

# ¿PUEDE LA CÁRCEL REDUCIR EL DELITO? RECONSTRUCCIÓN HISTÓRICA Y DISCURSIVA DE UN RECURSO IATROGÉNICO

AGUSTÍN WALKER MARTÍNEZ  
*Universidad de Chile*

*SUMARIO: I. Introducción. II. La política criminal de los últimos años. 1. La politización de la delincuencia y la primacía de un discurso de ley y orden. 2. Campaña presidencial del año 1999. 3. Campaña presidencial del año 2005. 4. Campaña presidencial del año 2009. 5. Elecciones presidenciales del año 2013. 6. Elecciones presidenciales del año 2017. 7. Elementos comunes y conclusiones. a) La politización de la inseguridad ciudadana y el auge del “populismo punitivo”. b) El abandono del carácter de ultima ratio del Derecho Penal y su consolidación como la primera respuesta ante problemas sociales. c) El impacto de los fenómenos analizados: III. El impacto de la privación de libertad en la persona y su entorno. 1. Respecto al impacto en la persona. 2. Respecto al impacto en los vínculos familiares, laborales y comunitarios. 3. Hacia la construcción de una propuesta de racionalización de la herramienta punitiva. IV. Conclusiones. Bibliografía.*

*PALABRAS CLAVE: Populismo penal, política criminal, temor ciudadano, privación de libertad.*

## I. INTRODUCCIÓN

En una columna de 4 de mayo de 2015, Michael Gerson señalaba que el encarcelamiento masivo de jóvenes en las cárceles estadounidenses era una medida “iatrogénica”<sup>1</sup>. Este concepto –importado de la medicina– hace alusión a la enfermedad que se causa por medio de la intervención médica; es decir, cuando el intento de cura se convierte en una complicación. El uso excesivo de la herramienta punitiva, en particular la utilización de la privación de libertad como intento de solución a problemáticas sociales complejas como la delincuencia, es precisamente eso, un intento por calmar un temor colectivo que, lejos de solucionar el problema, viene a convertirse en una nueva complicación, profundizando las ya existentes.

---

<sup>1</sup> Citado en LARROULET, Pilar, “Cárcel, marginalidad y delito”, en SILES, Catalina (ed.). *Los invisibles. Porqué la pobreza y la exclusión social dejaron de ser prioridad*. Santiago: Institutos de Estudios de la Sociedad (2017), p. 183.

Este trabajo busca, en primer lugar, analizar el uso que se ha dado a la herramienta penal en general y a la privación de libertad en particular en los últimos años, para concluir que su incremento incesante desde los 80 a la fecha se debe a la ausencia de una política criminal consistente, seria y con base científica, y obedece a la politización del discurso criminal que ha alzado esta respuesta punitiva como una alternativa socialmente atractiva, electoralmente rentable, pero muy poco efectiva en la lucha contra el problema que debería solucionar.

En segundo lugar, el trabajo busca analizar por qué la respuesta punitiva no es una respuesta eficiente ante el problema de la delincuencia, constatando las diversas externalidades negativas intrínsecamente asociadas a la privación de libertad como principal respuesta punitiva, tanto para las personas como para la sociedad y para el propio Estado. Para finalizar, el trabajo aborda posibles vías de acción ante este panorama.

El punto central del artículo es demostrar que se ha abogado —con vehemencia preocupante— por dar respuestas que en nada contribuyen a rebajar los índices de delincuencia, cuyo beneficio es que generan réditos electorales inmediatos y efectivos. Desbaratar esa —ya instalada— cultura es un proceso largo, complejo e impopular, pero que debe ser iniciado por todo/a quien intente hablar en serio de criminalidad.

## II. LA POLÍTICA CRIMINAL DE LOS ÚLTIMOS AÑOS

El temor ciudadano a la delincuencia y la utilización del dolor de las víctimas por parte de los medios de comunicación no son elementos recientes en Chile. Ya en la década del 50 diversos medios señalaban que era “una hazaña recorrer las calles de Santiago, Valparaíso, y otras poblaciones pasadas las 10 de la noche” y que la delincuencia había llegado a producir “una verdadera alarma pública”<sup>2</sup>, lo que se atribuía a pérdida de valores sociales, y se adjudicaba a los sectores socioeconómicos más bajos y a la inmigración<sup>3</sup>.

Sin embargo, desde la década de los 80, y con mayor fuerza en los 90 y 2000, se generó un giro significativo en la politización de la criminalidad<sup>4</sup>, lo que se ha traducido en la conducción de esos sentimientos colectivos de

---

<sup>2</sup> LEÓN, Marco, “Los dilemas de una sociedad cambiante: criminología, criminalidad y justicia en Chile contemporáneo (1911-1965)”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 19 (2003), p. 249.

<sup>3</sup> LEÓN, ob. cit., p. 231.

<sup>4</sup> MORALES, Ana María, “La política criminal contemporánea: influencia en Chile del discurso de la ley y el orden”, en *Revista de Política Criminal*, vol. 7, N° 13 (2012), p. 103.

inseguridad hacia la política, potenciando la imagen del delincuente como un/a “otro/a” al cual se debe combatir y neutralizar con “mano dura”, privándolo de libertad por más tiempo, en peores condiciones, e impidiendo que obtenga su libertad.

Lo anterior se ha plasmado en una política criminal inorgánica, caracterizada principalmente por tres grandes elementos estrechamente vinculados: la primacía de un discurso de la ley y el orden; la politización y el uso estratégico del temor ciudadano; y la utilización del derecho penal como primera medida para enfrentar estos problemas, con un fuerte rol simbólico.

### *1. La politización de la delincuencia y la primacía de un discurso de ley y orden*

Hasta la década de los 60 en Occidente y aun cuando la delincuencia generaba temor ciudadano, esta era considerada una problemática local y social<sup>5</sup> que debía ser resuelta por medio de medidas de bienestar social general y por medio de la “rehabilitación” del delincuente<sup>6</sup>, en sintonía con el *bienestarismo social* propio de la posguerra<sup>7</sup>. Sin embargo, en la década de los 60 comenzó de manera incipiente una tendencia global a negar la responsabilidad social en la delincuencia, a responsabilizar al *bienestarismo* y al Estado de bienestar<sup>8</sup> del auge de la delincuencia, potenciando una noción individualista del crimen<sup>9</sup> e impulsando la idea de neutralizar a delincuentes para disuadir a los demás de delinquir<sup>10</sup>.

El auge discursivo del fenómeno se ha situado en las elecciones presidenciales estadounidenses de 1964, en las que el candidato republicano Barry

---

<sup>5</sup> MAUER, Marc, “The causes and consequences of prison growth in the United States”, en GARLAND, David (ed.), *Mass Imprisonment: Social Causes and Consequences*. Londres: Sage (2001), p. 9.

<sup>6</sup> BECKETT, Katherine y WESTERN, Bruce, “Governing Social Marginality: Welfare, Incarceration, and the Transformation of State Policy”, en GARLAND, David (ed.), *Mass Imprisonment: Social Causes and Consequences*. Londres: Sage (2001), p. 38.

<sup>7</sup> MORALES, *La política criminal*, ob. cit., p. 113. En el mismo sentido, GARLAND, David, *La cultura del control*. Barcelona: Gedisa (2001), p. 119.

<sup>8</sup> Aun cuando en Chile no es posible sostener que haya existido un “Estado de bienestar”. Para explicaciones más vinculadas a la realidad nacional, véase: WILENMANN, Javier, “Neoliberal Politics and State Modernization in Chilean Penal Evolution”, en *Punishment & Society* 0 (0), pp. 1 -22.

<sup>9</sup> MAUER, ob. cit., p. 9.

<sup>10</sup> BECKETT y WESTERN, ob. cit., p. 39.

Goldwater planteó la necesidad de “ley y orden” como respuesta al “crimen en las calles”<sup>11</sup>, culpando a las nociones de *bienestarismo* de los aumentos de la criminalidad<sup>12</sup>, lo que fue después incorporado en la campaña presidencial de 1968 de Richard Nixon<sup>13</sup> con gran éxito y luego replicado por Reagan en los 80, quien enfocó su discurso en la nueva guerra contra las drogas, multiplicando por seis el gasto público en dicha guerra en ocho años<sup>14</sup> y duplicando el número de arrestos por esta causa<sup>15</sup>.

En sencillo, “la demanda de la ley y el orden condensa un significado específico: por encima de todo, lo que la ley puede y debe producir es orden, y en los casos en que esto no ocurre, se debe a una débil aplicación de ésta”<sup>16</sup>. Esta modalidad discursiva se vio alimentada por nociones economicistas del delito, que estimaban que la función de la pena era elevar los costos del delito y su probabilidad de sanción, entendiendo el delito como una elección racional de la persona. Esta lógica tiene un éxito imposible de frenar, pues plantea que, para que disminuyan los delitos, se deben aumentar las penas y endurecer el sistema penal; si disminuyen, la firmeza ha triunfado, y si aumentan, es señal de que la respuesta aún es débil, y por tanto se deben aumentar las penas y endurecer el sistema aún más para que disminuyan. Esa retórica infalible de la ley y el orden la vuelve un recurso políticamente atractivo, pues solo puede traer indicadores positivos para quien la promueva. Esto, a su vez, conlleva otro fenómeno, pues si el rigor y la fuerza son las condiciones para mantener a freno el delito y la paz social, entonces el fenómeno del encarcelamiento se disocia del fenómeno del delito, pues independiente de las variaciones de este último, el rigor punitivo debe mantenerse e incrementarse<sup>17</sup>.

Así, bajo esta retórica, se pasa a analizar al delincuente como un ser cuyas acciones son exclusivamente imputables a un cálculo racional que él mismo efectúa, adoptando un pesimismo respecto de los intentos de integración, su-

---

<sup>11</sup> MAUER, ob. cit., p. 9.

<sup>12</sup> NEW YORK TIMES, 11 de septiembre de 1964.

<sup>13</sup> MORALES, ob. cit., p. 119.

<sup>14</sup> MAUER, ob. cit., p. 6.

<sup>15</sup> DOWNES, David, “The macho penal economy: Mass incarceration in the United States - a European perspective”, en GARLAND, David (ed.), *Mass Imprisonment: Social Causes and Consequences*. Londres: Sage (2001), p. 57.

<sup>16</sup> MORALES, ob. cit., p. 120.

<sup>17</sup> LARRAURI, Elena, “La economía política del castigo”, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 11, N° 06 (2009), p. 4. En el mismo sentido, ZIMRING, Franklin, *The Great American Crime Decline*. Oxford: Oxford University Press (2007), p. 146.

brayando la necesidad de excluir a aquellos que no se conducen a sí mismos de manera responsable<sup>18</sup>, constituyendo al delincuente como un/a “otro/a” que tiene poco en común con el resto de la ciudadanía<sup>19</sup>, aumentando la inversión en las policías y en el aparato penitenciario y disminuyendo las inversiones estatales en las “causas” sociales subyacentes del fenómeno delictual<sup>20</sup>.

El riesgo en la adopción de este tipo de discursos radica en que “una vez que se embarca en el curso de gobierno a través del crimen, con el elevado ‘emocionalismo’ y el aumento de las medidas punitivas que esto conlleva, ninguna sociedad ha logrado encontrar una manera de liberarse de ese espiral ascendente”<sup>21</sup> y en que, una vez adoptada esta mentalidad o forma de gobernar, los problemas sociales y de integración social y cultural son traducidos en términos de control del crimen<sup>22</sup>.

En nuestro país, esta modalidad discursiva se ha incorporado con plenitud desde los 90 a la fecha. Antes de eso, durante la década de los 80 en la dictadura cívico-militar, las nociones imperantes eran más bien de seguridad nacional y de orden interno ante grupos “subversivos”. Pero el enfoque durante la década de los 90 giraría hacia la seguridad ciudadana. Así, “[h]acia finales de la década de 1990, y especialmente en la campaña presidencial previa a la elección presidencial del año 2000, la delincuencia y las formas de enfrentarla comenzaron a monopolizar la agenda política. Fue así como en los respectivos programas de gobierno se pudieron observar posturas tendientes a endurecer la respuesta político criminal”<sup>23</sup>.

Una sencilla forma de verificar todo lo anterior es analizar brevemente cuál ha sido el tenor de las discusiones programáticas presidenciales respecto al tema de la seguridad ciudadana.

## *2. Campaña presidencial del año 1999*

En la campaña presidencial del año 1999, el candidato Joaquín Lavín proponía: “endurecer la legislación relacionada con la materia, restringiendo la libertad provisional, y terminar con el indulto presidencial, estableciendo en

---

<sup>18</sup> BECKETT y WESTERN, ob. cit., p. 38.

<sup>19</sup> MAUER, ob. cit., p. 9.

<sup>20</sup> BECKETT y WESTERN, ob. cit., p. 35.

<sup>21</sup> DOWNES, ob. cit., p. 57.

<sup>22</sup> DOWNES, ob. cit., p. 58.

<sup>23</sup> MORALES, ob. cit., p. 103.

su reemplazo un real presidio perpetuo. Además, propuso restringir los beneficios carcelarios a quienes reincidan en delitos graves, y ubicar las cárceles en lugares aislados”<sup>24</sup>.

El candidato de la entonces Concertación, Ricardo Lagos Escobar, constataba que “de poco o nada sirve aumentar las penas en forma indiscriminada si no existe una presencia policial eficiente y una organización vecinal eficaz que disuadan a los delincuentes”<sup>25</sup>, y proponía una “[r]evisión integral de la legislación penal por la coherencia del sistema de penas y su efectivo cumplimiento [...] y dotaremos a los tribunales de justicia de los instrumentos legales que permitan discriminar entre el gran delito de narcotráfico y el delito de micro tráfico”<sup>26</sup>.

### 3. Campaña presidencial del año 2005

En la elección presidencial del año 2005 se diluyeron las diferencias entre las candidaturas en esta materia, pues diversos estudios de opinión mostraban que la primera preocupación de las personas era la delincuencia, con un 47%<sup>27</sup>, mientras que, en una encuesta de 2003, el 80% de las personas encuestadas señalaba que en Chile las penas eran “bajas o muy bajas”<sup>28</sup> aun cuando las cifras de victimización habían bajado en un 4,7% en los últimos dos años<sup>29</sup>.

En ese contexto social y político, “la mayoría de los candidatos de esa elección presidencial, se enfrascaron en una suerte de ‘competencia de dureza’, presentando consignas recicladas y algunas nuevas populistas”<sup>30</sup>. Así, en esta nueva elección el candidato Joaquín Lavín propuso la incorporación del modelo estadounidense del “three strikes and you are out” (“tres *strikes* y estás fuera”) del Estado de California y luego ramificado a otros estados de EE.UU.<sup>31</sup>, y que

---

<sup>24</sup> MORALES, ob. cit., p. 104.

<sup>25</sup> Programa Presidencial de Ricardo Lagos Escobar (1999), p. 21. Disponible en: [www.archivochile.com/Gobiernos/gob\\_rlagos/de/GOBdelagos0002.pdf](http://www.archivochile.com/Gobiernos/gob_rlagos/de/GOBdelagos0002.pdf).

<sup>26</sup> MORALES, ob. cit., p. 104.

<sup>27</sup> CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS, “Estudio Nacional de Opinión”, N° 21 (2005).

<sup>28</sup> CUNEO, Silvio, *Cárceles y pobreza: las distorsiones del populismo penal*. Santiago: Uqbar (2018), p. 186.

<sup>29</sup> INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS, “Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana (ENUSC), Resultados Comparados 2003 - 2005” (2006). Disponible en: <http://www.seguridadpublica.gov.cl/media/2014/10/Presentacion-Sintesis-Nacional-ENUSC-2005.pdf>.

<sup>30</sup> MORALES, ob. cit., p. 107.

<sup>31</sup> MAUER, ob. cit., p. 6.

ya había sido objeto de críticas en ese país<sup>32</sup> por su efecto desproporcionado y carente de toda racionalidad. En específico, Lavín propuso:

El delincuente que por tercera vez comete un delito grave, tendrá una pena mínima de 15 años, sin acceso a ningún beneficio. La experiencia ha demostrado ser exitosa en Estados Unidos, donde 3 de los 5 estados con mayor reducción del delito tienen dicha legislación<sup>33</sup>.

Propuso, además, de manera *hollywoodense*, la construcción de una cárcel-isla para criminales violentos.

El candidato de la misma coalición, Sebastián Piñera, instaba también por la consagración de la regla de los tres *strikes* y proponía atacar a quienes “hacen de las conductas delictuales una verdadera profesión”, pues ellos “contribuyen decididamente a crear una sensación legítima de inseguridad en la gente honesta, que es la inmensa mayoría del país”<sup>34</sup>, potenciando la imagen del delincuente como un otro ajeno a la “gente honesta”.

Por su parte, Michelle Bachelet, de la vereda opuesta a los anteriores candidatos, no se alejó mucho de esa línea, proponiendo un endurecimiento general de la legislación penal: “[u]n sistema de justicia severo con aquellos que hacen del delito su profesión”, impidiendo el acceso a beneficios para reincidentes, y agregando que “[p]ondremos mayores obstáculos a los delincuentes reincidentes que quieran obtener libertad condicional”<sup>35</sup>.

El (o la ausencia de) debate sobre delincuencia en esa elección se mantuvo, así, en un nivel de consignas genéricas y sin grandes diferencias entre las candidaturas, intentando cada una mostrarse más dura que la otra. Así, por ejemplo, Joaquín Lavín señalaba a los medios: “[p]reguntémosles a los delincuentes por quién prefieren votar, ¿por Michelle Bachelet o por mí? Les aseguro que los delincuentes prefieren votar por Michelle Bachelet, porque saben que ella va a tener la misma mano blanda que ha tenido el presidente Lagos en este tema”<sup>36</sup>.

#### 4. Campaña presidencial del año 2009

En esta oportunidad, el nuevamente candidato y futuro presidente, Sebastián Piñera, proponía “reformas legales para restringir las libertades provisionales

---

<sup>32</sup> WACQUANT, Loic, “Deadly Symbiosis: When Ghetto and Prison Meet and Mesh”, en GARLAND, David (ed.), *Mass Imprisonment: Social Causes and Consequences*. Londres: Sage (2001), pp. 111 y 112.

<sup>33</sup> MORALES, ob. cit., p. 108.

<sup>34</sup> MORALES, ob. cit., p. 108.

<sup>35</sup> MORALES, ob. cit., p. 108.

<sup>36</sup> CUNEO, ob. cit., p. 189.

a las personas que representen un peligro para la sociedad, se hará realidad el ‘Candado a la Puerta Giratoria’<sup>37</sup>.

Por otro lado, proponía una política de “Drogas: Tolerancia Cero”, que incluía como promesa que “se perseguirá y combatirá con toda energía y fuerza de la ley a los narcotraficantes. No se indultará y se solicitarán las máximas sanciones contra quienes destruyen la vida de niños y jóvenes promoviendo el consumo de drogas”<sup>38</sup>. El discurso de cierre del entonces candidato giraba en torno a una lógica de “batalla” o “guerra”: “es necesario ganarle la batalla a la delincuencia, la pobreza, el narcotráfico, el desempleo”<sup>39</sup>.

Por su parte, el candidato Eduardo Frei adoptó un tono más alejado del discurso punitivo, lo que fue explotado en los debates públicos por su opositor como signo de debilidad. En su programa, Frei proponía medidas preventivas de atención focalizada de menores, medidas de control enfocadas en el aumento de los funcionarios policiales y la creación de tribunales especializados. En rehabilitación y cumplimiento de penas, proponía reorganizar Gendarmería, instaurar el monitoreo telemático para casos de VIF y la creación de jueces de ejecución de penas<sup>40</sup>.

Las algo más reflexivas medidas de Eduardo Frei chocaban directamente con las propuestas de Sebastián Piñera, quien en discursos públicos reafirmaba su “mano dura”, proponiendo “quebrarle la mano a la delincuencia para que la gente por fin pueda vivir en paz, sin temor en sus propios hogares y disfrutar de la vida”<sup>41</sup>.

### 5. Elecciones presidenciales del año 2013

En las elecciones del año 2013, las dos grandes competidoras eran Michelle Bachelet, por la “Nueva Mayoría”, y Evelyn Matthei, por la “Alianza por Chile”. En esta campaña, la discusión también giró en buena medida en torno a la delincuencia y la seguridad ciudadana. Así, el jefe de comunicaciones de la can-

---

<sup>37</sup> Programa de Gobierno de Sebastián Piñera (2010), p. 75. Disponible en: [http://200.6.99.248/~bru487cl/files/Programa\\_de\\_Gobierno\\_2010.pdf](http://200.6.99.248/~bru487cl/files/Programa_de_Gobierno_2010.pdf).

<sup>38</sup> Programa de Sebastián Piñera, ob. cit., p. 78.

<sup>39</sup> Discurso público de cierre de campaña de Sebastián Piñera, el 10.12.09. Disponible en: <https://www.emol.com/noticias/nacional/2009/12/10/388838/pinera-en-cierre-de-su-campana-ningun-mea-culpa-confundira-a-los-chilenos.html>.

<sup>40</sup> Programa presidencial de Eduardo Frei (2009), p. 50.

<sup>41</sup> *Diario El Mostrador*, 3.01.2010. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2010/01/03/pinera-da-a-conocer-sus-principales-propuestas-para-su-futuro-gobierno/>.

didata Bachelet, Álvaro Elizalde, emplazaba al entonces ministro del Interior, Andrés Chadwick, señalándole: “[d]edíquese a luchar contra la delincuencia, porque lo ha hecho mal, en vez de estar interviniendo en la campaña”<sup>42</sup>.

El 24 de septiembre, al presentar su propuesta de seguridad ciudadana, propuso “abordar el tema de la seguridad de manera amplia: la prevención, el combate a la violencia en el hogar, el combate a las drogas, el fortalecimiento de la policía, la administración de justicia, y la reinserción”<sup>43</sup>.

Como se analizará más adelante, durante el gobierno de la presidenta Bachelet se fue progresivamente endureciendo el tono –y las medidas– en la materia, lo que se plasmó en proyectos que han modificado sustancialmente el rigor punitivo de la legislación penal y procesal.

Por su parte, entre los principales compromisos de la candidata Evelyn Matthei se encontraba el que “[d]elincuentes y narcotraficantes reincidentes tendrán que ir a la cárcel sin derecho a la libertad provisional”, y sumar “6.000 nuevos policías con más atribuciones que los defiendan y protejan [a ciudadanos y ciudadanas] de sus agresores”<sup>44</sup>.

Al ahondar en su proyecto, en la sección “Delincuencia y Narcotráfico: mano firme de mujer contra la delincuencia y el narcotráfico”, la candidata señalaba que “el vandalismo en las protestas, los casos de menores de edad con amplios prontuarios y la violencia en los robos son motivo de indignación entre los chilenos, que han puesto este problema en el primer lugar de preocupación en todas las encuestas de orden público”, y atribuía dicha preocupación a “deficiencias generalizadas del sistema judicial y del funcionamiento de las fiscalías del Ministerio Público, leyes garantistas que han impedido terminar con la impunidad, un criterio excesivamente garantista de los jueces, aumento del consumo de drogas, delincuentes que rápidamente quedan en libertad, y falta de rehabilitación de quienes caen en prisión”<sup>45</sup>.

Sobre las policías, la candidata proponía “5 atribuciones que hoy las policías no tienen”: aumento en las facultades de primeras diligencias; mayores facilidades en el examen de vestimentas, equipajes y vehículos; permitir la

---

<sup>42</sup> *Diario El Mostrador*, 28.10.2013. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2013/10/28/vocero-de-comando-de-michelle-bachelet-llama-al-gobierno-a-dejar-de-intervenir-en-la-campana/>.

<sup>43</sup> CNN Chile, 24.09.2013. Disponible en: [https://www.youtube.com/watch?v=zO2WU\\_gNx8U](https://www.youtube.com/watch?v=zO2WU_gNx8U).

<sup>44</sup> Programa presidencial Evelyn Matthei (2013), p. 13.

<sup>45</sup> Respecto de esta y las siguientes citas del programa, véase: Programa presidencial Evelyn Matthei (2013), pp. 66 y ss.

detención cuando la participación se sospeche por medios audiovisuales, visuales o fotográficos; permitir a las policías entrar y registrar un lugar cerrado, sin autorización judicial previa, cuando se destruyen objetos del delito; y permitir la incautación de especies en el registro a un lugar cerrado, con la sola autorización del fiscal. En cuanto a la “reinserción social de verdad”, se proponía incentivar una mayor inversión privada y perfeccionar las sanciones a adolescentes, “terminando con el espacio de impunidad”.

Entre sus propuestas centrales en la materia, planteaba una “[g]uerra frontal contra el narcotráfico en las fronteras y los barrios”, prometiendo una batalla “frontal y sin tregua” al más puro estilo de las políticas del presidente Reagan en el Estados Unidos de los 80<sup>46</sup>.

Con relación a otras reformas a la justicia penal, la candidata describía un difuso diagnóstico: “vemos como, día a día, personas con un amplio prontuario policial siguen en libertad cometiendo crímenes. Independiente[mente] de si la responsabilidad es de los jueces por ser muy garantistas, de las leyes por ser muy laxas, o de la fiscalía por no presentar adecuadamente las pruebas, lo concreto es que estas personas no pueden estar en libertad. Es por esto, que en nuestro gobierno ningún delincuente o narcotraficante que sea reincidente tendrá derecho a la libertad condicional o a un derecho carcelario sino que tendrá que cumplir su condena en la cárcel”<sup>47</sup>.

Las propuestas de la candidata Matthei son una concreción tangible de la promoción de un discurso punitivo y de severidad extrema, con diagnósticos difusos y carente de evidencia, que apelaba al temor colectivo y a ciertas nociones de común aceptación (como la “puerta giratoria” o el carácter “garantista” de los jueces) para generar adhesión ciudadana a un programa político.

## 6. Elecciones presidenciales del año 2017

Por último, en las elecciones del año 2017, los dos grandes candidatos a la presidencia eran Sebastián Piñera por Chile Vamos y Alejandro Guillier por La Fuerza de la Mayoría, habiendo competido en primera vuelta otros conglomerados nuevos como el Frente Amplio (“FA”), Opción Política de Izquierda y el precandidato José Antonio Kast, como nueva opción de extrema derecha.

---

<sup>46</sup> MAUER, ob. cit., p. 6.

<sup>47</sup> Programa presidencial Evelyn Matthei, ob. cit., p. 75.

En su programa de gobierno, la candidata del FA, Beatriz Sánchez, proponía “[e]l fin al populismo penal: Seguridad y justicia enserio”<sup>48</sup>, planteando una modernización de Carabineros, planes de desarme y de justicia restaurativa<sup>49</sup>. Estas posturas “blandas” sobre el delito le significaron cuestionamientos en los medios, por parte de ciudadanos y de otros partidos<sup>50</sup>.

Por su parte, el candidato Alejandro Guillier, adoptando una confusa postura de firmeza y orden con atisbos de un abordaje más integral de la materia, señalaba:

No podemos seguir pensando que la delincuencia se enfrenta sólo con más policías en las calles y aumentando el número de presos en las cárceles. Estas medidas son necesarias, y muchos chilenos las demandan, pero también es imprescindible abocarnos a los factores que facilitan los delitos<sup>51</sup>.

Guillier proponía<sup>52</sup> crear un ministerio específico para la seguridad pública, afirmando que “la preocupación especial serán las víctimas de delitos [...]. No puede ser que los delincuentes tengan derecho a la defensa a través de la defensoría penal y las víctimas no tengan a alguien que las oriente y se preocupe de su caso concreto”. Así, sin un buen análisis de la figura dentro del funcionamiento de un sistema procesal penal acusatorio<sup>53</sup> y pretendiendo darle al proceso penal un rol en sí mismo reparatorio para la víctima, se proponía que la principal consideración del sistema fuera la víctima, haciendo eco de lo que en doctrina se ha denominado “falacia de suma cero”<sup>54</sup>, bajo la cual el hecho de que el imputado tenga defensa es una afrenta a la víctima, lo que obligaría a “empatar” las regulaciones de uno y otro interviniente.

Junto con ello, Guillier prometía más investigación de los delitos que “afectan directamente a la población, promoviendo una mejor investigación y mayor número de condenas”, agregando que velarían por “el cumplimiento efectivo de las penas impuestas por los tribunales de justicia. Daremos todas las posibilidades de reinserción a quienes delinquen por primera vez, pero se-

---

<sup>48</sup> Programa presidencial de Beatriz Sánchez (2017), p. 46.

<sup>49</sup> Ídem, p. 5.

<sup>50</sup> Véase: <https://www.radioagricultura.cl/noticias/2017/06/08/la-delincuencia-coloca-en-jaque-a-beatriz-sanchez-en-aqui-esta-chile.html>.

<sup>51</sup> Programa presidencial de Alejandro Guillier, (2017), p. 42.

<sup>52</sup> Ídem, pp. 43 y ss.

<sup>53</sup> CUNEO, ob. cit., p. 122.

<sup>54</sup> CUNEO, ob. cit., p. 191.

remos severos con los reincidentes. En estos casos aumentaremos las penas y no tendremos beneficios”, y adoptando medidas similares a las de la candidata Matthei cuatro años antes, bajo un discurso rígido, pero con ciertas pinceladas nominales de atención integral del problema.

Por su parte, el candidato y futuro presidente, Sebastián Piñera<sup>55</sup>, afirmaba que “[l]a seguridad ciudadana se está deteriorando en forma alarmante”, lo que se evidenciaría en que “muchas familias chilenas sienten inseguridad y miedo en sus hogares, barrios, plazas y transporte público”, habiéndose constatado un alza en la delincuencia en los años previos<sup>56</sup>. Por ello –agregaba– es que “la seguridad ciudadana ocupa un lugar central en nuestro programa de gobierno y será una preocupación absolutamente prioritaria de nuestro gobierno”.

Así, junto con medidas preventivas y con el fortalecimiento de las tecnologías y facultades de las policías, se proponía el “combate al narcotráfico y crimen organizado”, creando, entre otras cosas, “fuerzas de tareas” (símbolos a las *task forces* estadounidenses). El programa prometía una “Política contra el terrorismo interno”, planteando mayores excepciones a las reglas generales procesales penales y mayores medidas intrusivas.

Por último, el candidato independiente José Antonio Kast planteaba como diagnóstico que “[l]a delincuencia no es sólo un problema; es una epidemia. La gente vive encerrada en sus casas, camina con miedo por las calles. A los narcos los rescatan de manos de Carabineros, hay balaceras a plena luz del día que nadie puede detener, no hay servicentro que no sea asaltado”. Añadía que “[e]n las calles, no hay autoridad que detenga las marchas violentas y el festín que hacen los encapuchados. Se queman buses del Transantiago por anarquistas y no hay ningún sólo responsable por esas alteraciones del orden público”<sup>57</sup>.

De esta manera, en el primer punto de su programa, llamado “Agenda pro-seguridad y recuperación del Estado de Derecho”<sup>58</sup>, se proponía un respaldo *ex ante* a todo tipo de actuación ejecutada por Carabineros y la PDI, y la incorporación de las Fuerzas Armadas en la Región de La Araucanía, proponiendo desde ya la declaración de Estado de Emergencia en la zona.

---

<sup>55</sup> Programa presidencial de Sebastián Piñera (2017), pp. 134 y ss.

<sup>56</sup> Instituto Nacional de Estadísticas. “XV Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana (ENUSC 2018)” (2018), p. 8. Disponible en: [https://www.ine.cl/docs/default-source/seguridad-ciudadana/publicaciones-y-anuarios/2018/s%C3%ADntesis-de-resultados-xv-enusc-2018.pdf?sfvrsn=11af55b6\\_2](https://www.ine.cl/docs/default-source/seguridad-ciudadana/publicaciones-y-anuarios/2018/s%C3%ADntesis-de-resultados-xv-enusc-2018.pdf?sfvrsn=11af55b6_2).

<sup>57</sup> Programa presidencial de José Antonio Kast (2017), p. 1.

<sup>58</sup> Ídem, pp. 3 y ss.

A esto se agregaba la propuesta de “Lucha frontal contra la delincuencia y el narcotráfico”, e “instaurar de manera permanente la convocatoria a un Comité de Seguridad Nacional que reemplace al Comité Político semanal en la Moneda y aborde directamente la lucha contra el terrorismo, narcotráfico y la delincuencia”.

### 7. Elementos comunes y conclusiones

Al analizar someramente las propuestas de las principales candidaturas en materia de delincuencia desde 1999 a la fecha, es posible apreciar que, salvo contadas excepciones (como las propuestas de Frei en 2009 y las de Sánchez en 2018), las diferencias entre los partidos políticos chilenos han tendido a diluirse en materia de seguridad ciudadana, transformándose en una competencia por quién es “más duro” contra el crimen<sup>59</sup>, siguiendo tendencias comparadas en la materia<sup>60</sup>. Es un debate aparente con escasas propuestas de fondo, con nula evidencia y –por tanto– sin una verdadera preocupación por dar respuestas adecuadas al indiscutible problema de la delincuencia. Y es que no se trata de negar que esta sea efectivamente un problema, sino de constatar que, en el uso político del temor generalizado a la delincuencia, se han dejado de lado las soluciones y se le ha apostado –en general– por la demagogia y el simplismo.

Analizado lo anterior, lo interesante es preguntarse si todo esto es realmente un mecanismo eficiente en la lucha contra el delito o si, en cambio, genera más costos y daños que beneficios. La primera opción implicaría una valoración positiva de la efectividad de la política de la ley y el orden y por tanto las críticas hacia ese modelo se referirían más bien a sus efectos desnaturalizantes del derecho penal y del funcionamiento del sistema de justicia. De ser efectiva la segunda opción, entonces las críticas se fundamentan tanto en su ineficacia como en sus costos para el Estado de derecho. Como veremos, la segunda opción parece ser la más acertada, pero el diseño de este discurso es tal que está configurado para no asumir sus ineficiencias como fracasos, sino como un presupuesto para robustecer el discurso<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> MORALES, ob. cit., p. 103.

<sup>60</sup> LARRAURI, Elena, “Populismo punitivo y cómo resistirlo”, en *Jueces para la Democracia* (2006), p. 15.

<sup>61</sup> DOWNES, ob. cit.

a) *La politización de la inseguridad ciudadana  
y el auge del “populismo punitivo”*

La primacía de la ley y el orden como principio rector, progresivamente instalado en la aparente política criminal chilena, no ha quedado solo en una retórica, sino que se ha traducido en un conjunto de medidas legislativas concretas que han tenido un significativo impacto en el aumento de la red penal y –consecuencialmente– de la población privada de libertad en Chile.

Lo anterior ha tenido como eje rector la gestión política y discursiva del temor ciudadano a la delincuencia. Así, “[e]l temor o sensación de inseguridad se ha convertido en uno de los problemas de política pública más trascendentes en la última década”, pues “un porcentaje importante de la población presenta altos niveles de ansiedad hacia la delincuencia”<sup>62</sup>.

El índice del INE de 2018, por ejemplo, constató que el 76,8% de las personas encuestadas declaró haber percibido un aumento en la delincuencia nacional en los últimos 12 meses, en circunstancias en que el mismo estudio devela que la delincuencia había disminuido en un 6%, siendo los noticieros de televisión la principal fuente de información para sostener la percepción de aumento, con un 50%, y las experiencias personales la razón de solo un 12%.

Por su parte, la encuesta de la Fundación Paz Ciudadana del año 2019<sup>63</sup> relevó que cerca del 19,6% de la población tiene un temor “alto” a la delincuencia, la segunda cifra más elevada desde el 2000 a la fecha, y que un 67,2% tiene un nivel “medio” de temor. Así, durante todo el proceso de estudio la cifra de temor ciudadano a la delincuencia no solo no ha disminuido, sino que ha experimentado incrementos brutos desde el 2000 a la fecha.

Esta presencia de altos índices de temor se explicaría no tanto por vivencias propias de victimización ni por constataciones efectivas de la realidad nacional, sino por constituir la delincuencia un fenómeno tangible dentro de una fragilidad e inseguridad mucho más amplia y compleja<sup>64</sup>. Tal como ha señalado el PNUD, las fuentes de dicha inseguridad podrían atribuirse a tres líneas centrales:

En primer lugar la asincronía entre los procesos de transformaciones económicas e institucionales (privatización de la salud y la previsión social, por ejemplo) y la

---

<sup>62</sup> DAMMERT, Lucía, “Violencia criminal y seguridad ciudadana en Chile”, en *CEPAL, Serie Políticas Públicas* (109), (2005), p. 29.

<sup>63</sup> FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA, “Índice Paz Ciudadana. Resultados del año 2019” (2019). Disponible en: <https://pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2019/10/IPC-2019-Conferencia.pdf>.

<sup>64</sup> DAMMERT, “Violencia criminal”, ob. cit., p. 30.

subjetividad de los sujetos. En segundo término, la insuficiencia de las políticas de seguridad vinculadas no solo con lo delictual, sino también con la distribución desigual de las oportunidades y acceso incierto a campos como la educación y la salud. Finalmente, el informe recalca que la inseguridad proviene también de cambios que sufre la subjetividad, que podrían ser caracterizados como el debilitamiento del capital social. Es decir, la limitada confianza interpersonal, el debilitamiento de los lazos de cohesión y la descomposición de las identidades colectivas<sup>65</sup>.

De esta manera, el fenómeno de la inseguridad ciudadana en un sentido amplio se manifiesta en el temor a la delincuencia, pero es un entramado de vulnerabilidades e inseguridades mucho más complejo que el temor a ser víctima de un delito, que están vinculadas con las estructuras sociales, el diseño normativo e institucional y con la cohesión de una comunidad<sup>66</sup>.

Lo anterior es sumamente relevante, pues ante dicha percepción de aumento del crimen y del incremento del temor a la delincuencia a niveles muy altos, la inseguridad ciudadana se consolida como un fenómeno propio, dissociado de las fluctuaciones en la victimización. Y esto genera para los Estados y las sociedades una disyuntiva, debatiéndose entre un camino punitivo, fortaleciendo el encarcelamiento y el control penal, y otro camino enfocado en invertir y dirigir la atención a las “raíces” del temor<sup>67</sup>, sin otorgar al derecho penal un rol necesariamente protagónico en dicho afán. Entre los factores que inciden para tomar uno u otro camino, Mauer –respecto a EE.UU.– destaca: la politización del crimen; la consolidación de una cultura de individualismo, que rechaza respuestas sociales al fenómeno de la delincuencia y reduce el asunto a una sanción más gravosa que neutralice al delincuente; y el aumento de un clima político conservador<sup>68</sup>.

La opción por un camino punitivo se traduce en la consolidación de un discurso que, como vimos, maneja el temor redirigiéndolo hacia la delincuencia y hacia un otro abstracto y difuso, “el delincuente”, pues es más fácil imponer un castigo sobre aquellos con quienes tenemos poco en común o no conocemos personalmente<sup>69</sup>.

En Chile, desde los 90, en línea con las posibles vías que fueron mencionadas y –siguiendo a Mauer– fuertemente imbuidos por lógicas individualistas y por

---

<sup>65</sup> Ídem.

<sup>66</sup> LARRAURI, “La economía política”, ob. cit., p. 8.

<sup>67</sup> MAUER, ob. cit., p. 8.

<sup>68</sup> MAUER, ob. cit., p. 9.

<sup>69</sup> CHRISTIE, Nils, *Los límites del dolor*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica (1984).

la politización del crimen, junto con la idea de que la decisión de delinquir sería una fría y calculadora, basada en un análisis de costos-beneficios<sup>70</sup>, parece haberse optado por el primero de los caminos, adoptando medidas para fortalecer el encarcelamiento y propiciar una respuesta punitiva a los problemas sociales, no dándole un rol primordial al abordaje complejo e integral de la delincuencia ni del temor.

Esto se ha traducido, a su vez, en la adopción de lo que se ha frecuentemente denominado “populismo punitivo”, que no es sino una consecuencia de la politización del crimen<sup>71</sup>. Este concepto fue acuñado por Anthony Bottoms para relevar la sencilla idea de que “los políticos aprovechan y utilizan para sus propios fines lo que ellos creen que es una postura punitiva del público general”<sup>72</sup>, alzando la respuesta penal al delito bajo la idea de que el derecho penal refuerza consensos morales esenciales para la vida en sociedad<sup>73</sup>. Esta respuesta punitiva, en todo caso, no ha sido equitativa, sino que está enfocada en cierto segmento de la población: los “pobres, peligrosos e indignos”<sup>74-75</sup>.

Lo anterior no ha quedado solo en un nivel discursivo, sino que se ha traducido en reformas que han profundizado la magnitud y alcance de la respuesta penal, aumentando las tasas de privación de libertad y la intensidad de las penas, y restringiendo las alternativas al encierro y las garantías procesales. Así, por ejemplo, pueden citarse las siguientes reformas<sup>76</sup>:

---

<sup>70</sup> Así, en 1996 el entonces diputado Darío Paya argumentaba que “sostener que es el hambre el que lleva a delinquir es no conocer la realidad de la delincuencia. Muchos han terminado el colegio, y en general, son fríos y racionales. El 99% simplemente son malas personas”, citado en: CUNEO, ob. cit., pp. 189 y 190.

<sup>71</sup> GARLAND, “La cultura del control”, ob. cit., p. 49.

<sup>72</sup> BOTTOMS, Anthony, “The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing”, en CLARKSON, Chris y MORGAN, Rod (eds.), *The Politics of Sentencing Reform*. Oxford: Clarendon Press (1995), p. 40.

<sup>73</sup> MORALES, ob. cit., p. 120.

<sup>74</sup> MORALES, ob. cit., p. 121.

<sup>75</sup> Respecto a la situación chilena, véase: CENTRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS UC, “Sistema carcelario en Chile: propuestas para avanzar hacia una mayor efectividad y reinserción”, en *Temas de la Agenda Pública*, año 12 (93) (2017); SÁNCHEZ, Mauricio y PIÑOL, Diego, *Condiciones de vida en los centros de privación de libertad en Chile*. Santiago: Centro de Estudios de Seguridad Ciudadana de la Universidad de Chile (2015).

<sup>76</sup> Con esta lista no se pretende ser exhaustivos ni atribuir el efecto a la modificación de manera unicausal, pues sin duda en esto confluyen varios factores. Lo que se busca es constatar que el incremento punitivo se ha manifestado en diversas reformas relativas a distintos tipos de delitos, las que siguen patrones argumentativos y plantean modificaciones similares entre sí, y en conjunto colaboran a generar los efectos descritos.

NORMA	CONTENIDO/SUSTENTO	EFECTOS/MODIFICACIÓN
<p>Ley N° 19.366 (1995) Materia: drogas</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Norma influenciada por tratados internacionales y acuerdos con EE.UU.<sup>77</sup>.</li> <li>– Aumenta las medidas investigativas, restringe la aplicación de atenuantes, y declara improcedente las penas sustitutivas de reclusión nocturna y libertad vigilada<sup>78</sup>.</li> </ul>	<p>De 704 personas condenadas por tráfico de drogas en 1990, aumenta a 4.430 personas en 1998, con un incremento del 630%<sup>79</sup>.</p> <p>Impacto en el encarcelamiento femenino: en el año 2003, el 53,6% de las mujeres privadas de libertad estaban condenadas por delitos contemplados en esta ley<sup>80</sup>.</p>
<p>Ley N° 20.000 (2005) Materia: drogas</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Sustituye la ley anterior. Incluye la sanción al microtráfico en su art. 4° con penas que llegan hasta los 5 años.</li> <li>– Su objetivo declarado fue que las penas por estos delitos fuesen más duras, lograr más condenas y el cumplimiento efectivo de las penas<sup>81</sup>, incluyéndose la palabra “luchar” en 44 oportunidades durante la tramitación.</li> <li>– Se incorporan importantes medidas intrusivas de investigación como el agente revelador.</li> </ul>	<p>De 5.304 personas privadas de libertad por tráfico de estupefacientes en 2003, bajo la anterior ley, aumenta a 8.879 personas en 2018, con un incremento de un 60%. De esas personas, 1.867 eran mujeres, replicando los efectos iniciados con la anterior legislación<sup>82</sup>.</p>

<sup>77</sup> CUNEO, ob. cit., p. 212; BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la Ley 19.366” (1995), pp. 228 y 229.

<sup>78</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la Ley 19.366”, (1995), p. 5.

<sup>79</sup> CUNEO, ob. cit., p. 214.

<sup>80</sup> STIPPEL, Jörg, *Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile*. Santiago: LOM (2006), p. 150.

<sup>81</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la Ley 20.000” (2005), p. 3.

<sup>82</sup> GENDARMERÍA DE CHILE, “Compendio Estadístico Penitenciario 2018” (2018), p. 17.

NORMA	CONTENIDO/SUSTENTO	EFECTOS/MODIFICACIÓN
Ley N° 19.413 (1995) Materia: propiedad	– Surge de una moción parlamentaria en la que diputados/as sostenían que la delincuencia se había transformado en una de las principales preocupaciones ciudadanas, citando dos cifras: el aumento de denuncias por robo entre 1977 y 1992, y el aumento de las sanciones por los tribunales aplicadas a delitos contra la propiedad <sup>83</sup> . Argumentaban que las sanciones más drásticas buscaban impedir la proliferación de hurtos y robos.	Fruto de esta moción, se introduce el art. 456 bis A del Código Penal, que a 2018 era la causa de privación de libertad de 1.988 personas <sup>84</sup> .
Ley N° 19.449 (1996) Materia: propiedad	– Modifica los delitos de robo con fuerza en las cosas, hurto y robo con intimidación <sup>85</sup> . – Se aumenta la pena asignada al delito de robo con fuerza en las cosas, subiendo el marco penal, cuyo límite inferior quedó en 5 años y un día, para evitar el acceso a penas sustitutivas <sup>86</sup> ; se modifica la pena del art. 450 del Código Penal, y se impide la procedencia de la atenuante del art. 11 N° 7 del Código Penal en el robo con intimidación.	En 1994, existían 1.201 personas condenadas por el delito de robo con fuerza en las cosas. En 1997, a un año de la entrada en vigencia de esa norma, existían 2.894 personas en dicha calidad <sup>87</sup> .

<sup>83</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la Ley 19.413” (1995), p. 3.

<sup>84</sup> GENDARMERÍA DE CHILE, *ob. cit.*, p. 196.

<sup>85</sup> MORALES, *ob. cit.*, p. 103.

<sup>86</sup> CUNEO, *ob. cit.*, p. 215.

<sup>87</sup> GENDARMERÍA DE CHILE, *ob. cit.*

NORMA	CONTENIDO/SUSTENTO	EFECTOS/MODIFICACIÓN
<p>Ley N° 19.975 (2004) Materia: propiedad</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Aumenta las penas de delitos contra la propiedad en que se utilicen armas de fuego. El proyecto constata que estos delitos tienen una tendencia a la baja<sup>88</sup>, pero agrega que esto “no deja indiferente al gobierno”.</li> <li>– Se incluye una nueva agravante al cometer el delito con arma de fuego, se tipifica un nuevo delito de porte de arma blanca, y se propone contemplar mecanismos de agravación especial para estos delitos.</li> <li>– Durante la discusión surgieron voces que cuestionaron el exceso punitivo y sostuvieron que las penas altas no inhiben los delitos. Ante ello, se respondió con argumentos vagos, vinculados con el temor ciudadano<sup>89</sup>. Como sostuvo el diputado Prokurica, el criterio fue “ser inflexible con la delincuencia: que el criterio que debe guiarnos es que los delincuentes deben ser fuertemente sancionados y hallarse en la cárcel”<sup>90</sup>.</li> </ul>	<p>Se incorpora la agravante del art. 12 N° 20 del Código Penal; el nuevo art. 288 bis del mismo código, que incorpora el porte de arma blanca como figura autónoma; se sustituye el art. 450 del Código Penal.</p>

<sup>88</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la Ley 19.975” (2004), p. 3.

<sup>89</sup> Ídem, p. 112.

<sup>90</sup> Ídem, p. 113.

NORMA	CONTENIDO/SUSTENTO	EFECTOS/MODIFICACIÓN
<p>Ley N° 20.931 (2016)</p> <p>Materias: propiedad/marco rígido</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– La llamada “agenda corta antidelincuencia”, presentada y promulgada durante el gobierno de Michelle Bachelet.</li> <li>– Se fundamenta en la sensación de inseguridad de la ciudadanía<sup>91</sup> en un año en que la victimización había bajado 5 puntos porcentuales en relación con el año 2014<sup>92</sup>. Omitiendo esto, el proyecto planteaba atacar al núcleo de los delitos de mayor connotación por medio de la neutralización, específicamente planteando “medidas que procuren impedir la ejecución de nuevos ilícitos mediante la captura, aplicación efectiva de las penas y la consiguiente permanencia de quienes los cometen, sujetos a penas privativas de libertad”<sup>93</sup>. Durante la tramitación del proyecto, y salvo algunas voces de oposición al mismo<sup>94</sup>, primaron los discursos alusivos a la mano dura, la puerta giratoria y otras consignas similares<sup>95</sup>.</li> </ul>	<p>Aumentó las penas para los delitos contra la propiedad, tipificó nuevas conductas y estableció un “marco rígido” para la determinación de las penas en estos delitos<sup>96</sup>, impidiendo al juez adecuar la pena al caso concreto y forzando a aplicar las penas en abstracto.</p> <p>Junto con ello, se modificaron las facultades policiales y el control de identidad, se flexibilizó la detención en flagrancia, se modificó la apelación de la declaración de ilegalidad de la detención, se facilitó la aplicación de la prisión preventiva, se ampliaron las hipótesis de entrada y registro a domicilios y se ampliaron las posibilidades del procedimiento abreviado<sup>97</sup>.</p>

<sup>91</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la Ley 20.931” (2016), p. 3.

<sup>92</sup> FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA, “Índice Paz Ciudadana - Adimark” (2016), p. 13.

<sup>93</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la Ley 20.931” (2016), p. 4.

<sup>94</sup> Véase: ídem, pp. 220 y 1036.

<sup>95</sup> Ídem, pp. 370, 863 y 889.

<sup>96</sup> CUNEO, ob. cit., p. 209.

<sup>97</sup> CUNEO, ob. cit., p. 210.

NORMA	CONTENIDO/SUSTENTO	EFECTOS/MODIFICACIÓN
Ley N° 21.170 (2019) Materia: propiedad	<ul style="list-style-type: none"> <li>– La llamada “ley antiportonazos” establecía entre sus fundamentos un aumento del 0,7% en la victimización. Este proyecto buscaba tipificar los “portonazos” y evitar que quienes se defiendan de ellos sean sancionados.</li> <li>– Durante la tramitación se impuso el rol simbólico del derecho penal<sup>98-99</sup>, buscando que el proyecto actuara como una señal a la ciudadanía<sup>100</sup> y una apuesta por un supuesto rol disuasivo y ejemplificador del derecho penal<sup>101</sup>.</li> </ul>	Con esta ley se tipifican figuras específicas de robo por sorpresa y robo con intimidación, vinculadas en específico a los llamados “portonazos”, y se estableció una figura hiperagravada de receptación de especies provenientes de vehículos motorizados.

<sup>98</sup> ZIMRING, ob. cit., p. 147.

<sup>99</sup> Así, el diputado Chahuán sostenía: “[l]as leyes son para hacer gestos. Y este proyecto no solo viene a resolver un *modus operandi* que se ha hecho común, sino que también da una señal política del gobierno, del Congreso Nacional, para hacer presente que estamos dispuestos a dar combate contra la delincuencia. ¡Los delincuentes no se saldrán con la suya! ¡Seremos capaces, efectivamente, de elevar las penas! ¡Y esto no es populismo penal! ¡Es hacer justicia! ¡Es dar señales! Señor Presidente, así se responde al clamor de una madre que dice ‘Presidente Piñera, ponga alto a la delincuencia’”. Véase: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la Ley 21.170” (2019), p. 131.

<sup>100</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la Ley 21.170” (2019), pp. 131 y 144.

<sup>101</sup> En este sentido, el diputado Fuenzalida sostendría: “qué mejor que partir con una normativa que modifica diversos cuerpos legales, en especial el Código Penal, para tipificar y establecer sanciones que van a ser efectivas y ejemplarizadoras, de manera de empezar a castigar a ciertos individuos que hoy ven una oferta en ser delincuentes, ya que las penas son demasiado bajas” Véase: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la Ley 21.170” (2019), p. 144.

NORMA	CONTENIDO/SUSTENTO	EFECTOS/MODIFICACIÓN
<p>Ley N° 20.253 (2008)</p> <p>Materia: disminución garantías procesales</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– La “primera agenda corta antidelinuencia” se basó en el temor de la ciudadanía<sup>102</sup>. Como planteó el entonces ministro de Justicia, Isidro Solís, el objetivo fue endurecer la respuesta político-criminal para controlar la delincuencia<sup>103-104</sup>.</li> <li>– Esta modificación es un buen ejemplo de la disonancia entre las propuestas desde la política y los planteamientos de la academia<sup>105-106</sup>. En la contraposición entre la evidencia y las consignas, primaron estas últimas, siendo reiteradas las alusiones a la mano dura<sup>107-108</sup>, al garantismo de los jueces<sup>109-110</sup> y a la existencia de muchos derechos a favor de los delincuentes y pocos a favor de las víctimas<sup>111</sup>, en una clara aplicación de la ya mencionada “falacia de suma cero”<sup>112</sup>.</li> </ul>	<p>Con esta ley, se agrava la respuesta punitiva en casos de reincidencia; se amplían las facultades policiales autónomas, y se amplía el control de identidad del art. 85 CPP y el tiempo para considerar flagrante una detención. Además, se modifica la regulación de la ilegalidad de la detención, se agregan causales para la procedencia de prisión preventiva y se restringe la suspensión condicional del procedimiento.</p> <p>Se produce un notorio cercenamiento de las garantías iniciales del proceso penal y un fortalecimiento sustantivo de la prisión preventiva y de la privación de libertad<sup>113</sup>.</p>

<sup>102</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la Ley 20.253” (2008), p. 3.

<sup>103</sup> CUNEO, *ob. cit.*, p. 206.

<sup>104</sup> Esto fue reiterado por el siguiente ministro de Justicia, Carlos Maldonado, quien sostuvo que el proyecto era necesario pues “[a]lgunos jueces son demasiado garantistas”. Véase: CUNEO, *ob. cit.*, p. 206.

<sup>105</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. “Historia de la Ley 20.253” (2008), pp. 95, 213 y 216.

---

<sup>106</sup> Así, durante la tramitación, el profesor Julián López sostenía que “las modificaciones planteadas por el proyecto responden a problemas reales pero las soluciones son erróneas [...] no corresponden a problemas de diseño legislativo sino de gestión”. Véase: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la Ley 20.253” (2008), p. 216. Esto fue sostenido en términos similares por el Defensor Nacional; véase: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la Ley 20.253” (2008), pp. 213 y ss. También fue reconocido, por ejemplo, por el diputado Ceroni, quien sostuvo durante la tramitación que “[a]ntes de entrar al análisis del proyecto, no puedo dejar de expresar mi inquietud, por cuanto la mayoría de los profesores y especialistas en la materia que asistieron a la Comisión manifestaron su desacuerdo con las modificaciones planteadas”. Véase: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la Ley 20.253” (2008), p. 95.

<sup>107</sup> Por ejemplo, el diputado Cardemil sostuvo: “Chile es un país violento; lo fue desde el tiempo de la colonia [...]. Pero ¡Por favor!, debe existir una mano firme y dura contra la delincuencia”. Véase: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la Ley 20.253” (2008), p. 100.

<sup>108</sup> Véase, por ejemplo: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la Ley 20.253” (2008), pp. 100 y 138.

<sup>109</sup> El senador Orpis agregaba: “[t]odos hemos visto lo que ha ocurrido: en términos generales, se adopta una postura garantista, y personas con antecedentes previos, que no cumplían ninguna condición para obtener la libertad y que objetivamente son un peligro para la sociedad, deambulan por las calles” Véase: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la Ley 20.253” (2008), p. 330.

<sup>110</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la Ley 20.253” (2008), pp. 330 y 360.

<sup>111</sup> El diputado Eluchans señalaba, de manera confusa: “no me siento interpretado para nada con aquellas teorías garantistas de los derechos de los delincuentes. Por cierto, como cualquier ser humano, los delincuentes también los tienen, pero el ciudadano común y corriente, que circula por las calles, que está tranquilo en su casa y que lo único que quiere es vivir sin ser agredido o víctima de un delito también tiene derechos”.

<sup>112</sup> ZIMRING, ob. cit., p. 147.

<sup>113</sup> DUCE, Mauricio, “La ‘Reforma a la Reforma Procesal Penal’: análisis de la gestación y contenidos de un proyecto de ley”, en *Anuario de Derecho Público de la Universidad Diego Portales*. Santiago: Ediciones UDP (2013).

NORMA	CONTENIDO/SUSTENTO	EFECTOS/MODIFICACIÓN
<p>Ley N° 20.770 (2013)</p> <p>Materia: manejo en estado de ebriedad / marco rígido / cumplimiento efectivo</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– La llamada “Ley Emilia” impulsada a partir de la trágica muerte de la menor Emilia Silva, de solo nueve meses, se fundamentó en que la conmoción social por dicha muerte, la sensación de impunidad ante dichos delitos, la baja pena y la existencia de penas sustitutivas llevan a que estos autores cumplan las penas en libertad<sup>114</sup>.</li> <li>– El proyecto parece fundarse en un rol disuasivo del aumento de penas, lo que carece de evidencia en el ámbito de la seguridad vial<sup>115</sup>, siendo esto último refrendado incluso por el Tribunal Constitucional<sup>116</sup>.</li> </ul>	<p>Se restringen las penas sustitutivas obligando el cumplimiento efectivo de un año de cárcel, imponiendo penas efectivas cortas con importantes efectos criminógenos, sin cumplir un rol socialmente deseable y saturando el sistema de justicia constitucional<sup>117</sup>.</p> <p>Junto con ello, aumentan las penas del manejo en estado de ebriedad causando lesiones o muerte, facilita la aplicación de la prisión preventiva, establece marcos rígidos de determinación de pena y restringe la libertad condicional.</p>

<sup>114</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la Ley 20.770” (2014), pp. 3 y 4.

<sup>115</sup> MIRÓ, Fernando y BAUTISTA, Rebeca, “¿Por qué cumplimos las normas penales? Sobre la disuasión en materia de seguridad vial”, en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho* (2013), p. 47.

<sup>116</sup> El TC ha sostenido en esta materia que “[c]abe considerar que una política penal basada en sus efectos intimidatorios carece de base empírica, resulta ineficiente y choca frontalmente con valores básicos de un Estado de Derecho, que siempre debe buscar restricciones de derechos proporcionales e imponerlas en la medida de lo estrictamente necesario”. Véase: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 17.07.2019, rol N° 6163-2019.

<sup>117</sup> OBSERVATORIO JUDICIAL, “Tribunal Constitucional, Ley Emilia y control de armas” (2020).

NORMA	CONTENIDO/SUSTENTO	EFECTOS/MODIFICACIÓN
<p>Ley N° 21.240 (2020) Materia: peligro a la salud pública</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Esta reciente modificación se basa en que “son muchas las acciones irresponsables y temerarias de ciudadanos que en conocimiento de estar contagiados o bien habiendo sido enviados a cuarentena por ser considerado [<i>sic</i>] caso sospechoso, no han hecho más que expandir el virus y proliferar el contagio”<sup>118</sup>. A partir de esa constatación, carente de base empírica, el proyecto asegura que es necesario endurecer las penas, poniendo “mano dura” para que las cuarentenas se cumplan<sup>119</sup>.</li> <li>– La normativa fue presentada como un remedio para un complejo problema de salud pública, aun cuando las cifras existentes demostraban en ese momento que las cuarentenas se cumplían y que la gente que transitaba lo hacía con los permisos exigidos<sup>120</sup>.</li> </ul>	<p>Se elimina la alternatividad de la pena del art. 318, con el objetivo de comunicar un mayor reproche a la conducta<sup>121</sup>.</p> <p>Se elevan las penas del art. 318 del Código Penal para que puedan llegar hasta 3 años y una multa que va desde 6 a 200 UTM, agravando la responsabilidad por el delito que se cometa en espectáculos, celebraciones o festividades y se incorporan dos nuevos tipos penales en los artículos 318 bis y 318 ter con penas que llegan hasta los 5 años de presidio.</p>

<sup>118</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la Ley 21.240” (2020), p. 5.

<sup>119</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la Ley 21.240” (2020), p. 49.

<sup>120</sup> Es por esto que Mauricio Duce concluye, con razón, que “[l]a ley penal es muy barata (sale rápido y no cuesta casi nada producirla, otra cosa es luego implementarla), permite –además– a la autoridad mostrar a la población que enfrenta los problemas con decisión y firmeza y luego, cuando no produzca efectos, siempre será más fácil responsabilizar a otros por ello”. Véase: DUCE, Mauricio, “La ley penal como respuesta a la pandemia en Chile. ¿La panacea penal otra vez?”, en *Criminal Justice Network* (2020), s/p.

<sup>121</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la Ley 21.240” (2020), pp. 5 y 6.

NORMA	CONTENIDO/SUSTENTO	EFECTOS/MODIFICACIÓN
<p>Ley N° 20.813 (2015)</p> <p>Materias: control de armas / marco rígido</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Aumenta la sanción al uso de armas. Entre sus fundamentos, se sostuvo que lo relevante en este tema no era solo la prevención, sino actuar con mano dura<sup>122</sup>. En cuanto al marco rígido, se buscaba restringir la discrecionalidad judicial<sup>123</sup> y forzar la aplicación del rango de pena abstracto previsto por el legislador<sup>124-125</sup>.</li> <li>– Se limitó la procedencia de las penas sustitutivas, entendiéndose que, sin esta restricción, el proyecto carecería de sentido<sup>126</sup>.</li> <li>– Durante la tramitación se reconoció que este proyecto tendría un impacto significativo sobre la población penal, pero que ello era algo que debía abordarse luego, pues lo importante era el mensaje<sup>127</sup>, nuevamente otorgando al derecho penal un rol simbólico<sup>128</sup>.</li> </ul>	<p>Se incorpora un nuevo artículo 17 B a la ley de control de armas, que establece un marco rígido en la determinación de penas, forzando un concurso real de delitos y aumentando considerablemente las penas en concreto, lo que también buscó limitar las salidas alternativas<sup>129</sup>.</p>

<sup>122</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la Ley 20.813” (2015), p. 406.

<sup>123</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la Ley 20.813” (2015), pp. 205 y 314.

<sup>124</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la Ley 20.813” (2015), p. 403.

<sup>125</sup> El senador Harboe explicaba el espíritu de esta modificación sosteniendo: “obviamente, la sociedad tiene que dar una señal en la materia. Por eso, el proyecto de ley señala, en concreto: ‘Si usted comete un robo con fuerza, un robo con violencia, una violación, un homicidio u otro delito y emplea un arma de fuego, se le acumularán dos sanciones, una de las cuales será por el delito base y la otra, por el porte ilegal’. En consecuencia, la pena será mucho más alta y, no obstante la eventual aplicación de atenuantes, se impedirá que la persona salga en libertad. O sea,

En lo anterior se busca identificar patrones discursivos y déficits argumentativos en los proyectos de ley que modifican el rigor punitivo con el que el Estado interviene en la vida de las personas. En ese sentido, estos proyectos suelen fundarse en la presencia de altos índices de temor ciudadano y en consignas genéricas que reemplazan la necesidad de contar con un sustento empírico sobre la efectividad de la medida que se propone.

Por otro lado, se aprecia una constante referencia a índices de victimización elevados que no son nunca analizados en términos comparativos y que evidencian el carácter infalible de esta retórica: no existe en ninguno de estos proyectos (salvo intervenciones parlamentarias importantes, pero aisladas) una constatación del fracaso de estas políticas en el período estudiado. Cuando ciertos delitos bajan<sup>130</sup>, ello se adjudica inequívocamente a las medidas de aumento de sanciones implementadas, sin explorar otras potenciales causas; pero cuando los delitos no disminuyen, lejos de existir un análisis crítico sobre lo inocuo de las medidas punitivas históricas, se simplifican los problemas sociales traduciéndolos a problemas penales, planteando la necesidad de incrementar y “endurecer” la respuesta penal<sup>131</sup>. Lo que escasea, por tanto, en los proyectos antes reseñados es una conexión argumentativa entre una “buena intención” y la medida planteada por el proyecto.

Es interesante –en todo caso– que en múltiples proyectos se constata la insuficiencia de estas medidas para abordar el problema de la delincuencia, pero se estiman igualmente necesarias, sin otorgar fundamentos empíricos ni teóricos de ningún tipo para construir dicha afirmación. En el fondo, “muchas de estas políticas se promueven sin diagnósticos claros acerca de los problemas que se intentan resolver, otras sin respaldo en evidencia de ningún tipo que las apoye, salvo el voluntarismo de sus propulsores”<sup>132</sup>.

---

vamos a frenar la puerta giratoria sobre la base de una legislación más rígida”. Véase: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la Ley 20.813” (2015), p. 352.

<sup>126</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la Ley 20.813” (2015), pp. 258, 314 y 346.

<sup>127</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la Ley 20.813” (2015), p. 352.

<sup>128</sup> LARRAURI, Elena, *La herencia de la criminología crítica*. 2ª ed. Madrid: Siglo XXI (2000), p. 217.

<sup>129</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la Ley 20.813” (2015), p. 312.

<sup>130</sup> Así ocurre, por ejemplo, respecto a la Ley N° 20.770.

<sup>131</sup> DUCE, “La ley penal como respuesta”, ob. cit.

<sup>132</sup> DUCE, Mauricio. “Seguridad ciudadana: buenas intenciones, malas políticas públicas”, en *El Mercurio*, 11 de marzo de 2016.

Por último, cabe relevar que el peso específico de las opiniones académicas ha disminuido en este tipo de proyectos, prefiriéndose canales discursivos genéricos basados en la “mano dura”, el “fin al garantismo” y otros<sup>133</sup>.

En este mismo punto se aprecia una importante irrupción de la figura de la víctima en la toma de decisiones, fuertemente imbuida por la ya extendida noción de la “falacia de la suma cero” antes explicada, que parece ser el freno para considerar mayores garantías procesales y sustantivas para personas imputadas y condenadas. Analizar críticamente el papel que ha tenido la víctima en la toma de decisiones legislativas y en el proceso penal no implica desconocer su sufrimiento ni su dolor, sino que obedece a la comprensión de que la herramienta punitiva no es idónea para la satisfacción de la víctima ni logra reparar el daño sufrido por ella, lo que se profundiza en un sistema penal acusatorio en que quien persigue la responsabilidad penal es el Estado por medio del Ministerio Público, no siendo una disputa entre el imputado y la víctima.

Más bien, la retórica utilizada parece evadir la verdadera responsabilidad pública de dar a la víctima un apoyo interinstitucional y multidisciplinario que le permita superar las consecuencias psicológicas y patrimoniales del delito sufrido. Y es que lo que se critica en este punto es la retórica bajo la cual las garantías de las personas imputadas implicarían una correlativa disminución de las garantías de las víctimas. Dicha “falacia de suma cero” carece de sentido y no debe ser tenida como un argumento válido para sustentar incrementos en el rigor punitivo: a la víctima no se le satisface con el despojo de garantías del imputado.

Todos estos elementos evidencian la existencia de un “viraje punitivo” propio del populismo penal. La trayectoria legislativa antes descrita y ejemplificada demuestra la presencia de dichos factores en Chile. El problema es que políticas públicas de esta índole “corre[n] el enorme riesgo de no producir resultados y frustrar aún más a la población”, y su efecto más bien sería que “abre[n] enormes riesgos a la vigencia de derechos ciudadanos, pero también nos hace perder oportunidades de responder eficazmente a los fenómenos sociales como la criminalidad violenta que así lo requieren”<sup>134</sup>.

Por último, estas reformas no han sido fruto de una política criminal pensada, coherente y con objetivos claros, sino que esta política criminal “simbólica-aparente”<sup>135</sup> es el resultado de diversas reacciones a eventos particulares que

---

<sup>133</sup> STIPPEL, ob. cit., p. 19.

<sup>134</sup> DUCE, “Seguridad ciudadana”, ob. cit., pp. 3 y 4.

<sup>135</sup> STIPPEL, ob. cit., p. 19.

han llevado a legislar de la manera en que se ha hecho. Así, como explica Garland, respecto al fenómeno del encarcelamiento masivo, este “emerge como el resultado sobreviviente de una serie de políticas y decisiones convergentes [...] estos desarrollos pueden haber sido parte de una reordenación de las políticas y la cultura [...] pero no tuvieron la forma de un programa coherente”<sup>136</sup>.

*b) El abandono del carácter de ultima ratio del Derecho Penal y su consolidación como la primera respuesta ante problemas sociales*

Como último elemento característico, hoy el derecho penal se alza como la primera respuesta colectiva a fenómenos sociales problemáticos. Sobre el carácter de *ultima ratio*, este ha sido alzado como un valor relevante desde los albores del derecho penal liberal<sup>137</sup>. Este principio implica que “la pena sólo debe ser empleada cuando el ataque al bien jurídico no puede sancionarse de manera apropiada acudiendo a los medios de solucionarlo de que disponen las otras ramas del ordenamiento jurídico”<sup>138</sup>, pues el ejercicio del derecho penal no es otra cosa que el ejercicio de violencia institucionalizada por medio del Estado y, como tal, no es un mecanismo idóneo para la resolución de conflictos sociales, debiendo preferirse aquellos menos lesivos (civiles, administrativos o incluso la no intervención) cuando puedan ser igual o más efectivos, y aplicándose el derecho penal solo “a hechos no abordables de otra manera”<sup>139</sup>.

La relevancia de dicho principio fundamental del Derecho Penal no es antojadiza, sino que se desprende del principio de proporcionalidad<sup>140</sup>, y de razones humanitarias<sup>141</sup>, utilitarias<sup>142</sup> y de legitimidad del *ius puniendi*<sup>143</sup>. Constituye un mandato de actuación y de abstención al legislador, obligándolo a sopesar

---

<sup>136</sup> GARLAND, “The meaning”, ob. cit., p. 2.

<sup>137</sup> CARNEVALI, Raúl, “Derecho Penal como *ultima ratio*. Hacia una política criminal racional”, en *Ius et Praxis*, vol. 14, N° 1 (2008), p. 14.

<sup>138</sup> CURY, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*. Santiago: Ediciones Universidad Católica, séptima edición, (2005), p. 86.

<sup>139</sup> POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general*, 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2004), p. 67.

<sup>140</sup> ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, 1ª ed., traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas (1997), pp. 65 y 66.

<sup>141</sup> CURY, ob. cit., p. 87.

<sup>142</sup> CARNEVALI, ob. cit., p. 14.

<sup>143</sup> POLITOFF *et al.*, ob. cit., p. 67.

si una conducta debe perseguirse por medio de la herramienta más intensa del ordenamiento o si, en cambio, debe preferirse otra herramienta, menos lesiva. En este último caso, se obliga al legislador a preferir las otras antes que la herramienta penal<sup>144</sup>.

Por tanto, mientras más se abuse del derecho penal y se le alce como respuesta *prima ratio* frente a fenómenos sociales, menos racional y más desproporcionada será la política criminal y social resultante; serán mayores los costos sociales, económicos y políticos en relación con el beneficio social obtenido, y más se deslegitimará el actuar estatal y el poder punitivo.

Tal como se ha mencionado, en el último tiempo “se aprecia sin duda en la praxis político criminal del Estado un aumento del intervencionismo penal ya sea a través de agravación de penas, ampliación del tenor de los tipos, o la inclusión de nuevos delitos al catálogo penal”<sup>145</sup>. Esto en ningún caso quiere decir que el legislador no pueda nunca valerse del Derecho Penal, sino que ello debe hacerse con un análisis serio y preciso que no se fundamente en difusos sentimientos colectivos ni en cifras parciales, sino en evidencia científica y en la constatación rigurosa de que las demás respuestas sociales resultan insuficientes e irracionales para hacer frente a la situación, y fundamentando la decisión de manera acabada.

El asunto central del abandono del carácter de *ultima ratio* del derecho penal es que Leyes como las N°s. 19.770, 20.000, 20.253, 20.931, 21.128 y 21.140, entre otras<sup>146</sup>, expresamente reconocen en su fundamentación que obedecen a fenómenos sociales complejos como el consumo problemático de drogas, la marginalidad, la desigualdad o deficiencias de gestión del sistema<sup>147</sup>, pero optan por una respuesta legislativa penal nominal y formal como primera medida de reacción social ante esos fenómenos<sup>148</sup>. Todo ello es inadmisibles y constituye un quebrantamiento del deber del legislador en los términos ya descritos.

---

<sup>144</sup> CARNEVALI, ob. cit., p. 16.

<sup>145</sup> CARNEVALI, ob. cit., p. 30.

<sup>146</sup> Esto ha llevado a extremos aún más inadmisibles, en que se han presentado proyectos para incluir la respuesta penal a conductas irrisorias como “dibujar” en cualquier elemento de medios de transporte públicos (Boletín N° 12467-15), proponiendo la sanción de trabajo comunitario por evadir la tarifa del transporte público (Boletín N° 7336-15) o la sanción de la embriaguez o el “consumo abusivo” de alcohol (Boletín N° 562-11).

<sup>147</sup> DUCE, “Seguridad ciudadana”, ob. cit., p. 3.

<sup>148</sup> Para apreciar lo anterior en cifras, solo entre los años 2011 y 2012 se presentaron 85 proyectos de ley cuyo objetivo era crear nuevos delitos, aumentar penas o establecer nuevas agravantes de responsabilidad penal. Véase: TORRES, Luis, “Política criminal y derechos huma-

*c) El impacto de los fenómenos analizados*

Si estas medidas de endurecimiento punitivo son eficientes en la reducción del delito y para calmar temores ciudadanos, entonces la discusión es si se ajustan o no a un Estado democrático de derecho, o tienden a tensionarlo, y si estamos o no de acuerdo con ceder espacios considerables de libertad para sentir más seguridad. Pues bien, el efecto de esta tendencia ha sido el aumento explosivo y desproporcionado del encarcelamiento, una situación difusa respecto de las cifras de victimización, pero se han mantenido tendencias de criminalidad relativamente estables y un temor ciudadano elevado.

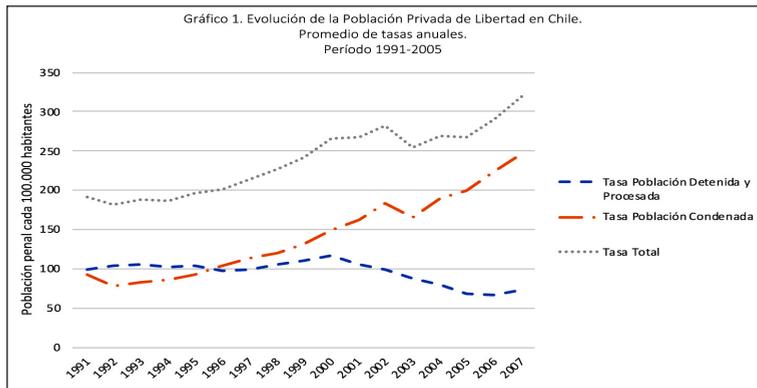
*El impacto en el encarcelamiento*

Como es bien sabido, los fenómenos descritos han llevado a un aumento exponencial del encarcelamiento en Chile, el que se ha enfocado en la privación de libertad de personas por delitos contra la propiedad y por tráfico de estupefacientes y en el aumento significativo de la población sometida a la medida cautelar de prisión preventiva. La figura 1 muestra las tendencias de la privación de libertad en el período 1991-2007<sup>149</sup> en Chile, dando cuenta de que el aumento de la población condenada mantiene un alza constante en todo el período, la cual llega a una tasa de cerca de 320 personas encarceladas por 100.000 habitantes:

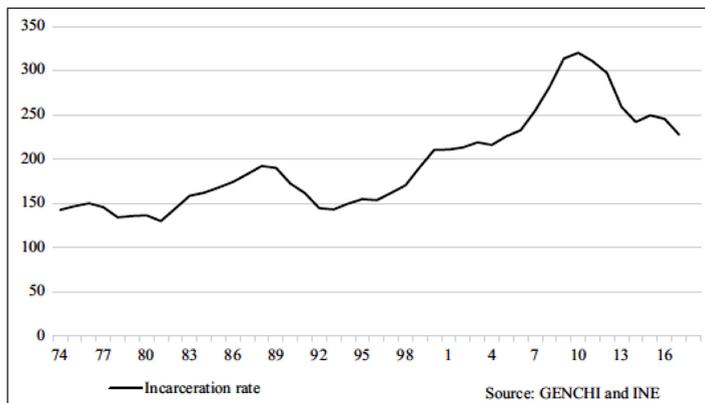
---

nos en Chile: notas y desafíos actuales”, en *Hors-série (mars 2015) Revue québécoise de droit international*, vol. 15, N° 28 (2015), p. 21.

<sup>149</sup> Este período es de especial relevancia, si entendemos que las tendencias punitivas comienzan durante los 90.

Figura 1<sup>150</sup>

En igual sentido, los resultados planteados por Javier Wilenmann en la figura 2 también muestran la misma tendencia (en este caso, hasta 2017) con reducciones luego del fin de la dictadura y tras la muerte de 81 personas en la cárcel de San Miguel en diciembre de 2010, fruto de los indultos dictados en dichos períodos. Esto ilustra que se ha duplicado la tasa de población penal por cada 100.000 habitantes entre 1974 y 2010.

Figura 2<sup>151</sup>

<sup>150</sup> ARRIAGADA, Isabel, FARIAS, Javiera y WALKER, Agustín, “Evolución de la población penal en Chile. Período 1991-2007: aproximación a los efectos de la Reforma Procesal Penal a nivel regional desde una perspectiva empírica”, en *Revista de Política Criminal*, vol. 16, N° 31 (2021).

<sup>151</sup> WILENMANN, Javier, “Neoliberal Politics and State Modernization in Chilean Penal Evolution”, en *Punishment & Society* 0 (0) (2019), p. 5.

En cuanto a la caracterización de la población penal, en la figura 3 se puede apreciar que el 57,3% de la población privada de libertad condenada (15.839 personas) se encontraba condenada a penas entre 5 y 20 años, siendo el tramo mayoritario aquel que va desde los 5 a 10 años (35,5%, con 9.799 personas).

Figura 3<sup>152</sup>

<b>TRAMO DE CONDENA DE INTERNOS CONDENADOS RECLUIDOS VIGENTES AL 30-04-2020 SEGÚN REGISTROS DE LA BASE DE DATOS DEL SISTEMA DE INTERNOS DE GENDARMERÍA DE CHILE</b>	
<b>TRAMO DE CONDENA</b>	<b>TOTAL</b>
(0-15] DÍAS	35
(15-541] DÍAS	2.452
(541 DÍAS-3 AÑOS]	1.707
(3-5] AÑOS	6.141
(5-10] AÑOS	9.799
(10-15] AÑOS	4.477
(15-20] AÑOS	1.563
(20 AÑOS Y MÁS]	917
PERPETUO	409
S/I	98
<b>TOTAL</b>	<b>27.598</b>

En la figura 4, por su parte, es posible apreciar el compromiso delictual de las personas privadas de libertad. Esta última gráfica muestra que, al 30 de abril del año 2020, 12.393 de las 39.147 personas privadas de libertad eran clasificadas por Gendarmería de Chile con compromiso delictual alto (31%), mientras que el 69% restante se ubica en un compromiso delictual medio o bajo. Respecto de estos últimos, la privación de libertad cumple un efecto criminógeno que podría alejar aún más de un desistimiento delictivo.

Figura 4<sup>153</sup>

<b>COMPROMISO DELICTUAL</b>	<b>TOTAL</b>
ALTO	12.393
MEDIO	15.769
BAJO	10.802
SIN CLASIFICACION	183
<b>TOTAL</b>	<b>39.147</b>

<sup>152</sup> Fuente: Solicitud de Transparencia a Gendarmería de Chile Código AK006T0015700, respondida por Carta N° 2209/20 de fecha 28.05.2020.

<sup>153</sup> Solicitud de Transparencia a Gendarmería de Chile Código AK006T0015700, respondida por Carta N° 2209/20 de fecha 28.05.2020.

En cuanto a la edad, el 60,6% de las personas privadas de libertad tiene menos de 34 años<sup>154</sup>, siendo una población sumamente joven y, por tanto, (re) insertable, y respecto de la cual la pena privativa de libertad solo profundiza marginalidades multifactoriales preexistentes. Se trata de personas que, en muchos casos, no han sido nunca insertadas en la sociedad.

Respecto a los delitos cometidos, casi la mitad (49,6%) de estos son delitos contra la propiedad<sup>155</sup>, seguidos por delitos de tráfico o microtráfico ilícito de estupefacientes, que equivalen a casi el 16% de los delitos cometidos. Delitos violentos, como el homicidio, equivalen a un 5,7% de los condenados y otros de gran envergadura, como el secuestro, son aún más escasos, representando el 1% de esta muestra<sup>156</sup>. La privación de libertad por delitos económicos, por su parte, equivale solo a un 0,74% de los delitos cometidos. En cuanto a delitos de terrorismo, estos equivalen únicamente a un 0,02% de los delitos por los que las personas privadas de libertad se encuentran recluidas.

Por último, un 33,5% de las personas que se encuentran recluidas en el subsistema cerrado no están ni siquiera condenadas, sino que se encuentran en prisión preventiva, lo que genera efectos severos tanto en su salud física y psíquica como en sus familias y relaciones laborales, sociales, etc. Tal como muestra la figura 1, luego de la implementación de la Reforma Procesal Penal disminuyó en buena medida la utilización de esta medida cautelar. Sin embargo, fruto de las sucesivas reformas que se han mencionado en este trabajo, esa tendencia se ha ido revirtiendo, aumentando en un 40,7% la utilización de la prisión preventiva entre los años 2007 y 2017<sup>157</sup>. El abuso de esta medida cautelar es tal que, según las cifras de la Defensoría Penal Pública, en los últimos 18 años 33.000 personas inocentes han estado en prisión preventiva, lo que equivale en promedio a 1.833 personas al año<sup>158</sup>.

En suma, en los últimos 30 años la (ausencia de una) política criminal y penitenciaria en Chile ha derivado en el aumento explosivo de la privación

---

<sup>154</sup> GENDARMERÍA DE CHILE, ob. cit., p. 200.

<sup>155</sup> Cabe consignar que, de los delitos contra la propiedad en general que se cometen en Chile, el 84,5% de esos delitos se verifican en la vía pública, mientras que solo el 15,6% se lleva a cabo en hogares y el 75% de los delitos que se cometen en Chile no son violentos. GENDARMERÍA DE CHILE, ob. cit., p. 200; FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA, “Índice Paz Ciudadana. Resultados”, ob. cit.

<sup>156</sup> GENDARMERÍA DE CHILE, ob. cit., p. 197.

<sup>157</sup> GRAU, Nicolás y RIVERA, Jorge, “Abuso de la prisión preventiva y su impacto: empobrece a los pobres”, en: *CIPER* (2018).

<sup>158</sup> Información de la Defensoría Penal Pública. Disponible en: [http://www.proyecto inocentes.cl/sala\\_prensa/noticias\\_detalle/188/mas-de-33-mil-inocentes-estuvieron-en-prision-preventiva-en-los-ultimos-18-anos](http://www.proyecto inocentes.cl/sala_prensa/noticias_detalle/188/mas-de-33-mil-inocentes-estuvieron-en-prision-preventiva-en-los-ultimos-18-anos).

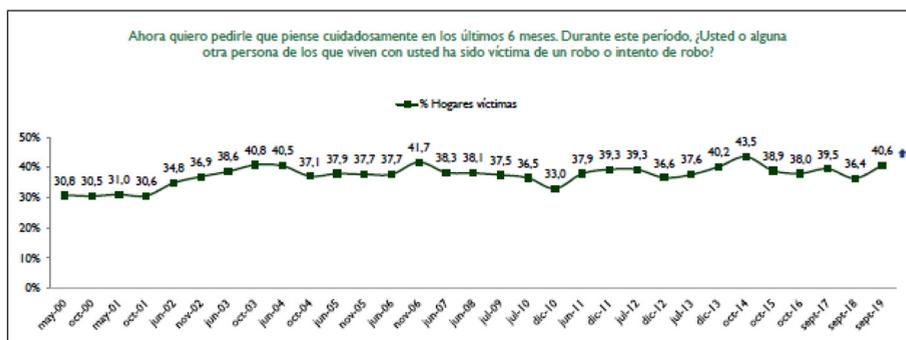
de libertad, lo que ha impactado fundamentalmente en personas jóvenes con un compromiso delictual bajo o medio, quienes terminan con una limitación severa a su libertad que tiende a extenderse por períodos muy largos, que en su mayoría oscilan entre 5 y 10 años. Por otro lado, se aprecia una potente selectividad penal con respecto a delitos contra la propiedad y delitos de tráfico o microtráfico, los cuales –como veremos– son mayoritariamente cometidos por hombres y mujeres que han sido objeto de una marginalización previa multifactorial y compleja que no es abordada por las políticas públicas nacionales con el mismo ahínco con el que se les encarcela.

### *Las variaciones en la victimización*

Si bien las mediciones varían, el punto central a relevar es que, aun cuando se ha duplicado la tasa de encarcelamiento en los últimos años y a pesar de los avances socioeconómicos a nivel nacional y de los cambios demográficos, no hay correlativa baja de la victimización respecto a los delitos de mayor connotación pública.

Así, el Índice Paz Ciudadana releva –respecto del robo– que, mientras que en el año 2000 el 30,8% de los hogares declaraban haber sido víctima de robo o intento de robo, en el año 2019, el 40,6% respondía afirmativamente a dicha pregunta, tal como muestra la figura 5.

*Figura 5*<sup>159</sup>



Conforme a la ENUSC, sin embargo, la variación de los delitos de alta connotación social muestra que desde el 2008 a la fecha han existido variaciones en la victimización, que ha transitado de un 31,9% de victimización en 2008

<sup>159</sup> Fuente: FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA, “Índice Paz Ciudadana. Resultados del año 2019”, ob. cit., p. 7.

a un 23,3% en 2019, con una variación de un -8,6%<sup>160</sup>. Más allá de las dudas metodológicas que una u otra encuesta puedan generar, lo cierto es que de ellas pueden extraerse dos niveles de conclusiones.

En primer lugar, que la retórica punitiva ha sabido sacar provecho a ambas circunstancias. Así, interpretando datos como los contenidos en el Índice Paz Ciudadana, se han impulsado reformas de endurecimiento del rigor punitivo como las que ya se han analizado, basadas en la existencia de elevados índices de victimización. Y con la misma fundamentación, valiéndose de resultados como la ENUSC 2019, se ha defendido la efectividad de medidas punitivas.

En segundo lugar, reflejan que, en cualquiera de las dos hipótesis (ya sea que la victimización se haya mantenido o que haya disminuido en un 8%, habiéndose duplicado el número de personas privadas de libertad), esta medida es inocua –en el primer caso– o sumamente ineficiente –en el segundo–, pues implica un costo social y humano sumamente elevado para lograr resultados insuficientes o (siguiendo el Índice Paz Ciudadana) nulos. Esto se vincula con un fenómeno más complejo, en términos de que el punitivismo en general y el encarcelamiento en particular terminan por disociarse de las variaciones en victimización, corriendo por caminos paralelos. Esta situación no es privativa de Chile, sino que es un elemento integrante del fenómeno global del “viraje punitivo”<sup>161</sup>, siendo el ejemplo paradigmático de ello Estados Unidos<sup>162</sup>, pero también constatable en Europa<sup>163</sup>. Así, el aumento explosivo en el encarcelamiento no obedece a una incontenible alza en los índices delictuales, sino que es una decisión política autónoma<sup>164</sup>.

### *Las variaciones en la percepción de inseguridad*

Tal como se ha analizado, las reformas del último tiempo se basan en la existencia de un elevado temor ciudadano a la delincuencia<sup>165</sup> y buscan ser una eficaz medida en la reducción de dicha percepción de inseguridad. Pues bien, el análisis de las cifras sobre percepción de temor alto demuestra que, desde

---

<sup>160</sup> INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS, “Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana (ENUSC 2019)” (2019), p. 9.

<sup>161</sup> GARLAND, “La cultura del control”, ob. cit., p. 119. En el mismo sentido, LARRAURI, “La economía política”, ob. cit., p. 4.

<sup>162</sup> ZIMRING, Franklin, “The Great American Crime Decline”. Oxford: Oxford University Press (2007).

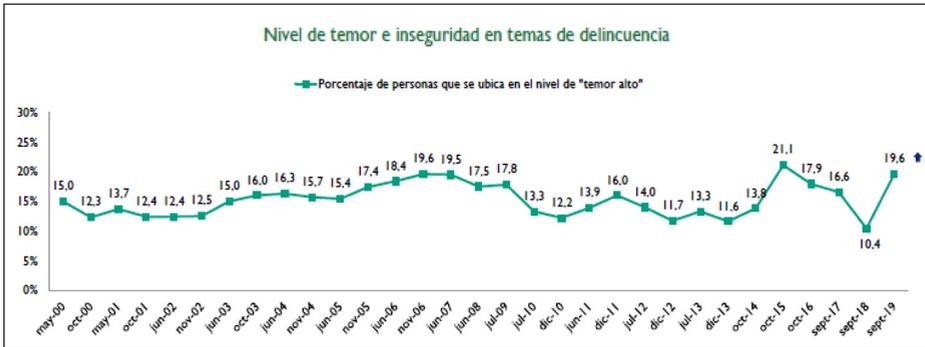
<sup>163</sup> LARRAURI, “La economía política”, ob. cit., p. 4.

<sup>164</sup> LARRAURI, “La economía política”, ob. cit., p. 6.

<sup>165</sup> DAMMERT, “Violencia criminal”, ob. cit., p. 29.

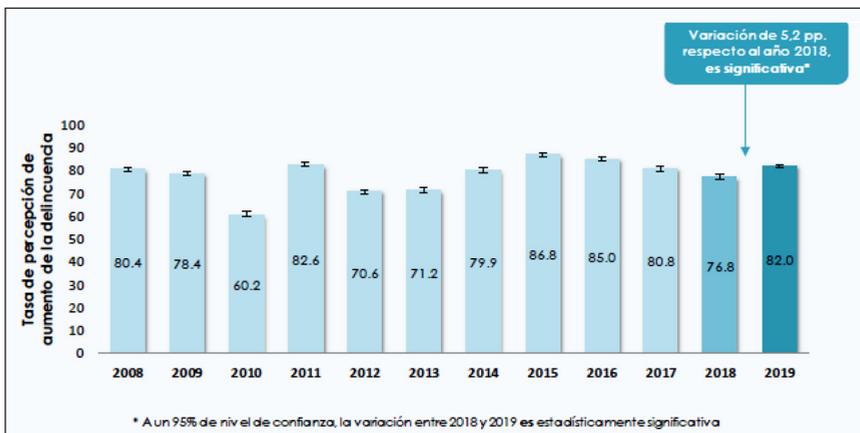
el año 2000 a la fecha, el porcentaje de personas con un temor de ese nivel a la delincuencia fluctúa en un rango más o menos estable, e incluso en 2019 se encontraba en un nivel más alto que en la gran mayoría de los años anteriores, tal como muestra la figura 6.

Figura 6<sup>166</sup>



Estos resultados coinciden con aquellos arrojados por la ENUSC 2019 respecto a la percepción de aumento de la delincuencia a nivel nacional, como muestra la figura 7.

Figura 7<sup>167</sup>



<sup>166</sup> Fundación Paz Ciudadana. “Índice Paz Ciudadana. Resultados del año 2019”, ob. cit.

<sup>167</sup> INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. “Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana (ENUSC 2019)”, ob. cit.

Bajo esas cifras, el incremento del rigor punitivo en Chile no solo no ha demostrado ser una medida eficiente en la disminución de la delincuencia, sino que tampoco ha sido capaz de disminuir el temor ciudadano, que es el objetivo declarado de muchos proyectos de ley hasta el día de hoy. Lo anterior es comprensible con si se considera que el temor a la delincuencia no es un fenómeno sencillo, sino que engloba un conjunto de preocupaciones y temores sistémicos más profundos<sup>168</sup>, imposibles de resolver por la vía penal.

### III. EL IMPACTO DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD EN LA PERSONA Y SU ENTORNO

En las páginas anteriores hemos visto que el incremento del rigor punitivo se ha manifestado fundamentalmente en un aumento explosivo de la privación de libertad. La privación de libertad produce otros importantes efectos negativos en la persona privada de libertad, en su familia y en las comunidades, profundizando la idea de que la respuesta punitiva que prioriza el encierro es una mala política pública y social.

#### 1. Respecto al impacto en la persona

La cárcel es en sí misma *desocializadora*. En ese sentido, son especialmente preocupantes los efectos que la privación de libertad genera en la salud física y mental de quienes la padecen, sin perjuicio de las demás vulneraciones estructurales indisolublemente asociadas a la cárcel<sup>169</sup>.

Desde el punto de vista de la salud física y mental, tal como explica Iñaki Rivera recogiendo diversos estudios en la materia<sup>170</sup>, se ha constatado que esta pena –desde su origen<sup>171</sup>– puede producir:

i. Claustrofobia: una afectación de la comprensión espacial con pérdida paulatina del sentido de realidad.

<sup>168</sup> DAMMERT, “Violencia criminal”, ob. cit., p. 8; LARRAURI, “La economía política”, ob. cit., p. 8.

<sup>169</sup> INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. “Estudio de las condiciones carcelarias en Chile 2018: diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos en la privación de libertad” (2018); LEASUR ONG, “Informe condiciones carcelarias: situación de las cárceles en Chile 2018” (2018).

<sup>170</sup> RIVERA, Iñaki, *Descarcelación, principios para una política pública de reducción de la cárcel (desde un garantismo radical)*, 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch (2017).

<sup>171</sup> GALLO, Ermanno y RUGGIERO, Vincenzo, “*Il carcere immateriale. La detenzione come fabbrica di hándicap*”. Turín: Sonda, (1989), p. 7.

ii. Irritabilidad permanente: una rabia constante sin disponer de vehículos para poder expresarla.

iii. Depresiones diversas provocadas por los efectos del autocontrol forzado y que puede traducirse en automutilaciones, suicidios, etc. En la realidad chilena, la depresión es una de las enfermedades que con mayor frecuencia se desarrolla dentro de un recinto penitenciario<sup>172</sup>. En muchos casos estas depresiones son parte de brutales historias previas de vida, que no son asumidas ni tratadas al ingresar al centro penitenciario<sup>173</sup>, existiendo una gran carencia de atención en salud mental<sup>174</sup>. Lo mismo se puede constatar respecto al suicidio intrapenitenciario en Chile, siendo la causa del 25,2% de las muertes ocurridas en prisión<sup>175</sup>.

iv. Síntomas alucinatorios, especialmente en relación con las celdas o regímenes de aislamiento carcelario, fruto de la existencia de ambientes visuales monótonos y prolongados.

v. Abandono de hábitos de autocuidado.

vi. Apatía, que se expresa en términos de incapacidad de concentración y debilitamiento de las habilidades para focalizar la atención en un objeto o tarea determinada, generando un paulatino desinterés por su mundo interior y por aquello que le rodea.

En un sentido similar, Silvio Cuneo, citando un conjunto de estudios en la materia, analiza los efectos psicológicos que produciría el encierro<sup>176</sup>, sosteniendo que los principales serían:

i. La *prisionización*, por medio de la cual un individuo adquiere los valores y costumbres de la prisión, modificando sus conductas preexistentes para adaptarse al nuevo ambiente.

ii. *Desculturación*, fruto de la eliminación de oportunidades de conductas y la imposibilidad de mantenerse al día de lo que sucede en el mundo exterior, lo que produce –especialmente en períodos prolongados de encierro– un desentrenamiento que incapacita temporalmente para encarar ciertos aspectos de

---

<sup>172</sup> SÁNCHEZ, Mauricio y PIÑOL, Diego, ob. cit., p. 26.

<sup>173</sup> SANHUEZA, Guillermo, BRANDER, Francisca y REISER, LAUREN, “Encarcelamiento femenino en Chile. Calidad de vida penitenciaria y necesidades de intervención”, en *Revista de Ciencias Sociales*, vol. N° 3, N° 45 (2019), p. 135.

<sup>174</sup> SANHUEZA y otras, ob. cit., pp. 123 y 141.

<sup>175</sup> CEBALLOS-ESPINOZA, Francisco; MORELOS, Gustavo; CHÁVEZ-HERNÁNDEZ, Ana María y LEENAARS, Antoon, “Suicidios en las cárceles de Chile durante la década de 2006-2015”, en: *Revista Criminalidad*, vol. 58, N° 3 (2016), p. 104.

<sup>176</sup> CUNEO, ob. cit., pp. 70 y ss.

la vida diaria en el exterior y para adquirir los hábitos que corrientemente se requieren en la sociedad en general.

*iii. Desidentificación*, por la imposición de una rutina diaria durante el encierro que rompe con aquella autoconcepción que el sujeto tenía en relación con su medio habitual, lo que se traduce en la asunción de un rol de sometimiento que supone “una mortificación o disminución del yo”, lo que podría vincularse con una potencial reincidencia, pues la percepción de que el castigo experimentado es manifiestamente injusto y desproporcionado podría llevar a la persona condenada a “desquitarse” y repudiar a quienes lo repudian.

*iv. Desmoralización*, vinculada con un estado depresivo que lleva a un exceso de compasión por sí mismos, junto con la sensación de que el tiempo de encierro es tiempo perdido.

Junto con todo lo anterior, la pena privativa de libertad supone una posibilidad de pérdidas de los sentidos, de sufrir vértigos, insomnio y un aumento exponencial del riesgo de contraer enfermedades graves como hepatitis B y C, tuberculosis, VIH, entre otras<sup>177</sup>.

De esta manera, la pena privativa de libertad como principal herramienta del sistema penal implica una afectación grave de la salud física y mental de quienes la padecen, confirmando algo que ya es de común conocimiento y general aceptación: la cárcel no solo restringe la libertad personal, sino que afecta estructural y transversalmente la vida, rompiendo con todo aquello que existía en la vida de la persona y generando un sinnúmero de consecuencias —a veces irreversibles— para esta.

## *2. Respecto al impacto en los vínculos familiares, laborales y comunitarios*

Hoy hay consenso respecto a que las posibilidades de reinserción dependen del mantenimiento y fortalecimiento de las redes sociales, comunitarias y familiares de la persona privada de libertad<sup>178</sup>. En ese sentido, en sí misma la privación de libertad rompe con esas redes, distanciando a la persona de su medio e insertándola en un medio hostil y disruptivo.

---

<sup>177</sup> CUNEO, ob. cit., p. 74. En otros estudios, véase: SÁNCHEZ, Mauricio y PIÑOL, Diego, ob. cit., p. 26.

<sup>178</sup> LARROULET, ob. cit., p. 185; MORALES, Ana María; MUÑOZ, Nicolás, WELSCH, Gherman y FÁBREGA, Jorge, “La reincidencia en el sistema penitenciario chileno”. Santiago: Fundación Paz Ciudadana (2012); SÁNCHEZ, Mauricio y PIÑOL, Diego, ob. cit., p. 29.

Es por ello que se sostiene –con razón– que “la cárcel como medio de castigo establece barreras a la reinserción social por medio del debilitamiento de las familias y los vínculos parentales, la reproducción y concentración de la marginalidad y generación de un mayor aislamiento de ciertos grupos de la sociedad convencional. Todos estos factores dificultan la deserción del delito y aumentan las probabilidades de involucramiento delictual en las mismas comunidades”<sup>179</sup>.

A esto debe añadirse que quienes son privados/as de libertad usualmente tienen historias previas de resquebrajamiento familiar<sup>180</sup>; en muchos casos, también de una institucionalización temprana<sup>181</sup> y de vínculos familiares con personas que han estado recluidas<sup>182</sup>, todo lo cual es potenciado por la privación de libertad, la que debilita los vínculos familiares y afectivos<sup>183</sup>.

Asimismo, y vinculado con los sesgos socioculturales y patriarcales asociados a la privación de libertad femenina, el encierro de mujeres genera también impacto en sus hijos/as. Las mujeres privadas de libertad reportan una serie de problemas de desajuste escolar y familiar de sus hijos que ellas atribuyen a su encarcelamiento<sup>184</sup>, lo que se refrenda en estudios cualitativos más recientes<sup>185</sup>, que también han arrojado resultados importantes respecto al sufrimiento que supone para las mujeres encarceladas no poder estar continuamente con sus hijos/as, siendo esto identificado como lo que más las afecta<sup>186</sup>. Esto potencia las posibilidades de involucramiento delictual de esos hijos/as, que son desprovistos de un medio de sustento y de un soporte afectivo significativo, mostrando la evidencia empírica la relevancia del vínculo afectivo, la supervisión parental y la exposición a algún grado de disciplina receptiva en la prevención de delitos<sup>187</sup>. Todos esos factores son potenciados o extremados con la privación de libertad<sup>188</sup>.

---

<sup>179</sup> LARROULET, ob. cit., p. 185.

<sup>180</sup> SANHUEZA *et al.*, ob. cit., p. 133.

<sup>181</sup> LARROULET, ob. cit., p. 167.

<sup>182</sup> LARROULET, ob. cit., p. 169.

<sup>183</sup> LARROULET, ob. cit., p. 177.

<sup>184</sup> LARROULET, ob. cit., p. 180.

<sup>185</sup> SANHUEZA y otras, ob. cit., p. 124.

<sup>186</sup> LARROULET, ob. cit., p. 137.

<sup>187</sup> LARROULET, ob. cit., p. 181.

<sup>188</sup> LARROULET, ob. cit., p. 181.

En cuanto a las comunidades, Larroulet afirma que la cárcel también es un factor que puede aumentar la marginalidad allí donde regresan las personas que salen en libertad<sup>189</sup>. En este sentido, es claro que la marginalidad territorial y social es uno de los focos donde se concentra el encarcelamiento y el rigor punitivo estatal. Y es que la política penal se dirige ahí donde la política social no llega, optando por su criminalización y encarcelamiento, antes que por esfuerzos tendientes a atender las complejas causas sociales de esa marginalidad. El asunto de fondo, en este punto, es que quienes entran a una cárcel usualmente salen de ella y generalmente vuelven a sus comunidades de origen, en las que las posibilidades de hallar empleo son aún más complejas y escasas, y en las que existe una bajísima participación cívica y política, todo lo cual profundiza las desventajas preexistentes en la comunidad<sup>190</sup>. Junto con ello, el flujo encarcelamiento-barrio también puede generar una creciente desconfianza en la ley y en el sistema de justicia entre las personas que los habitan.

Por último, en el ámbito laboral, es clara la relevancia en el desistimiento del vínculo laboral estable y de calidad, no solo por la entrega de un ingreso fijo, sino por el contacto permanente con pares convencionales, con rutina diaria y posibilidad de desarrollar una identidad *prosocial*<sup>191</sup>. Así, la cárcel solo reduce las perspectivas laborales futuras de una población que ya es encarcelada –en general– con bajos niveles de educación y herramientas laborales<sup>192</sup>. Un interesante estudio de Devah Pager, en Estados Unidos, demuestra que personas con idénticos currículums e historias, pero con antecedentes penales, obtienen la mitad de puestos laborales que quienes no cuentan con antecedentes<sup>193</sup>, algo que también se ha constatado en Chile, mostrando el impacto del estigma permanente de los antecedentes penales<sup>194</sup>.

En síntesis, la vía punitiva, cristalizada en la privación de libertad, tiene un impacto social y humano que debe ser considerado a la hora de elaborar políticas públicas en este ámbito. En ese sentido, el costo no únicamente es

---

<sup>189</sup> LARROULET, ob. cit., p. 181.

<sup>190</sup> LARROULET, ob. cit., p. 181.

<sup>191</sup> LARROULET, ob. cit., p. 175.

<sup>192</sup> CENTRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS UC, ob. cit.

<sup>193</sup> PAGER, Devah, “The mark of a criminal record”, en *American Journal of Sociology*, vol. 108 (2003). Los resultados de la investigación además establecen que dicho efecto discriminatorio se profundiza en Estados Unidos respecto a la población afroamericana.

<sup>194</sup> ESPINOZA, Olga y MARTÍNEZ, Fernando, “Políticas de reinserción post penitenciaria. Eliminación de antecedentes penales en Chile”, en *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana* N° 1 (2007).

económico ni el problema es solo de una mala técnica legislativa, sino que el problema de la privación de libertad es –en lo medular– su impacto destructivo y muchas veces irreversible en las vidas de quienes han estado privados/as de libertad y de sus entornos.

### *3. Hacia la construcción de una propuesta de racionalización de la herramienta punitiva*

Con base en lo señalado, la herramienta punitiva (especialmente por medio de la privación de libertad) no es –ni puede ser– un vehículo eficiente en la disminución de la delincuencia; en el mediano y largo plazo no disminuye la sensación de inseguridad de la población, y sí produce comprobados efectos nocivos en las personas que son encarceladas, en sus familias y en sus comunidades. La razón de su auge y consolidación como política pública se debe más bien a su eficiencia en la consecución de réditos políticos inmediatos, por la popularidad del discurso que la sustenta<sup>195</sup>.

En ese marco, la propuesta general más obvia podría resumirse como un camino de racionalización de la utilización de la herramienta punitiva y de focalización –tanto a nivel discursivo como de política pública– en la prevención y en las problemáticas sociales que subyacen a la criminalidad, junto con perfeccionar la gestión de las políticas públicas y de las instituciones en estas materias<sup>196</sup>.

Esto no constituye ninguna novedad, sino que ha sido constatado y relevado de manera consistente y sistemática<sup>197</sup>, siendo su traba más bien política, por la creencia generalizada de que es de muy baja rentabilidad electoral intentar abordar seriamente el problema de la delincuencia. Así, el derecho penal ha mutado desde su objetivo inicial de protección de la ciudadanía frente al Estado hacia un medio para la obtención de fines útiles<sup>198</sup>. Abandonar ese camino discursivo y legislativo es un reconocimiento de la necesidad de limitar el poder punitivo estatal, e implica reconocer el valor autónomo e indisponible de las personas y su libertad como eje de toda política pública criminal.

---

<sup>195</sup> LARRAURI, “La economía política”, ob. cit.; CUNEO, ob. cit.

<sup>196</sup> DAMMERT, Lucía, “Seguridad ciudadana y cohesión social en América Latina”, en Unión Europea, *Colección de estudios sobre políticas públicas locales y regionales de cohesión social* (2012), p. 57.

<sup>197</sup> RIVERA, ob. cit.

<sup>198</sup> STIPPEL, ob. cit., p. 123.

En cuanto a la racionalización de la criminalización, esto implica la imprescindible tarea de eliminar la aplicación del derecho penal a numerosas conductas que carecen de una entidad tan gravosa como para merecer una inclusión en leyes penales<sup>199</sup>, privilegiando la intervención por medio de herramientas menos lesivas que el derecho penal. Y en aquellos ámbitos en que subsista la amenaza de sanción penal, es imperativo abandonar la aplicación unívoca de la pena privativa en libertad como única sanción disponible. Para ello, es indispensable valerse de sanciones diversas, de cumplimiento en libertad, compensaciones o alternativas restauradoras como penas principales asociadas al delito<sup>200</sup>, y dotar a las actuales penas sustitutivas de un carácter de penas principales contempladas en el catálogo de penas, al ser en sí mismas expresivas de un contenido punitivo propio<sup>201</sup>.

Así, reducir el campo de aplicación del derecho penal en general y de la pena privativa de libertad en particular<sup>202</sup>, son pasos indispensables en este camino de racionalización punitiva y de focalización en las causas sociales de la delincuencia. Por otro lado, en aquellos ámbitos en que se mantengan penas privativas de libertad, es imperativo reconsiderar las duraciones de las sanciones<sup>203</sup>, abandonar la infundada noción de que el aumento exorbitante de penas disuade delitos, limitar los exacerbados tiempos de las penas actuales y la cantidad de personas que terminan privadas de libertad. Sobre esto existen interesantes propuestas, como el establecimiento de cupos penitenciarios exclusivamente para delitos de una gravedad considerable<sup>204</sup>.

Este proceso implica una restauración de la credibilidad del derecho penal, restituyéndolo a su carácter de *extrema ratio*, reservado solo para las ofensas a derechos y bienes fundamentales<sup>205</sup>, todo lo cual es un debate que debe ser abordado por los poderes colegisladores en Chile, pues “el único debate superador de la cárcel es aquél que se sitúa en la fase de creación del derecho, erradicando

---

<sup>199</sup> RIVERA, ob. cit., p. 79.

<sup>200</sup> RIVERA, ob. cit., p. 80; CUNEO, ob. cit., p. 237.

<sup>201</sup> MORALES, Ana María y SALINERO, Sebastián, “Fundamento político-criminal y naturaleza jurídica de las penas alternativas en Chile”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 47, N° 2 (2020), p. 534.

<sup>202</sup> ALONSO, Alicia, “Algunas propuestas críticas para acabar con el encarcelamiento en masa”, en *Revista de la Justicia Penal*, N° 12 (2018), p. 313.

<sup>203</sup> CUNEO, ob. cit., p. 237.

<sup>204</sup> Así lo plantea, por ejemplo, Zaffaroni. Véase: CUNEO, ob. cit., p. 247.

<sup>205</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Jurisdicción y ejecución penal. La cárcel: una contradicción institucional”, en *Crítica Penal y Poder*, N° 11 (2016), pp. 11 y 12.

de la ley la posibilidad de seguir castigando con privación de libertad”<sup>206</sup> y evitando que el proceso de cuestionamiento de la pena privativa de libertad se traduzca solo en una ampliación del *netwidening* penal por medio de modificaciones en la fase de ejecución de la pena, cuyo único efecto es extender el derecho penal a lugares donde antes no llegaba o llegaba con menor intensidad.

Una oportunidad idónea para este proceso es un nuevo Código Penal que revise la legislación penal vigente, eliminando de su contenido aquellas áreas del tráfico humano que no deban ser sancionadas penalmente, racionalizando y diversificando las penas existentes, incluyendo penas diversas a la privación de libertad y ampliando el catálogo de sanciones.

Propuestas que modifiquen sustancialmente la política penal y penitenciaria de un país no son inéditas en el derecho comparado de los tiempos recientes. Es interesante la experiencia italiana desarrollada luego de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 8 de enero de 2013 en el caso *Torreggiani e altri c. Italia*, que se tradujo en un completo plan de acción elaborado por una comisión convocada por la entonces ministra de Justicia italiana, Annamaria Cancellieri, y presidida por el académico Mauro Palma<sup>207</sup>. Este plan de acción italiana se tradujo en cuatro líneas de intervención<sup>208</sup>:

a. Intervenciones normativas: destinadas a reducir los ingresos a prisión y favorecer formas de salida gradual por la adopción de medidas alternativas. Esto incluyó la despenalización, la reducción de la pena máxima para determinados delitos, una limitación a la prisión preventiva y la previsión de nuevas salidas alternativas, entre otras modificaciones.

b. Intervenciones de gestión: a través de la introducción de un régimen más abierto para personas presas de riesgo “bajo” o “medio” (que en ese entonces en Italia conformaban el 88% de la población penal<sup>209</sup>), centrado en la celda solo como un lugar de descanso y no de encierro permanente. Esto de la mano con la inclusión de una amplia oferta programática laboral, formativa, de ocio y de profundización de relaciones familiares, en sintonía con el Reglamento Penitenciario europeo del año 2000.

c. Intervenciones en la arquitectura penitenciaria.

---

<sup>206</sup> RIVERA, ob. cit., p. 81.

<sup>207</sup> PALMA, Mauro, “Epílogo: el caso italiano a partir de una sentencia piloto”, en RIVERA, Iñaki (2017), *Descarcelación. Principios para una política pública de reducción de la cárcel (desde un garantismo radical)*. Valencia: Tirant lo Blanch (2017), p. 214.

<sup>208</sup> PALMA, ob. cit., pp. 218 y ss.

<sup>209</sup> En Chile, como fue mencionado, ese porcentaje es del 69%.

d. Previsión normativa de un doble sistema de remedios preventivos y compensatorios: por medio de los primeros, se proporcionó la potestad al juez para poder intervenir en casos vinculados con los derechos de los presos, emitiendo una orden que la administración penitenciaria debe inmediatamente cumplir. En cuanto al remedio compensatorio, se dispuso que un día de reclusión en condiciones inhumanas o degradantes valdría más que un día de reclusión en condiciones aceptables, proporcionando al juez la posibilidad de reducir un día la pena por cada diez días vividos en similares condiciones.

Este programa de acción se mantuvo con el posterior cambio de gobierno en 2014 y se tradujo en un conjunto de modificaciones normativas estables<sup>210</sup>. Con esto, se logró en poco tiempo reducir la población privada de libertad de 66.028 a 52.432 personas<sup>211</sup>. Todo lo anterior ha sido objeto de constantes ataques de ciertos sectores de la opinión pública<sup>212</sup>, lo que demuestra la dificultad comunicacional de emprender este camino.

Luego de implementados esos pasos iniciales, en ese país se conformó un grupo de trabajo permanente en una operación denominada *Stati Generali dell' Esecuzione Penale*<sup>213</sup>, conformado por 18 mesas de trabajo para abordar temas que incluyen la arquitectura penitenciaria, vida en prisión, mujeres y cárceles, menores de edad y delito, salud y trastornos psíquicos, funcionarios/as penitenciarios/as y procedimientos de reinserción, entre otros<sup>214</sup>.

Esta experiencia es interesante y su importación como evidencia debe ser considerada. En ese marco, en Chile no ha existido una convocatoria que reúna con un carácter estable y permanente, como política de Estado, una mesa o comité de trabajo interdisciplinario, para analizar el problema del castigo desde su fase de creación normativa (incluyendo un barrido normativo tendiente a la descriminalización de conductas) hasta su fase de ejecución (revisando las condiciones de privación de libertad y el diseño institucional y normativo de la ejecución de penas en un sentido amplio). De realizarse, sería relevante que ese proceso también convoque a personas privadas de libertad, sus familias y entornos y a operadores penitenciarios<sup>215</sup>.

---

<sup>210</sup> PALMA, ob. cit., p. 222

<sup>211</sup> Aumentando –sin embargo– el número de personas sujetas a medidas alternativas a la privación de libertad en 20.000 personas, lo que puede mostrar en este caso no solo una reducción de la privación de libertad, sino una ampliación del *netwidening* penal en otras esferas, lo que debe ser analizado a la hora de implementar medidas similares, para no incurrir en dicha situación.

<sup>212</sup> PALMA, ob. cit., p. 224.

<sup>213</sup> Disponible en: [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_2\\_19.page](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19.page).

<sup>214</sup> PALMA, ob. cit., p. 230.

<sup>215</sup> RIVERA, ob. cit., p. 95.

Así, es central avanzar en una política de reducción del encarcelamiento gradual pero estable y consistente, que implique una racionalización del aparato punitivo en ámbitos especialmente urgentes<sup>216</sup>. Reestructurar el ordenamiento jurídico penal de manera armónica y consistente es una oportunidad ideal para lograr ese objetivo respecto al derecho penal sustantivo. En adición a esto, es imprescindible reducir al mínimo el uso de la prisión preventiva, evitando que esta opere como sanción anticipada, y ratificando su carácter excepcionalísimo y funcional a los fines del procedimiento penal.

En cuanto a la fase de ejecución de la pena, es imperativo construir una institucionalidad que reduzca al mínimo los efectos nocivos inherentes a la privación de libertad, lo que debe hacerse por medio de una nueva regulación de rango legal de la fase de ejecución penas<sup>217</sup>, que otorgue herramientas específicas para resguardar las garantías de las personas privadas de libertad y someta a la fase de ejecución a una permanente supervigilancia administrativa y jurisdiccional especializada. Junto con esto, se debe avanzar en una mejora significativa de la gestión interna de los centros y de la administración penitenciaria, lo que implica modificaciones en el personal; en su formación y capacitación, y en los mecanismos de trato directo con las personas reclusas. A esto debe añadirse la eliminación de resabios coloniales que neutralizan la calidad de ciudadanos/as o suspenden el derecho a voto de quienes son penados, lo que solo los degrada y no cumple ningún fin relevante ni admisible<sup>218</sup>.

Hace más de cien años, Franz von Liszt sostuvo que la mejor política criminal es una buena política social<sup>219</sup>. Y es que la reducción de la delincuencia a mínimos razonables implica la inversión en las causas sociales subyacentes que están generalmente asociadas a fenómenos complejos de marginalidad y vulnerabilidad, en conjunto con otros factores<sup>220</sup>. Poner el foco en la exclusión social, urbana, económica y política; profundizar el acceso a redes educativas integrales y universales desde la primera infancia; fortalecer el acceso al trabajo en condiciones dignas; y atender y dotar de recursos a la preocupación estatal

---

<sup>216</sup> RIVERA, p. 113.

<sup>217</sup> HORVITZ, María Inés, “La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza?”, en *Revista Política Criminal*, vol. 13, N° 26 (2018), p. 917.

<sup>218</sup> MAÑALICH, Juan Pablo, “El derecho penitenciario entre la ciudadanía y los derechos humanos”, en *Derecho y Humanidades* N° 18 (2011); HORVITZ, ob. cit.; MARSHALL, Pablo, “La privación de derecho a sufragio como castigo en la órbita del *common law*: análisis crítico”, en *Revista Política Criminal*, vol. 14, N° 28 (2019).

<sup>219</sup> STIPPEL, ob. cit., p. 135.

<sup>220</sup> LARROULET, ob. cit., pp. 158 y ss.

por el consumo problemático de alcohol y drogas, son pasos indispensables en este camino complejo.

En este sentido, es interesante destacar ciertos estudios recientes que vinculan la adopción de políticas sociales estatales con un menor punitivismo y con una reducción de los índices de delito<sup>221</sup>, lo que se explicaría por la universalidad de las prestaciones sociales, tendiendo a ser un sistema más inclusivo y solidario con las personas desfavorecidas<sup>222</sup>, pudiendo apreciarse una aparente correlación entre el sistema económico adoptado, el modelo de Estado, los índices de delincuencia y las tasas de encarcelamiento<sup>223</sup>, lo que refrendaría que las dimensiones del encarcelamiento no están supeditadas a los vaivenes de los índices de delincuencia, sino que serían factores supeditados a la macroestructura política, social y económica que un Estado adopte<sup>224</sup>.

En ese marco, autores como Rusche, Kirchheimer y Garland sostienen que la política social y la política criminal son componentes de la respuesta estatal a la marginalidad social<sup>225</sup>. Tal como sostuvo Sutton hace más de dos décadas, la justicia penal y las políticas de bienestar en las democracias modernas están históricamente interconectadas y son, en efecto, subdiscursos de un discurso político más amplio sobre la gestión de la marginalidad social<sup>226</sup>.

En un sentido similar, analizando diversos estados de EE.UU. y en un cruce de índices de encarcelamiento con políticas de bienestar y segregación racial, Beckett y Western demuestran una correlación negativa entre la implementación de políticas de bienestar social y las tasas de encarcelamiento<sup>227</sup>.

Estos estudios confirman que la decisión de encarcelar no se vincula con los índices de delitos, ni estos últimos se pueden ver moldeados de manera significativa y estable por medio de la criminalización y de la privación de libertad. Y es que, si el camino a emprender es la solución de los problemas estructurales y sistémicos que subyacen a la criminalidad, el derecho penal no puede considerarse como un instrumento adecuado en la consecución de ese fin<sup>228</sup>.

---

<sup>221</sup> LAPPI-SEPPALA, Tapio, “Trust, Welfare and Political Economy. Explaining Differences in Penal Severity”, en TONRY, M. (edit.) *Crime and Justice: A Review of research*, vol. 37. Chicago: The University of Chicago Press (2008).

<sup>222</sup> LARRAURI, “La economía política”, ob. cit., p. 11.

<sup>223</sup> LARRAURI, “La economía política”, ob. cit., p. 8.

<sup>224</sup> Así lo plantean diversos/as autores/as. Véase LARRAURI, “La economía política”, ob. cit., p. 8.

<sup>225</sup> BECKETT y WESTERN, ob. cit., p. 37.

<sup>226</sup> Véase: BECKETT y WESTERN, ob. cit., p. 37.

<sup>227</sup> BECKETT y WESTERN, ob. cit., pp. 45 y ss.

<sup>228</sup> STIPPEL, ob. cit., p. 136.

Por último, un futuro diseño de una estructura punitiva debe ser capaz de abandonar la romantizada idea de la (re)inserción social por medio de la privación de libertad. Tal como se ha visto, la cárcel es en sí misma desocializadora y rompe con cada aspecto de la vida de la persona, no pudiendo ser un vehículo ni eficiente ni legítimo para volver a colocarla en la sociedad. Tal como sostuvo Alessandro Baratta hace algunos años, “[e]l punto de vista desde el cual afronto el problema de la resocialización debe mantener como base realista el hecho de que la cárcel no puede producir efectos útiles para la resocialización del condenado”, lo que no implicaría abandonar el ideal resocializador (como deber del Estado y de la sociedad y no necesariamente como fin de la pena), sino reconceptualizarlo, pues se debe socializar no a través de la cárcel, “sino a pesar de ella, buscando hacer menos negativas las condiciones que la vida en la cárcel comporta en relación a esta finalidad”<sup>229</sup>. Por otro lado, si la cárcel absorbe una marginalidad preexistente, entonces la reinserción es un concepto eufemístico, pues se trata de personas que jamás han sido insertadas.

De este modo, bajo estas ideas matrices se propone una reducción significativa de la utilización del derecho penal, evidenciando que existen experiencias prácticas comparadas que fundamentan su conveniencia y respaldo teórico para entender que los índices de encarcelamiento y –en general– el rigor punitivo de una sociedad no están directamente relacionados con los índices de delitos, sino que se vinculan con el modelo de desarrollo y de organización que se implemente.

#### IV. CONCLUSIONES

El presente artículo ha buscado reconstruir la política criminal chilena de las últimas décadas, relevando sus principales características y fundamentos, e ilustrando este desarrollo por medio de propuestas programáticas y discusiones parlamentarias, para dar cuenta de cómo se han consolidado en nuestro país lógicas asociadas al populismo punitivo como una consecuencia de la consolidación de discursos de “ley y el orden”. Dicha reconstrucción ha tenido como objetivo primordial ilustrar que este conjunto de decisiones inorgánicas ha alzado la respuesta punitiva como una respuesta *prima ratio* a prácticamente todo fenómeno social complejo, rigidizando la intensidad punitiva a niveles insostenibles, aplicando el derecho penal a múltiples esferas sociales y, en particular, alzando a la privación de libertad como una solución “mágica” a los problemas.

---

<sup>229</sup> Citado en: RIVERA, ob. cit., p. 69.

Hecho lo anterior, este trabajo buscó demostrar el impacto que ello ha tenido en Chile, para confirmar que los efectos de esta política han sido prácticamente insignificantes en la disminución de la delincuencia, no han logrado calmar el altísimo temor ciudadano, y han masificado y profundizado los efectos nocivos y destructivos que la privación de libertad surte en quienes la padecen, sus familias y sus comunidades. Si el castigo es el remedio que utilizamos ante la delincuencia, pues entonces es un remedio iatrogénico.

Descartando la validez y efectividad del camino adoptado por nuestro país en los últimos años, el trabajo aboga por una reducción drástica del ámbito de intervención del derecho penal –en general– y de la pena privativa de libertad –en particular–, y por la puesta de la atención política y discursiva en aquellas causas sociales de la inequidad y de la marginalidad multifactorial, intentando demostrar que un Estado que invierte en el bienestar de la ciudadanía es un Estado que controla de mejor manera sus índices de delincuencia y que acude con menor frecuencia al derecho penal y a la privación de libertad. Para ello, y usando como ejemplo la reciente experiencia italiana, se propone iniciar un complejo proceso de debate sobre la utilización del derecho penal y de la cárcel que lleve –con base en la evidencia– a una radical racionalización de la respuesta penal, lo que puede canalizarse en parte por medio de un nuevo Código Penal orgánico y consistente, que lleve al derecho penal de vuelta a su carácter de *ultima ratio*, sustrayéndolo de aquellos ámbitos del tráfico humano donde su presencia no es necesaria y descartando la procedencia de la pena privativa de libertad respecto a delitos de baja o mediana intensidad, usualmente cometidos por personas consideradas por el propio sistema como de poca peligrosidad y para quienes la privación de libertad es solo una profundización de factores criminógenos y de marginalidad.

El punto central del artículo ha sido demostrar que se ha abogado y se sigue abogando<sup>230</sup> por dar respuestas que en nada contribuyen a rebajar los índices de delincuencia y cuyo beneficio es generar réditos electorales inmediatos y efectivos. Desbaratar esa –ya instalada– cultura, es un proceso largo, complejo e impopular, pero que debe ser iniciado por quienes intenten hablar en serio de criminalidad y de castigo.

---

<sup>230</sup> Recientemente se han anunciado nuevos proyectos vinculados con lo descrito en este trabajo. Véase, por ejemplo: <https://www.latercera.com/nacional/noticia/gobierno-anuncia-proyecto-que-endurece-penas-cuando-exista-robo-con-homicidio-de-menores-de-edad-y-mayores-de-65-anos/XLYZHVSFFN7BUL4PN63J24RM/> o <http://www.diarioeldia.cl/pais/pinera-presenta-proyecto-antinarcos-modifica-ley-20000-endurece-sanciones>.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO, Alicia, “Algunas propuestas críticas para acabar con el encarcelamiento en masa”, en *Revista de la Justicia Penal*, N° 12 (2018), pp. 309-329.
- ARRIAGADA, Isabel; FARIAS, Javiera y WALKER, Agustín, “Evolución de la población penal en Chile. Período 1991-2007: aproximación a los efectos de la Reforma Procesal Penal a nivel regional desde una perspectiva empírica”, en *Revista de Política Criminal*, vol. 16, N° 31 (2021).
- ARRIAGADA, Isabel y SILVA, Guillermo, “La justicia ausente. El sistema penitenciario y el control judicial de la ejecución de la pena privativa de libertad en Chile”, en AROCENA, Gustavo (edit.), *El control judicial de la cárcel en América Latina*. Santiago: Ediar (2014), pp. 101-165.
- BECKETT, Katherine y WESTERN, Bruce, “Governing Social Marginality: Welfare, Incarceration, and the Transformation of State Policy”, en GARLAND, David (ed.), *Mass Imprisonment: Social Causes and Consequences*, Londres (2001). Londres, Sage (2001), pp. 35-50.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la Ley 19.366” (1995), disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6864/>.
- \_\_\_\_\_, “Historia de la Ley 19.413” (1995), disponible en: [https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file\\_ley/6751/HLD\\_6751\\_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf](https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6751/HLD_6751_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf).
- \_\_\_\_\_, “Historia de la Ley 19.975” (2004), disponible en: [https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file\\_ley/5658/HLD\\_5658\\_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf](https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5658/HLD_5658_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf).
- \_\_\_\_\_, “Historia de la Ley 20.000” (2005), disponible en: [https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file\\_ley/5755/HLD\\_5755\\_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf](https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5755/HLD_5755_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf).
- \_\_\_\_\_, “Historia de la Ley 20.253” (2008), disponible en: [https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file\\_ley/6189/HLD\\_6189\\_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf](https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6189/HLD_6189_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf).
- \_\_\_\_\_, “Historia de la Ley 20.770” (2014) disponible en: [https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file\\_ley/4318/HLD\\_4318\\_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf](https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4318/HLD_4318_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf).
- \_\_\_\_\_, “Historia de la Ley 20.931” (2016), disponible en: [https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file\\_ley/5088/HLD\\_5088\\_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf](https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5088/HLD_5088_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf).
- \_\_\_\_\_, “Historia de la Ley 21.170” (2019), disponible en: [https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file\\_ley/7679/HLD\\_7679\\_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf](https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7679/HLD_7679_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf).

- \_\_\_\_\_, “Historia de la Ley 21.208” (2020), disponible en: [https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file\\_ley/7720/HLD\\_7720\\_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf](https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7720/HLD_7720_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf).
- \_\_\_\_\_, “Historia de la Ley 21.240” (2020), disponible en: [https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file\\_ley/7758/HLD\\_7758\\_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf](https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7758/HLD_7758_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf).
- BOTTOMS, Anthony, “The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing”, en CLARKSON, Chris y MORGAN, Rod (Eds.), *The Politics of Sentencing Reform*. Oxford: Clarendon Press (1995).
- CARNEVALI, Raúl, “Derecho Penal como *ultima ratio*. Hacia una política criminal racional”, en *Ius et Praxis* 2008, vol. 14, N° 1 (2008), pp. 13-48.
- CEBALLOS-ESPINOZA, Francisco; MORELOS, Gustavo; CHÁVEZ-HERNÁNDEZ, Ana María y LEENAARS, Antoon, “Suicidios en las cárceles de Chile durante la década de 2006-2015”, en *Revista Criminalidad*, vol. 58, N° 3 (2016), pp. 101-118.
- CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS, “Estudio Nacional de Opinión N° 21”, (2005).
- CENTRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS UC, “Sistema carcelario en Chile: propuestas para avanzar hacia una mayor efectividad y reinserción”, en *Temas de la Agenda Pública*, año 12 (93) (2017).
- CHRISTIE, Nils, *Los límites del dolor*. México: Fondo de Cultura Económica (1984).
- CUNEO, Silvio, *Cárceles y pobreza: las distorsiones del populismo penal*. Santiago: Uqbar (2018).
- CURY, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, 7ª ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica (2005).
- DAMMERT, Lucía, “Violencia criminal y seguridad ciudadana en Chile”, en CEPAL, *Serie Políticas Públicas* (109) (2005), pp. 1-51.
- \_\_\_\_\_, “Seguridad ciudadana y cohesión social en América Latina”, en Unión Europea, *Colección de estudios sobre políticas públicas locales y regionales de cohesión social*, (2012).
- Discurso público de cierre de campaña de Sebastián Piñera, el 10.12.09. Disponible en: <https://www.emol.com/noticias/nacional/2009/12/10/388838/pinera-en-cierre-de-su-campana-ningun-mea-culpa-confundira-a-los-chilenos.html>.
- DONINI, Massimo, “Derecho Penal de lucha: lo que el debate sobre el derecho penal del enemigo no debe limitarse a exorcizar”, en RODRÍGUEZ, Gonzalo (ed.), *Política criminal en la vanguardia: inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada* (2008), pp. 29-75.

- DOWNES, David, “The macho penal economy: Mass incarceration in the United States - a European perspective”, en GARLAND, David (ed.), *Mass Imprisonment: Social Causes and Consequences*. Londres: Sage (2001), pp. 51-69.
- DUCE, Mauricio, “La ‘Reforma a la Reforma Procesal Penal’: análisis de la gestación y contenidos de un proyecto de ley”, en *Anuario de Derecho Público de la Universidad Diego Portales*. Santiago: Ediciones UDP (2013).
- \_\_\_\_\_, “Seguridad ciudadana: buenas intenciones, malas políticas públicas”, en *El Mercurio*, 11 de marzo de 2016.
- \_\_\_\_\_, “La ley penal como respuesta a la pandemia en Chile. ¿La panacea penal otra vez?”, en *Criminal Justice Network* (2020). Disponible en: <https://www.criminaljusticenetwork.eu/es/post/la-ley-penal-como-respuesta-a-la-pandemia-en-chile-la-panacea-penal-otra-vez>.
- ESPIÑOZA, Olga y MARTÍNEZ, Fernando, “Políticas de reinserción post penitenciaria. Eliminación de antecedentes penales en Chile”, en *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, N° 1 (2007), pp. 117-134.
- FERRAJOLI, Luigi, “Jurisdicción y ejecución penal. La cárcel: una contradicción institucional”, en *Crítica Penal y Poder*, N° 11 (2016).
- FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA, “Índice Paz Ciudadana-Adimark 2004” (2004). Disponible en: <https://pazciudadana.cl/biblioteca/documentos/indice-paz-ciudadana-adimark-diciembre-2004/>.
- \_\_\_\_\_, “Índice Paz Ciudadana - Adimark 2016” (2016). Disponible en: <https://pazciudadana.cl/biblioteca/policias/indice-nacional-de-victimizacion-fundacion-paz-ciudadana-gkf-adimark-2016/>.
- \_\_\_\_\_, “Índice Paz Ciudadana. Resultados del año 2019” (2019). Disponible en: <https://pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2019/10/IPC-2019-Conferencia.pdf>.
- GALLO, Ermanno y RUGGIERO, Vincenzo, *Il carcere immateriale. La detenzione come fabbrica di hándicap*. Turín: Sonda (1989).
- GARLAND, David, *La cultura del control*, Barcelona: Gédisa (2001).
- \_\_\_\_\_, “The meaning of mass imprisonment”, en GARLAND, David (ed.), *Mass Imprisonment: Social Causes and Consequences*. Londres: Sage (2001), pp. 1-3.
- GENDARMERÍA DE CHILE, “Compendio Estadístico Penitenciario 2018” (2018). Disponible en: [https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/estadisticas/Compendio\\_Estadistico\\_Penitenciario\\_2018.pdf](https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/estadisticas/Compendio_Estadistico_Penitenciario_2018.pdf).
- GRAU, Nicolás y RIVERA, Jorge, “Abuso de la prisión preventiva y su impacto: empobrece a los pobres”, en *CIPER* (2018). Disponible en: <https://>

ciperchile.cl/2018/04/06/abuso-de-la-prision-preventiva-y-su-impacto-empobrece-a-los-pobres/.

HORVITZ, María Inés (2018), “La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza?”, en: *Polit. Crim.*, vol. 13, N° 26, pp. 904-951.

*El Mostrador*, “Piñera da a conocer principales propuestas de su eventual futuro fobierno”, 3.01.2010. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2010/01/03/pinera-da-a-conocer-sus-principales-propuestas-para-su-futuro-gobierno/>.

\_\_\_\_\_, “Elizalde a Chadwick: ‘Dedíquese a luchar contra la delincuencia, porque lo ha hecho mal’”. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2013/10/28/vocero-de-comando-de-michelle-bachelet-llama-al-gobierno-a-dejar-de-intervenir-en-la-campana/>.

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, “Estudio de las condiciones carcelarias en Chile 2018: diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos en la privación de libertad” (2018). Disponible en: <https://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/1704?show=full>.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS, “Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana (ENUSC), Resultados Comparados 2003-2005” (2006). Disponible en: <http://www.seguridadpublica.gov.cl/media/2014/10/Presentacion-Sintesis-Nacional-ENUSC-2005.pdf>.

\_\_\_\_\_, “XV Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana (ENUSC 2018)” (2018). Disponible en: [https://www.ine.cl/docs/default-source/seguridad-ciudadana/publicaciones-y-anuarios/2018/s%C3%ADntesis-de-resultados-xv-ensuc-2018.pdf?sfvrsn=11af55b6\\_2](https://www.ine.cl/docs/default-source/seguridad-ciudadana/publicaciones-y-anuarios/2018/s%C3%ADntesis-de-resultados-xv-ensuc-2018.pdf?sfvrsn=11af55b6_2).

\_\_\_\_\_, “Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana (ENUSC 2019)” (2019). Disponible en: [https://www.ine.cl/docs/default-source/seguridad-ciudadana/publicaciones-y-anuarios/2019/s%C3%ADntesis-de-resultados-xvi-ensuc-2019.pdf?sfvrsn=19167295\\_2](https://www.ine.cl/docs/default-source/seguridad-ciudadana/publicaciones-y-anuarios/2019/s%C3%ADntesis-de-resultados-xvi-ensuc-2019.pdf?sfvrsn=19167295_2).

LAPPI-SEPPALA, Tapio, “Trust, Welfare and Political Economy. Explaining Differences in Penal Severity”, en Tonry, M (edit.), *Crime and Justice: A Review of research*, vol. 37. Chicago: The University of Chicago Press (2008).

LARRAURI, Elena, *La herencia de la criminología crítica*, 2ª ed. Madrid: Siglo XXI (2000).

\_\_\_\_\_, “Populismo punitivo y cómo resistirlo”, en *Jueces para la Democracia* (2006), pp. 15-21.

- \_\_\_\_\_, “La economía política del castigo”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* Vol. 11, N° 06 (2009), pp. 1-22.
- LARROULET, P., “Cárcel, marginalidad y delito”, en: SILES, Catalina (ed.), *Los invisibles. Porqué la pobreza y la exclusión social dejaron de ser prioridad*. Santiago: Institutos de Estudios de la Sociedad (2017), pp. 157-194.
- LEASUR ONG, “Informe condiciones carcelarias: situación de las cárceles en Chile 2018” (2018). Disponible en: <https://leasur.cl/wp-content/uploads/2018/12/Informe-CC-Leasur-sin-logo.pdf>.
- LEÓN, Marco, “Los dilemas de una sociedad cambiante: criminología, criminalidad y justicia en Chile contemporáneo (1911-1965)”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 19 (2003), pp. 223-277.
- MAÑALICH, Juan Pablo, “El derecho penitenciario entre la ciudadanía y los derechos humanos”, en: *Derecho y Humanidades*, N° 18 (2011), pp. 163-178.
- MAUER, Marc, “The causes and consequences of prison growth in the United States”, en GARLAND, David (ed.), *Mass Imprisonment: Social Causes and Consequences*. Londres: Sage, pp. 4-14.
- MARSHALL, Pablo, “La privación de derecho a sufragio como castigo en la órbita del common law: análisis crítico”, en *Revista de Política Criminal*, vol. 14, N° 28 (2019), pp. 520- 521.
- MIRÓ, Fernando y BAUTISTA, Rebeca, “¿Por qué cumplimos las normas penales? Sobre la disuasión en materia de seguridad vial”, en *InDret Revista para el Análisis del Derecho* (2013).
- MORALES, Ana María, “La política criminal contemporánea: influencia en Chile del discurso de la ley y el orden”, en *Revista de Política Criminal*, vol. 7, N° 13 (2012), pp. 94-146.
- MORALES, Ana María; MUÑOZ, Nicolás; WELSCH, Gherman y FÁBREGA, Jorge, *La reincidencia en el sistema penitenciario chileno*. Santiago: Fundación Paz Ciudadana (2012).
- MORALES, Ana María y SALINERO, Sebastián, “Fundamento político-criminal y naturaleza jurídica de las penas alternativas en Chile”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 47, N° 2 (2020), pp. 513-541.
- NEW YORK TIMES, 11 de septiembre de 1964.
- OBSERVATORIO JUDICIAL, “Tribunal Constitucional, Ley Emilia y control de armas” (2020). Disponible en: <https://observatoriojudicial.org/tribunal-constitucional-ley-emilia-y-control-de-armas/>.
- PAGER, Devah, “The mark of a criminal record”, en *American Journal of Sociology*, vol. 108 (2003), pp. 937-975.

- PALMA, Mauro, “Epílogo: el caso italiano a partir de una sentencia piloto”. En RIVERA, Iñaki, *Descarcelación, Principios para una política pública de reducción de la cárcel (desde un garantismo radical)*, 1ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch (2017), pp. 205-231.
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general*, 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2004).
- Programa presidencial de Ricardo Lagos Escobar (1999). Disponible en: [www.archivochile.com/Gobiernos/gob\\_rlagos/de/GOBdelagos0002.pdf](http://www.archivochile.com/Gobiernos/gob_rlagos/de/GOBdelagos0002.pdf).
- Programa presidencial de Evelyn Matthei 2014-2018 (2013). Disponible en: <https://media.elmostrador.cl/2013/10/Programa-de-Evelyn-Matthei-Un-Siete-para-Chile.pdf>.
- Programa presidencial de Michelle Bachelet Jeria 2014-2018 (2013). Disponible en: [https://www.siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit\\_accion\\_files/siteal\\_chile\\_0655.pdf](https://www.siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_chile_0655.pdf).
- Programa presidencial de Alejandro Guillier 2018-2022 (2017). Disponible en: [https://www.servei.cl/wp-content/uploads/2017/09/Programa\\_Alejandro\\_Guillier\\_Alvarez.pdf](https://www.servei.cl/wp-content/uploads/2017/09/Programa_Alejandro_Guillier_Alvarez.pdf).
- Programa de Gobierno de Beatriz Sánchez 2018-2022 (2017). Disponible en: [https://www.frente-amplio.cl/sites/default/files/documentos/programa-beatriz\\_sanchez.pdf](https://www.frente-amplio.cl/sites/default/files/documentos/programa-beatriz_sanchez.pdf).
- Programa de Gobierno de Sebastián Piñera, año 2010 (2009). Disponible en: [http://200.6.99.248/~bru487cl/files/Programa\\_de\\_Gobierno\\_2010.pdf](http://200.6.99.248/~bru487cl/files/Programa_de_Gobierno_2010.pdf).
- Programa de Gobierno de Sebastián Piñera 2018-2022 (2017). Disponible en: <http://www.sebastianpinera.cl/images/programa-SP.pdf>, p. 134 y ss.
- Programa presidencial de José Antonio Kast, 2018-2022 (2017). Disponible en: [https://www.servei.cl/wp-content/uploads/2017/09/Programa\\_Jose\\_Antonio\\_Kast\\_Rist.pdf](https://www.servei.cl/wp-content/uploads/2017/09/Programa_Jose_Antonio_Kast_Rist.pdf).
- RIVERA, Iñaki, *Descarcelación. Principios para una política pública de reducción de la cárcel (desde un garantismo radical)*, 1ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch (2017).
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, 1ª ed. Traducción al español por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas (1997).
- SÁNCHEZ, Mauricio y PIÑOL, Diego, *Condiciones de vida en los centros de privación de libertad en Chile*. Santiago: Centro de Estudios de Seguridad Ciudadana de la Universidad de Chile (2015).

- SANHUEZA, Guillermo; BRANDER, Francisca y REISER, Lauren, “Encarcelamiento femenino en Chile. Calidad de vida penitenciaria y necesidades de intervención”, en *Revista de Ciencias Sociales*, vol. 3, N° 45 (2019), pp. 119-145.
- STIPPEL, Jorg, *Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile*, 1ª ed. Santiago: LOM (2006).
- TORRES, Luis, “Política criminal y derechos humanos en Chile: notas y desafíos actuales”, en: *Hors-série (mars 2015) Revue québécoise de droite internationale* (2015), pp. 15-28.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 17.07.2019, Rol 6163-2019.
- WACQUANT, Loic, “Deadly Symbiosis: When Ghetto and Prison Meet and Mesh”, en GARLAND, David (ed.), *Mass Imprisonment: Social Causes and Consequences*. Londres: Sage (2001), pp. 82-120.
- WILENMANN, Javier, “Neoliberal Politics and State Modernization in Chilean Penal Evolution”, en *Punishment & Society* 0 (0) (2019), pp. 1-22.
- ZIMRING, Franklin, “Imprisonment Rates and the New Politics of Criminal Punishment”, en GARLAND, David (ed.), *Mass Imprisonment: Social Causes and Consequences*. Londres: Sage (2001), pp. 145-149.
- ZIMRING, Franklin, *The Great American Crime Decline*. Oxford: Oxford University Press (2007).