



# Comunidad política Y CASTIGO



La autora sostiene que el sistema penitenciario chileno opera bajo diversos criterios -como la progresiva participación de agentes privados-, que demostrarían la “irrelevancia democrática” que la población privada de libertad tendría para la comunidad política.

► Por **Isabel Arriagada G.**,  
Licenciada en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile;  
magíster en sociología, Pontificia Universidad Católica de Chile.

**E**l aparato penitenciario chileno opera sobre la base de una regulación infra legal de la pena, carece de control judicial, admite el destierro político de los presos -a quienes se les despoja de su derecho a voto- e impera bajo el progresivo interés de agentes privados.

Todo parece apuntar a la irrelevancia democrática de la población privada de libertad para la comunidad política<sup>1</sup>. A partir de las críticas a la intervención de agentes privados en la ejecución del castigo, quisiera mostrar que la idea de monopolio estatal sobre el castigo y la necesidad de que la comunidad restituya la relevancia de la población penal resultan irrenunciables.

<sup>1</sup> Mañalich, Juan Pablo, “El derecho penitenciario. Entre la ciudadanía y los derechos humanos”. En Revista Derecho y Humanidades N. 8, 2011, pp. 163-178. p. 16. También, Arriagada, Isabel; Silva, Guillermo. “La Justicia Ausente: El sistema penitenciario y el control judicial de la pena privativa de libertad en Chile” en Arocena (ed). “El control judicial de la ejecución de la pena privativa de libertad en América Latina”. Editorial Ediar, Buenos Aires, 2014. (En prensa).

En 2009, la Corte Suprema de Israel sostuvo que el castigo es una función central del Estado, cuya delegación en agentes privados resulta improcedente. El fallo contribuye jurisprudencialmente al debate sobre la intervención de agentes privados en la ejecución de la pena, la naturaleza del Estado y la idea de monopolio estatal sobre el castigo.

El argumento de la Corte opera sobre la base de que la administración carcelaria en manos de agentes privados constituye una violación a la libertad -adicional a la privación de libertad proveniente del castigo en sí mismo-, debido a que la delegación de la actividad estatal de castigar debilita la integridad y legitimidad de la soberanía cuando convierte a los presos en objetos de lucro<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> En palabras de la Corte: «When the state transfers power to manage a prison, with the invasive powers that go with it, to a private profit-making corporation, it violates the human dignity of the inmates of that prison, since the public purposes that give imprisonment legitimacy are undermined and the inmates becomes a means for the private corporation to make profits».

**“La teoría y la práctica en Chile avalan que la ejecución de la pena se encuentre entregada a una regulación infra legal, carezca de control judicial, admita el destierro político de los presos e impere en ella la discrecionalidad de los agentes ejecutores privados”.**

Asimismo, la Corte sostiene que el monopolio estatal sobre la provisión de castigo se justifica en la idea de que el Estado y los funcionarios estatales encuentran límites constitucionales y legales a su actuación, circunstancia que permite reducir considerablemente eventuales abusos de poder.

La literatura sobre retribucionismo ha contribuido a esta postura sobre la base de la culpabilidad y el merecimiento, junto al correlativo descrédito de las justificaciones utilitaristas del castigo. La teoría retribucionista descansa en la idea de que los ciudadanos constituyen agentes morales en diálogo continuo con la comunidad<sup>3</sup>. En este diálogo, la comisión de un delito genera una respuesta punitiva de la comunidad. El diálogo empieza con la articulación legislativa de una ley, prosigue con los mecanismos de persecución penal, comunica censura a través de una sentencia y concluye cuando finaliza la ejecución de la pena.

En este contexto, la pena puede definirse como la privación autorizada del derecho a la libertad ambulatoria y/o propiedad sobre ciertos bienes o la imposición de una carga especial como resultado de haber sido considerado culpable de la violación de una norma penal.

Como es evidente, en ausencia de este juicio de culpabilidad, una privación de derechos similar, ejercida por agentes pri-

vados, representaría una injusticia grave, por lo que la imposición de la pena debe estar provista de una justificación o combinación fuerte de justificaciones<sup>4</sup>.

Cuando se detiene el diálogo entre comunidad e individuo, la comunidad se distancia de la ejecución penal, abandona el interés por el destino de los condenados y empobrece su responsabilidad con quienes encarcela<sup>5</sup>.

## EJECUCIÓN DE LA PENA Y PRIVATIZACIÓN

La pregunta que debiese responder la privatización carcelaria es, entonces, ¿por qué permitir que este diálogo -que el Estado ha mantenido durante todo el proceso- concluya cuando se impone la sentencia<sup>6</sup>, ¿acaso la participación del Estado es irrelevante durante la ejecución de la pena? Si es irrelevante, ¿por qué no privatizar la persecución criminal?, ¿y al poder judicial?

En suma, la decisión de entregar a manos privadas la ejecución de la pena importa renunciar al sometimiento de esa ejecución a límites constitucionales y legales (a que sólo están sujetos los funcionarios públicos) y, a su vez, significaría admitir que la ejecución de la pena, en vez de ser conducida a través de los criterios de una decisión deliberada en el seno de la discusión pública, se encuentre expuesta al juicio *ad hoc* de un agente privado.

En Chile, Juan Pablo Mañalich ha sostenido un enfoque retribucionista, respaldado en la noción de lealtad comunicativa<sup>7</sup>. Consistentemente, Mañalich ha defendido una visión integrada de la pena, sin solución de continuidad entre los momentos de conminación, determinación y ejecución. En sus palabras,

*«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*

3 Existe cierta confusión entre los estudiantes para distinguir entre las teorías retribucionistas del castigo y el llamado neo-retribucionismo. Este último es sólo una respuesta histórica del neoconservadurismo americano de los años '80, que impuso el endurecimiento indiscriminado del sistema penal.

4 Sigler, Mary. "Private Prisons, Public Functions, and the Meaning of Punishment." *Fla. St. UL Rev.* 38, 2010.

5 *Ibidem*.

6 *Ibidem*.

7 Crucial en la materia, Mañalich, Juan Pablo. "Pena y Ciudadanía", *Revista de Estudios de la Justicia* N. 6. Año 2002.



*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».*

Sin embargo, la teoría y la práctica en Chile avalan que la ejecución de la pena se encuentre entregada a una regulación infra legal, carezca de control judicial, admita el destierro político de los presos e impere en ella la discrecionalidad de los agentes ejecutores privados. En estas condiciones, el sistema contribuye y opera sobre la base de la irrelevancia democrática que la comunidad confiere a la población reclusa<sup>8</sup>.

## ESTADOS SIN CAPACIDAD

El autor norteamericano Malcolm Feeley expone una hipótesis alternativa. Entre sus argumentos para objetar la fortaleza del Estado moderno, se encuentra, en primer lugar, la constatación de que el Estado siempre ha acudido a la prestación de servicios de agentes privados, pues en el terreno pragmático carece de la capacidad para hacer frente a todas las demandas sociales y ha contado y cuenta actualmente con un sinnúmero de agencias privadas que les permiten hacer frente a la infinidad de demandas sociales.

Las entidades privadas juegan hoy un rol crucial en la provisión de servicios y administran aspectos esenciales de programas públicos, de manera que el límite entre lo privado y lo público resulta ser infinitamente plástico.

En segundo lugar, Feeley apela a nuevas teorías contemporáneas sobre el Estado moderno y cuestiona la idea de un Estado unitario. Éste contiene todas las partes necesarias para efectuar las tareas que le son propias y las lleva a cabo debido a que cada ciudadano ha depositado su cuota de poder en él. Así, actualmente, más que un Estado unitario podríamos pensar en la forma del Estado de manera desagregada. El Estado como lo conocemos constituiría solo uno más entre una vasta diversidad de actores relevantes de la esfera pública: agentes privados, ONGs e, incluso, otros Estados.

<sup>8</sup> Mañalich, Juan Pablo, (Nº1), 2011, pp. 163-178. p. 16. También, Arriagada, Isabel; Silva, Guillermo (Nº1).

En tercer lugar, existe una gran variedad de prácticas que vulneran la teoría del monopolio estatal sobre el castigo. Así, por ejemplo, el Estado puede imponer una pena a un extranjero, sin reparos a que sea luego ejecutada en un país distinto. Asimismo, Feeley cita el caso de que, en Estados Unidos, los centros penales de menores administrados por agencias privadas constituyen una práctica generalizada que nadie pone en duda. Algo similar sucede en el caso chileno.

En definitiva, según Feeley, el canon de un Estado cerrado y excluyente resulta ser una herramienta analítica e interpretativa en declive. Su argumento es atractivo, pero tropieza con la naturaleza particular del derecho penal.

Si bien el proceso de desnacionalización ha invadido distintas esferas de la institucionalidad pública (a través de tribunales internacionales o políticas monetarias dictadas por el FMI, por ejemplo), resulta crucial identificar la especificidad de la práctica del derecho penal como una que exige una densidad política capaz de reconocer la autonomía de los ciudadanos y dialogar con ella.

Por esta razón, también, el argumento de Feeley resulta débil cuando apela al debilitamiento del Estado en los casos de internación adolescente y ejecución de la pena por Estados extranjeros.

Feeley elude que los centros de internación de adolescentes -por un lado- y la ejecución de la pena por otros Estados en el caso de extranjeros -por otro- lidian con sujetos que no participan en plenitud en el diálogo político.

En definitiva, la pregunta que surge cuando un privado busca ejecutar el castigo es si esa práctica puede ser considerada legítima y si el Estado y la comunidad política demuestran mantener compromiso con la dignidad del ciudadano penado. En este sentido, el Estado -a todo evento- debiese conservar un rol tributario del resguardo de la integridad del sistema penitenciario y la población penal. 