, se trata de la implementación de un minucioso plan, cuyo diseño se encuentra en la propia Constitución. Esto se muestra, desde ya, en la muy detallada regulación constitucional de las condiciones de imposición de la prisión preventiva. Ésta no es, sin embargo, una regulación aislada, sino que integra un auténtico modelo de derecho penal constitucionalmente trazado, y que uno podría caracterizar como un modelo (general) de derecho penal del enemigo (Mañalich, 2009, pp. 140 s., 144 ss.).

Este modelo se encuentra esencialmente determinado por la regla que priva de ciudadanía a toda persona condenada a sufrir una pena aflictiva (art. 17 N° 2 CPR) –como lo es, entre otras, cualquier pena de presidio o reclusión cuya extensión sea superior o igual a

tres años y un día (art. 37 CP). Siendo ésta la expresión constitucional del significado político de tal forma de pena, no puede extrañar que la propia Constitución reconozca explícitamente una anticipación de la misma: la sola acusación “por delito que merezca pena aflictiva” conlleva una suspensión del derecho de sufragio (art. 16 N° 2 CPR).

Así se hace abiertamente reconocible la conexión sistemática entre esta causa constitucional de privación de la ciudadanía y la regulación constitucional de la prisión preventiva. Que a consecuencia de la imposición de una “pena” de determinada entidad se siga la pérdida del estatus de ciudadano del condenado muestra que el Estado constitucional entiende legitimada su reacción sobre éste con total prescindencia de su culpabilidad por el hecho, la cual sirve, más bien, de pretexto para una intervención preventiva. Pero es sólo la culpabilidad por el hecho lo que puede fundamentar el deber del condenado de tolerar la punición, esto es, la ejecución de la pena. Y en una democracia secular, la única razón capaz de proveer, al menos en el caso paradigmático, una base material –más o menos robusta– para un reproche de culpabilidad es la condición de ciudadano. Pues sólo frente a un ciudadano, en principio al menos, cabe mantener una expectativa de reciprocidad política, referida al seguimiento de las normas jurídicas vinculantes para todos, cuya defraudación pueda ameritar un reproche de culpabilidad (Kindhäuser, 2009, pp. 98 ss.; Mañalich, 2009, pp. 124 ss.).

En el derecho chileno, entonces, la “curiosa sustitución” por la cual lo penitenciario convierte al condenado en “delincuente” se encuentra constitucionalmente garantizada. Y el mecanismo esencial de esta garantía, la privación de la ciudadanía de aquel que es encarcelado, constituye la realización inmediata de la disposición de lo carcelario que fuera vela-

damente celebrada por Beccaria: la invisibilización de todo aquel que la padece, que queda reducido, como diría Marx, a la desnuda condición de “ser humano a secas”; o lo que es lo mismo: a la condición de titular de derechos humanos. Y aquí no estaría de más recordar los términos con los que la vieja y buena teoría del Estado caracterizara la situación en que ya se ha desvanecido el *status civitatis*. Si la cárcel es un espacio al interior del cual son retenidos individuos que, despojados del ropaje de la ciudadanía, sólo subsisten como hombres y mujeres desnudos, cuyos derechos humanos constataremos en cada ocasión de su vulneración, entonces no hay otra descripción posible: la cárcel es el estado de naturaleza.

Si fuésemos capaces de dismantelar los andamiajes de lo carcelario, de modo tal que la cárcel –de existir– no fuese más (ni menos) que un recinto de ejecución de una pena judicialmente impuesta que se reduce a la privación de libertad ambulatoria de un ciudadano, por un tiempo legalmente determinado, ciertamente veríamos desaparecer el derecho penitenciario. Pero quizá veríamos aparecer, entonces, algo nuevo, que podríamos denominar, tal vez, “derecho penal”.

BIBLIOGRAFÍA

Agamben, Giorgio (2002): *Homo sacer*, Suhrkamp, Frankfurt.

Atria, Fernando (2003): “La hora del derecho: los ‘derechos humanos’ entre la política y el derecho”, *Estudios Públicos* 91, pp. 45 ss.

Beccaria, Cesare (2000): *De los delitos y las penas* Fondo de Cultura Económica, México.

Binding, Karl (1965): *Die Normen und ihre Übertretung*, Scientia Verlag, Aalen, tomo I.

Binding, Karl (1991): *Handbuch des Strafrechts*, Scientia Verlag, Aalen.

Contesse, Javier (2007): “Consideraciones acerca de la relación entre reproche penal y pena: el caso del ‘shaming punishment’ en la práctica punitiva norteamericana”, *Revista de Estudios de la Justicia* 9, pp. 241 ss.

Foucault, Michel (1976): *Vigilar y castigar*, Siglo XXI, Madrid.

Foucault, Michel (1992): *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona.

Girard, René (1995): *La violencia y lo sagrado*, Anagrama, Barcelona, 1995.

Grewe, Wilhelm (1936): *Gnade und Recht*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburgo.

Guzmán Dalbora, José Luis (1997): “Consideraciones críticas sobre el reglamento penitenciario chileno”, en Baigún *et al* (coord.), *De las penas*, Depalma, Buenos Aires, pp. 271 ss.

Hegel, G.W.F. (1911): *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Felix Meiner, Leipzig.

Jakobs, Günther (2006): *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*, Civitas, Madrid, 2006.

Kindhäuser, Urs (2009): “Fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad”, en Kindhäuser y Mañalich, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Ara, Lima, pp. 75 ss.

Luhmann, Niklas (1981): *Soziologische Aufklärung 6*, Westdeutscher Verlag, Opladen.

Luhmann, Niklas (1993): *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, C.F. Müller: Heidelberg.

Marx, Karl (1976): “Zur Judenfrage”, en Marx y Engels, *Werke*, tomo 1, Dietz Verlag, Berlín, pp. 347 ss.

Mañalich, Juan Pablo (2007): “La pena como retribución”, *Estudios Públicos* 108, pp. 117 ss.

Mañalich, Juan Pablo (2009): “Pena y ciudadanía”, en Kindhäuser y Mañalich, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Ara, Lima, pp. 119 ss.

Mañalich, Juan Pablo (2010): *Terror, pena y amnistía. El derecho penal ante el terrorismo de Estado*, Flandes Indiano, Santiago.

Neves, Marcelo (2004): “La fuerza simbólica de los derechos humanos”, *DOXA* 27, pp. 158 ss.

Novoa, Eduardo (2005): *Curso de Derecho Penal Chileno*, 3ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, tomo II.

Roxin, Claus (1976): *Problemas básicos de derecho penal*, Reus, Madrid.

Rusche, George y Kirchheimer, Otto: *Pena y estructura social* (Temis, Bogotá, 2004).

Tugendhat, Ernst (1993): *Vorlesungen über Ethik*, Suhrkamp, Frankfurt, 1993.

NOTAS

¹ Véase también Neves, 2004, pp. 158 ss.

² Véase también Girard, 1995, pp. 267 ss.

³ La traducción del adjetivo alemán “*bürgerlich*” admite esa alternativa.

⁴ Véase Hegel, 1911, §§ 182 s., 189 ss.

⁵ Cuestión que fuese investigada por Foucault, en el marco de su diagnóstico de que el programa ilustrado de reforma al sistema penal del antiguo régimen, que abogara por la supresión de las barbáricas penas corporales, en definitiva habría traído favorecido, por debajo de la humanización del catálogo de penas, una sofisticada reingeniería de los dispositivos disciplinarios Foucault, 1976, pp. 108 ss.

⁶ Al respecto, y críticamente, Guzmán Dalbora, 1977, pp. 271 ss.

⁷ Críticamente Mañalich, 2007, pp. 131 ss.

⁸ Para una fértil discusión del problema véase Contesse, 2007, pp. 258 s., 268 ss. Nótese, en todo caso, que la supuesta especial necesidad de legitimación del carácter apelativo de la condena no puede ser identificada con una lesión del honor del condenado, precisamente porque –en la medida en que el condenado en efecto sea culpable del hecho– la condena no constituye calumnia.

⁹ Esto podría invocarse a favor de la tesis según la cual el quebrantamiento de condena, regulado en el art. 90 del Código Penal, no constituye un delito autónomo, de modo tal que las sanciones ahí previstas no constituyen penas independientes, sino meras modificaciones

disciplinarias del cumplimiento de la pena impuesta por la sentencia quebrantada. Véase el notable desarrollo de este argumento en Novoa, 2005, tomo II, p. 80.

¹⁰ Tampoco el Estado, sostiene Binding –rectificando así lo afirmado en la 1ª edición del primer tomo de sus *Normen*–, puede ser entendido como sujeto inmediatamente obligado por una norma de sanción penal. Pues el Estado puede renunciar a ejercer el derecho punitivo que para él se sigue de la perpetración del delito por parte del destinatario de la respectiva norma de comportamiento (Binding, 1965, pp. 16 ss.).

¹¹ Es cierto que esta propuesta de articulación conceptual ha sido objeto de crítica, en el entendido de que, por esta vía Binding, habría incurrido en un inadmisibles traslado de categorías de derecho privado a la dogmática del derecho público. Véase sin embargo (el prólogo de) Binding, 1991, pp. viii s. No deja de llamar la atención, empero, que esta crítica haya sido paradigmáticamente enarbolada por juristas, posteriores a Binding y comprometidos con la reorientación del derecho penal hacia el modelo de dominación nacionalsocialista, para quienes la comprensión bindigiana de la relación punitiva como una relación jurídica entre el Estado y el condenado no representaba más que un resabio de la tradición jurídica del Estado liberal burgués. Así Grewe, 1936, pp. 38 s.

¹² Binding, sin embargo, manifestaba disconformidad con el término retribución (*Vergeltung*), cuyo uso tendería a generar asociaciones con la noción del *ius talionis*. Véase Binding, 1965, pp. 419 s.

¹³ Pues como el propio Beccaria lo exigiera: “[l]a ley, pues, señalará los indicios de un delito que merezcan la prisión de un reo, que lo sujeten al examen y a la pena” (Beccaria, 2000, p. 284).