

EL ROL DE LOS JUECES EN LA CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL Y EN EL ENCARCELAMIENTO DE LA POBREZA

THE ROLE OF JUDGES IN THE CRIMINALIZATION OF
SOCIAL PROTEST AND THE IMPRISONMENT OF POVERTY

SILVIO CUNEO NASH
UNIVERSIDAD CENTRAL DE CHILE

MARÍA FERNANDA OVALLE DONOSO
UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO

RESUMEN

El presente trabajo aborda dos aspectos diferentes de la operatividad de los tribunales de justicia. Primeramente, y como una cuestión bien puntual, analiza el rol de los jueces en la criminalización de la protesta social y en la impunidad de los crímenes de Estado a propósito del estallido social chileno iniciado el 18 de octubre de 2019. Luego, como una cuestión normalizada y menos episódica, se refiere a la selectividad de clases con la que opera el encarcelamiento en Chile y la responsabilidad que le corresponde al poder judicial en esta tarea discriminatoria.

ABSTRACT

This paper will address two different aspects of the operation of courts of law. Firstly, as a very specific matter, it analyses the judges' role in the criminalisation of social protest and in the impunity of the of State crimes in relation to the Chilean social explosion that began on October 18, 2019. Then, as a nomalised and and less frequent matter, it refers to the class selectivity with which incarceration operates in Chile and the responsibility of the judiciary in this discriminatory task.

PALABRAS CLAVES

JUSTICIA DE CLASE / ESTALLIDO SOCIAL /
ENCARCELAMIENTO DE LA MISERIA

KEYWORDS

CLASS JUSTICE / SOCIAL OUTBURST /
IMPRISONMENT OF POVERTY

Cada día se extiende más la imputación de que en Chile se administra una justicia de clase. Esto significa atribuir a los jueces una concepción unilateral de la justicia—puesto que la concebirían únicamente como aquello que es útil para el sostenimiento del status social vigente—y a la vez coloca a los tribunales en abierto antagonismo con todos los sectores, cada vez más amplios, que creen indispensables profundos cambios sociales. En la práctica, esto conduciría, además, a sostener que la justicia actúa al servicio de la clase dominante y que interpreta y aplica la ley con miras a favorecer a los grupos sociales que disfrutan del régimen económico-social vigente, en desmedro de los trabajadores, que constituyen en el país la más amplia mayoría

—Eduardo Novoa, *Justicia de Clase*, 1970.

Introducción

El epígrafe de Eduardo Novoa, lejos de perder vigencia, parece más pertinente que nunca. Sus palabras, escritas hace medio siglo, denunciaban entonces la operatividad del poder judicial en la defensa del status social, económico y político, como también el repudio por quienes luchaban por los cambios sociales. Esta operatividad, de ayer y de hoy, es una cuestión compleja que tiene profundas raíces psicológicas y que, en el fondo, no es más que la defensa de una posición de poder, una tutela clasista de los sectores más poderosos de la sociedad.

En el presente trabajo abordaremos dos aspectos diferentes de la operatividad de los tribunales de justicia. Primeramente, y como una cuestión bien puntual, analizaremos el rol de los jueces en la criminalización de la protesta social y en la impunidad de los crímenes de Estado a propósito del estallido social chileno iniciado el 18 de octubre de 2019. Luego, como una cuestión normalizada y menos episódica, nos referiremos a la selectividad de clases con la que opera el encarcelamiento en Chile y la responsabilidad que le corresponde al poder judicial en esta tarea discriminatoria. Se trata, como se comprenderá, de dos cuestiones distintas y que pueden tratarse de manera separada. Sin embargo, hemos decidido analizarlas conjuntamente en este trabajo, toda vez que ambos fenómenos—la

criminalización de la protesta social y el encarcelamiento de la pobreza—son manifestaciones de un régimen imperante en el que los que tienen poder buscan la forma de mantenerlo. Así, el sistema de justicia penal, lejos de actuar como un órgano que desentona en el concierto de la injusticia, armoniza con un funcionalismo que opera en sintonía con los poderosos y que hará lo posible por mantener los privilegios.

Dentro de toda una estructura compleja, son varios los engranajes que hacen de la justicia penal un aparato al servicio de intereses de grupos minoritarios. Parlamentarios que votan leyes que criminalizan indirectamente la pobreza y que incluso son presentadas como leyes que buscan proteger a los sectores más vulnerados, refuerzan ideas y estereotipos sociales o, respaldando concepciones declaradamente belicistas¹, desconocen la dignidad humana de enemigos de turno del poder político. Luego, y en sintonía con esta criminalización primaria, una policía abusiva y con criterios selectivos bien precisos, detiene, controla y, en casos cada vez menos aislados, tortura a las personas que revisten las características del enemigo. El silogismo que emana del principio de legalidad, según el cual el delincuente se adecua al tipo penal descrito en la norma, se reemplaza por una mera adecuación estereotípica.

Normalmente se critica, con razón, el populismo punitivo de la clase política que, en forma más o menos homogénea y transversal, legisla para que fácilmente se encarcelen los crímenes que suelen cometer hombres que viven en sectores marginados. Disfrazada de una igualdad que busca ser especialmente dura con un tipo de violencia física, se trata con especial cuidado y pleitesía a la criminalidad de cuello blanco que no requiere del uso de una violencia sucia y fea según criterios estéticos y sensibilidades actuales. Tras una

¹ La misma utilización de la idea de "Guerra" a veces viene heredada de políticas criminales estadounidenses, como la conocida "Guerra contra las Drogas" iniciada por Nixon y Reagan y, en casos más particulares, con una reconocida intención política, como la funesta y recordada declaración del presidente Piñera que señaló estar en guerra contra un enemigo poderoso el día después del inicio del estallido social.

alimentación mediática, la percepción social y los prejuicios coinciden con esta apreciación legislativa que, como siempre, refuerza la distinción del mundo entre *nosotros* y *los otros*. Mientras se sataniza la imagen del criminal vulgar que usa violencia física, los grandes autores de delitos tributarios, al no responder al estereotipo repudiado, no parecen merecedores de castigos que impliquen el encierro. Sin importar el verdadero daño social, pensamos en los grandes desfalcos financieros o en enormes delitos medioambientales como errores de caballeros. La etiqueta de delincuente no alcanza a los autores de crímenes en los que no se usa un tipo determinado de violencia física, puesto que no son los efectos del delito los que determinan el castigo sino la forma de ser del autor del mismo. Los prejuicios lombrosianos, lejos de estar superados, nutren este sistema selectivo, racista, clasista e inhumano. Curiosamente, y como veremos más adelante, tampoco se sanciona, salvo poquísimas excepciones, la violencia criminal ejercida por policías en contra de las personas que se manifiestan.

Asimismo, la selectividad clasista del sistema penal se expresa aún más allá de la pura elaboración de la legislación en el ámbito de la interpretación y aplicación de las normas. La categórica pretensión de perseguir la violencia decae cuando un sujeto que ostenta una posición de poder actúa en defensa de los intereses de las clases dominantes sirviéndose de igual o mayor violencia física. La justicia, en este sentido, es clasista no ya indirectamente a través de la selección penal de ciertas conductas atribuidas a las clases bajas, sino que lo es directamente, en tanto se administra de una u otra manera según el tipo de persona de la que se trate. Así, lo determinante no es tanto el uso de medios violentos, sino quién los usa. Tratándose del pobre y del molesto, la violencia vulgar viene repudiada sin tapujos por el sistema judicial. Ahora, cuando son las capas dominantes, y su brazo armado, quienes utilizan la fuerza, el rigor de la ley transmuta en condescendencia. Lo anterior se muestra con claridad en el ámbito de los delitos cometidos por agentes estatales, a los que se hará referencia en el presente artículo, pero no sólo en tales casos. Puede recordarse

el caso de seis ciudadanos de la clase alta del país, simpatizantes de extrema derecha, vinculados al tráfico de un arma de guerra AK-47 durante el periodo estallido social, a quien se formalizó sin invocar legislación excepcional y en audiencia reservada, tras la cual sólo dos de ellos quedaron en prisión preventiva, sin haber condenas hasta ahora. Otro caso es el de un ciudadano formalizado por homicidio frustrado, tras disparar un arma de fuego contra los manifestantes, a quien en primera instancia se impuso prisión preventiva que fue posteriormente revocada por la Corte de Apelaciones de Santiago. Asimismo, puede pensarse en las agresiones de pies, puños y bates de béisbol sufridas por un periodista adherente al movimiento social mientras cubría una péquela manifestación de los sectores conservadores. Ninguna persona que participó de dicha agresión estuvo en prisión preventiva ni ha sido condenada. En suma, aunque ciertas conductas se encuentren tipificadas con pretensión de objetividad, el sistema penal no se activa de la misma manera ni responde con igual vehemencia a la violencia física ejercida desde ciertas posiciones, pese a que aquellas violencias resultan particularmente graves.

Por otro lado, los operadores del sistema penal se inventan mecanismos e ideas que niegan lo evidente con argumentos tipo: *Para los presos, por su propio origen social y su costumbre, el hacinamiento y las insalubres condiciones de la cárcel no resultan esencialmente distintas a sus condiciones normales de vida.* Incluso, operadores judiciales sintiéndose progresistas, con explicaciones tan simplistas como mentirosas, limpian sus conciencias sosteniendo que la delincuencia, y en especial el narcotráfico, afecta duramente a los sectores pobres de la población. Por ende, el endurecimiento penal y el relajamiento de las garantías procesales puede incluso justificarse al resultar un mecanismo protector de los más desvalidos.

Los prejuicios señalados, queriendo ser más que una simple construcción mediática, se refuerzan a través de instituciones aparentemente científicas que, blindadas por miembros de la élite

política y con cuantiosos financiamientos, pretenden mostrarse como centros de estudios que, con un lenguaje lleno de tecnicismos, luciendo gráficos y estudios, respaldan “académicamente” dichos prejuicios, reproduciéndolos y alimentándolos. En Chile dicho espacio lo colma la Fundación *Paz Ciudadana* como ente pseudo-científico que se presenta como un centro de estudios de la delincuencia². Su presidente y fundador, Agustín Edwards, un especialista en el montaje de realidades, fue condenado por el Colegio de Periodistas por el montaje realizado por su diario durante el gobierno de Salvador Allende, que buscaba desestabilizar la democracia chilena y luego por negar las masivas violaciones a los derechos humanos perpetradas por la dictadura. Llegada la democracia, Edwards creó *Paz Ciudadana* para continuar con sus maquinaciones. Con un trabajo llevado a cabo más por publicistas que por criminólogos, y copiando fórmulas estadounidenses, creó una realidad sobre la delincuencia donde estigmatizaba al delincuente como un hombre pobre, rudo, vulgar, feo, sucio y malo. Entre los integrantes de dicha fundación se encuentran políticos de las dos coaliciones que detentan el poder y también autores de cuantiosos crímenes como Carlos Délano.³ Esta integración sirve también para explicar su predilección por una delincuencia callejera y “flaite”⁴ con total omisión a los delitos de cuello blanco. *Paz Ciudadana*, como ente impulsor de las alteraciones penales y procesal-penales que aumentan el punitivismo, no sólo cuenta entre sus filas a reconocidos partidarios de la dictadura y caricaturas del punitivismo, como el actual Ministro de Defensa, el pinochetista Alberto Espina. Dada la rentabilidad electoral del punitivismo, ex socialistas como Ricardo Lagos y Sergio Bitar también integran dicha fundación y no dudan en criminalizar la pobreza en Chile para así mantener sus cuotas de poder. De la mano

² Al respecto, véase Ramos y Guzmán (2000).

³ Carlos Délano es un empresario chileno, militante de la Unión Demócrata Independiente (partido político de derecha vinculado al ex dictador, Augusto Pinochet) y socio fundador del grupo Penta. En 2018 fue condenado por delitos tributarios.

⁴ Término chileno que se utiliza para mencionar a las personas pobres, con poca educación, de malas costumbres y socialmente inadaptadas.

de *Paz Ciudadana*, nuevas leyes, en la ruta progresiva al autoritarismo penal, han sido votadas mayoritariamente por el Congreso Nacional.

A la crítica que se le hace a la clase política por su utilización del derecho penal como instrumento selectivo y clasista de control político y social, se añade aquella referida al actuar de las policías, que acrecientan la selectividad en sintonía con las intenciones subrepticias que la clase política materializa en sus leyes punitivas. Por su parte, el Ministerio Público, en su rol de ente persecutor y muy en sintonía con la justicia de clase, divide la persecución penal, no tanto en base al daño social o en el atentado a un bien jurídico determinado, sino atendiendo, casi exclusivamente, a si el imputado responde o no al estereotipo de delincuente. Sólo entendiendo el clasismo y la selectividad del ente persecutor podemos explicar por qué tanta benevolencia con políticos, empresarios y agentes del Estado en delitos graves a quienes ofrece salidas que no suponen el encarcelamiento, llegando incluso a situaciones tan insoportables como ridículas como acordar penas para autores de millonarios delitos tributarios que suponen, entre otras cosas, la obligatoriedad de seguir clases de ética⁵. Por otra parte, tratándose de delincuentes que responden al estereotipo, no dudan en pedir el encarcelamiento, como pena directa o en su forma de prisión preventiva, incluso inventando antecedentes, para autores de delitos menos graves⁶.

⁵ El ya mencionado Carlos Délano, junto a Carlos Eugenio Lavín, ambos controladores del grupo Penta, fueron condenados por multimillonarios delitos tributarios a penas no privativas de libertad que incluyen la obligatoriedad de asistir a clases de ética.

⁶ Tristemente ejemplar es el caso de un abogado del Ministerio Público de Valparaíso quien, solicitando la mantención de la prisión preventiva de un ladrón callejero de teléfonos celulares, inventó ante la Corte de Apelaciones que el imputado habría sido formalizado por un nuevo delito de robo por sorpresa. Con este nuevo antecedente el abogado asesor del Ministerio Público hizo ver a los ministros de la Corte que el imputado seguía robando y que su libertad, en tiempos de pandemia, podía constituir un peligro para la sociedad libre. Con este nuevo antecedente, que no corresponde a la realidad y que es sólo un invento del abogado del Ministerio Público, la Corte mantuvo la prisión preventiva sin considerar que se vivían tiempos de pandemia y que el imputado presentó certificados médicos que daban cuenta de que padecía asma, lo que lo hacía muy vulnerable en caso de contraer el virus. La situación, aunque normalizada, evidencia la falta de empatía hacia el imputado pobre. Un hecho que no es baladí, y que puede explicar el porqué del actuar del abogado del Ministerio Público, es que este imputado ya tenía historial desde su adolescencia y había sido sancionado anteriormente por robos. En términos coloquiales podríamos sostener que este imputado fue hace no pocos años un niño SENAME, para quienes la cárcel se presenta como el futuro natural, tal como lo es la Universidad para los hijos de profesionales. Por su parte, los problemas de salud del imputado y una posible muerte por COVID puede ser percibida por muchos,

Todo lo que hemos señalado no necesariamente se explica como el resultado de una política perversa ejercida conscientemente por parte de quienes ejercen el poder. Cuestiones inconscientes e irracionales también cumplen un rol fundamental a la hora de implementarse políticas criminales, las que muchas veces son el resultado de improvisaciones simplonas de la clase política ante una distorsión mediática de la real relevancia de un tipo de delincuencia.

Como suele suceder en los complicados fenómenos sociales, las causas son complejas y la división de las mismas, aunque ofrezca muchísima utilidad pedagógica, resulta siempre un poco falsa porque divide una maraña de interrelaciones que operan en bloque como un todo. De esta manera, tanto en el encarcelamiento masivo como en la criminalización de la protesta social influyen múltiples factores y actores. Así, la televisión y la prensa—generalmente tendenciosas—las percepciones distorsionadas mediáticamente, los políticos populistas, policías, fiscales, jueces y gendarmes, son algunos de los múltiples engranajes de un sistema funcional a los grupos de poder.

Este trabajo, más que centrarse en las críticas a la clase política o al actuar de las policías en la selectividad y el elitismo penal, analizará el rol que le cabe al poder judicial en la utilización del derecho penal como instrumento defensor de intereses políticos y de clase y que, so pretexto de condenar un tipo específico de violencia, extiende la utilización del encarcelamiento incluso para personas que no han sido condenadas, a través del encarcelamiento de imputados en la conocida forma de prisión preventiva. Primeramente, nos detendremos en el rol del poder judicial en el estallido social, tanto en la criminalización de la protesta como en la impunidad de los agentes del Estado que han violado sistemáticamente los derechos humanos. Luego, saliendo del contexto específico más reciente, intentaremos

incluido el abogado de fiscalía, como un mal necesario, o incluso como una forma material de poner fin a la vida de quien sólo representa una lacra social. Los antecedentes fueron denunciados a la Fiscal Regional de Valparaíso, pero hasta ahora no hemos recibido respuesta de dicha denuncia. (Causa Rol ICA de Valparaíso número 1179-2020, los antecedentes falsos fueron presentados en alegato de 4 de junio de 2020).

mostrar cómo los jueces utilizan la prisión, cual mecanismo de gestión de la pobreza, con los mismos criterios clasistas denunciados por Eduardo Novoa hace medio siglo. Por último, y como parte del análisis del encarcelamiento masivo en Chile, haremos mención a la situación de las mujeres privadas de libertad y las nefastas consecuencias que eso supone para sus hijos e hijas.

El estallido social

Se denomina *estallido social* al periodo de protestas llevadas a cabo en Chile desde el 14 de octubre de 2019 desencadenadas por el aumento en 30 pesos chilenos sobre el pasaje del metro. Fueron los estudiantes quienes activaron el movimiento llamando a evadir masivamente el pago del transporte como muestra clara de solidaridad de clase con sus familias y los trabajadores. A partir de este detonante, el *estallido* alcanzó sus dimensiones como expresión del descontento de un pueblo, acumulado durante décadas de abusos sistemáticos por parte de la clase política y del poder económico tras la “vuelta a la democracia”, en el contexto de un sistema fuertemente desigual y excluyente. De allí, el eslogan surgido del movimiento social fue “no son 30 pesos, son 30 años”, demostrando un cuestionamiento claro al régimen económico y político en su conjunto.

El 18 de octubre se realizó una jornada de evasión masiva en el metro de Santiago, dejando decenas de estudiantes heridos por perdigones. Cerca de veinte estaciones de metro se vieron afectadas o quemadas esa noche, anunciándose por el gobierno la presentación de querrelas en invocación de la Ley de Seguridad Interior del Estado.⁷ Si bien hasta hoy se desconocen los partícipes de estos hechos e

⁷ La Ley de Seguridad Interior del Estado fue dictada en 1958, bajo la presidencia de Carlos Ibáñez del Campo, un año después de la gran insurrección popular de abril de 1957 en Valparaíso, Concepción y Santiago: masiva, espontánea y gatillada también por un aumento en los precios del transporte público. La dictadura encabezada por Pinochet la reformó y reforzó considerablemente y subsiste en el ordenamiento jurídico chileno junto a la Ley Antiterrorista de 1984, más como una trinchera que como una Ley. Cortés Morales, J., “Los presos políticos de la revuelta y la prisión política”, en *Rebellion*, 2020.

incluso la forma misma en que se desarrollaron⁸, lo cierto es que dichos incendios fueron un símbolo potente para que el gobierno apelara a un estado de excepción y sustentara el discurso de guerra al que recurriría posteriormente.

Al día siguiente, Sebastián Piñera decretó inmediatamente estado de excepción constitucional (estado de emergencia) y, el General Iturriaga, toque de queda en diferentes ciudades, el cual extendió a nuevas regiones y ciudades el día 20 de octubre. Nótese que la constitucionalidad de tales actuaciones fue duramente cuestionada por varios constitucionalistas,⁹ por cuanto el presidente no habría delegado las facultades que le confiere la Constitución, de modo que todas las decisiones tomadas por el General Iturriaga, incluyendo el toque de queda, habrían sido *de facto*.

El día 20 de octubre, Piñera anunció al país que “*estamos en guerra contra un enemigo poderoso, implacable, que no respeta a nada ni a nadie y que está dispuesto a usar la violencia y la delincuencia sin ningún límite*”.¹⁰ Lejos de constituir una frase desafortunada, estas palabras explicitan el posicionamiento bélico adoptado por el gobierno frente a un conflicto de carácter social: en un escenario de guerra, al enemigo no se le conversa, se le destruye. En efecto, el poder ejecutivo no se dispuso al diálogo sino a demostrar que utilizaría toda la violencia de la que el Estado es capaz para reprimir a quienes se manifestaban en contra del régimen económico y político imperante. Así, los sujetos molestos, a partir del discurso belicista, fueron identificados

⁸ Hasta ahora, llama la atención la escasa cantidad de personas vinculadas a estos hechos, sobre todo considerando que se desarrollaron en un lugar público altamente vigilado con cámaras de seguridad, así como también resulta confusa la información respecto a la forma en que se desarrollaron los hechos, pues indagaciones sobre el origen del fuego indicaron que ciertos focos se originaron desde lugares de acceso restringido. Ver *El Mostrador*, 27/10/2019. “Fiscal revela que quema a estaciones de Metro se iniciaron en lugares de acceso restringido”, *El Mostrador*.

⁹ Sobre el particular, véase Televisión del Senado [TV Senado Chile]. 23/10/2019. Comisión de Derechos Humanos—23 de octubre 2019 [Archivo de video]. Recuperado de <http://bcn.cl/2bxkp> (Minuto 20:10); y Álvez, A., Bassa, J., Charney, J., Coddou, A., Contesse, J., Contreras, P., Guiloff, M., Irrazábal, P., Lorca, R., Lovera, D., Muñoz, F., Sferrazza, P., Soto, P., Valdivia, J. M., Viera, C. Informe en derecho. Inconstitucionalidades e ilegalidades en el marco de los estados de emergencia declarados por el presidente de la República y de las conductas de los jefes de la defensa nacional, 2019.

¹⁰ *BBC Mundo*, 22/10/2019. Protestas en Chile: “Estamos en guerra”, la frase de Piñera que se le volvió en contra en medio de las fuertes manifestaciones.

claramente como “enemigos”, caracterizándolos a partir de conocidas categorías utilizadas en los discursos de guerra: el extranjero, el narcotraficante, el anarquista.¹¹ Incluso se buscó la criminalización de adolescentes por las evasiones masivas del metro, a veces acompañadas de ciertos daños a las instalaciones, las cuales fueron calificadas por el Subsecretario del Interior Rodrigo Ubilla como “delincuencia pura y dura”¹².

En cambio, el poder demostró repetidas veces su intención de favorecer la impunidad de los agentes estatales. En noviembre, se filtró un audio en el cual el General Director de Carabineros aseguraba a los funcionarios de su institución: “*a nadie voy a dar de baja por procedimiento policial. Aunque me obliguen no lo voy a hacer*”¹³. Durante el mismo mes, Piñera envió al congreso una iniciativa legislativa que permitiría al presidente otorgar facultades a las Fuerzas Armadas de custodiar el orden público aún sin necesidad de declararse un estado de excepción constitucional, iniciativa que contemplaba una polémica cláusula que relativizaría los requisitos exigidos para la configuración de la legítima defensa a favor de los funcionarios.

Al mismo tiempo, el gobierno desatendió y relativizó las vulneraciones sistemáticas y generalizadas a los derechos humanos. Así lo muestran las reacciones ante los resultados presentados por diversos organismos internacionales en informes sobre violaciones a derechos humanos desarrollados durante sus visitas a Chile. Amnistía Internacional observa, entre otras cosas, la violenta represión desplegada por parte de Carabineros y concluye que, al respecto, habría responsabilidades al más alto nivel. Al día siguiente, tanto el

¹¹ En entrevista a *CNN* en español, a través del programa “Oppenheimer Presenta”, en diciembre Piñera acusa intervención de gobiernos extranjeros, de narcotraficantes y de anarquistas en el escenario nacional, además de producción de una campaña de desinformación, noticias falsas y montajes contra su gobierno. Oppenheimer Presenta [oppenheimerpresenta]. 25/12/2020. “La ola de protestas sociales” – Oppenheimer Presenta #1945.

¹² Esto, siendo que la evasión resulta ser a lo sumo una falta cuando es cometida por adultos y, tratándose de menores, amerita como mucho una sanción leve por parte de un Tribunal de Familia. Cortés Morales, *op. cit.*

¹³ *EMOL*. “Filtran audio de general Rozas: “A nadie voy a dar de baja por procedimiento policial. Aunque me obliguen no lo voy a hacer”, 13/11/2020.

gobierno como el Ejército de Chile rechazan sin más, pero categóricamente, los hallazgos de dicho informe. *Human Rights Watch* condena especialmente el armamento utilizado por Carabineros en la represión, instando a la utilización de medios menos lesivos, pero, dos días después, Piñera anuncia el mencionado proyecto que habilitaría a las Fuerzas Armadas custodiar el orden público, con armas de guerra. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos reprobó el uso excesivo de la fuerza en el contexto de las protestas, la política represiva y la criminalización de las demandas sociales. Sin embargo, el mismo día, el Congreso discutió y aprobó la denominada ley “antisaqueos” y “antibarricadas”, patrocinada por el ejecutivo, con lo que se criminaliza la protesta y la organización social. El informe de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU fue, inesperadamente, el más lapidario de todos. Además de reconocer, como los anteriores, el uso excesivo e innecesario de la fuerza que resultaron en la privación arbitraria de la vida, en lesiones, torturas, malos tratos, violencia sexual y detenciones arbitrarias, da cuenta de ejecuciones extrajudiciales y de que existe una inmensa cantidad de niños, niñas y adolescentes afectados por las violaciones a derechos humanos¹⁴. El gobierno recibió el documento, pero no sin antes cuestionar la información de base utilizada por los funcionarios del Alto Comisionado.

Estos escuetos antecedentes permiten ilustrar cómo el poder político actuó reclamando mayores espacios y menores limitaciones, enfrentando abiertamente, con violencia desnuda y desprovista de cualquier piso de legitimidad, a todo aquel que osare posicionarse en su contra, justificándose el uso de la fuerza y la invocación de legislación excepcional mediante un discurso belicista y, a la par, menospreciando las graves violaciones a derechos humanos cometidas.

¹⁴ Nash, C.: “Informe ONU: inesperadamente, el más completo y lapidario para el gobierno”, en *CIPER-Chile*, 2019.

Considerando lo anterior, una revisión de la actividad judicial en este contexto permite cuestionar la independencia del poder judicial e identificar la clara utilización del derecho penal y el encarcelamiento en contra de enemigos políticos. En efecto, la judicatura no se posicionó precisamente como garante de la legalidad, sino que se puso, en los hechos, al servicio de intereses políticos: según el tipo de imputado al que enfrenta, el poder judicial ha exagerado o bien atenuado el rigor punitivo respecto del que jurídicamente correspondería aplicar, por lo que sostenemos que éste no ha velado tanto por la salvaguarda del ordenamiento jurídico, sino más bien por el mantenimiento a toda costa del sacralizado orden *político*, que, como tal, enfrenta enemigos *políticos* y no a meros infractores de ley. Administrando una justicia clasista, se olvidó—en el mejor de los casos—de que, sobre todo en periodos de anormalidad, la labor judicial es el último eslabón de contención frente a los abusos del poder y, en definitiva, el garante final de las condiciones que permiten considerar a un orden como democrático. Así, se perfiló como mano ejecutora de las políticas de guerra contra el “enemigo poderoso” y de las promesas de impunidad vertidas por las máximas autoridades. Tal imputación no se realiza de forma antojadiza, sino que resulta de la revisión de ciertos aspectos objetivos que permiten razonablemente formularla. A continuación, se revisarán algunas cifras que dan cuenta de la utilización de la prisión preventiva con fines políticos (a), de la impunidad con que se favorecen, en cambio, los crímenes de Estado (b) y de la aquiescencia que mostró el poder judicial respecto de actuaciones ilegales y/o arbitrarias del gobierno y otros funcionarios estatales (c).

a) Utilización de la prisión preventiva con fines políticos

Según datos del poder judicial,¹⁵ entre el 18 de octubre de 2019 y el 17 de enero de 2020, se solicitó la prisión preventiva de 6.347

¹⁵ DECS, (2020), “El rol del Poder Judicial en el conocimiento de las acciones judiciales relacionadas al estallido social”. Dirección de Estudios Corte Suprema.

imputados (aproximadamente el 7% del total), de las cuales un 84,6% fue concedida y un 15,4% rechazada. Nótese que en varios casos las prisiones preventivas concedidas lo fueron sin haber sido solicitadas por el órgano encargado de la persecución penal (Fiscalía) sino por el gobierno, mediante sus querellantes¹⁶. Los mismos datos publicados muestran que, en comparación con el periodo anterior (año 2018), los delitos que presentaron mayor aumento son aquellos que pudieron haberse motivado y producido en contexto de *estallido social*, generalmente con penas asociadas de baja gravedad, como robo en lugar no habitado a propósito de los “saqueos” (+113,6%), desórdenes públicos (+4.433,9%), maltrato de obra a Carabineros (+28%), daños simples (+8,1%) y receptación del artículo 456 bis A (+1,3%). En cambio, disminuyeron ostensiblemente el hurto falta (-49%), el robo por sorpresa (-40%), el microtráfico (-39%) y el robo con intimidación (-33%).

La cantidad de solicitudes de prisión preventiva acogidas por los tribunales para los hechos que pudieron haberse motivado y cometido en el contexto de *estallido* fue altísima: robo en lugar no habitado (85,85%); desórdenes y alteración al orden público (83,82%); receptación (87,25%); faltas y delitos de daños (86,86%)¹⁷. Debe considerarse que estos hechos, en sí mismos, no tienen penas asociadas de alta intensidad, sino de carácter pecuniario o penas “cortas” privativas de la libertad, sustituibles por sanciones menos

¹⁶ Hasta el 7 de julio de 2020, el gobierno habría presentado acciones judiciales contra a 3.274 personas incluidas en 1.914 querellas y, de ellas, un 55% (1.054) se basan en la Ley de Seguridad Interior del Estado. Ver, Weibel Barahona, M.: “Balance penal del estallido: Fiscalía investiga a 466 agentes del Estado y gobierno acusa a 3.274 personas de cometer actos violentos”, en *CIPER*, 15/07/2020.

Quizá la situación más evidente de la intromisión del ejecutivo en las decisiones de los tribunales de justicia la constituye la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago que, enmendando la decisión del juez de garantía que no había decretado la prisión preventiva de los miembros de la “primera línea” en las protestas del estallido social, encarceló en masa a diversos participantes de protestas en Santiago sin cumplir con los requisitos establecidos en la ley. En efecto, apartándose de principios básicos de proporcionalidad y racionalidad, el ejecutivo, a través de sus abogados querellantes, consiguió que un tribunal de segunda instancia impusiera la prisión de los manifestantes. Al respecto, señala el académico Claudio Nash, que la Corte no podía invocar que los detenidos eran un peligro para la sociedad, sin fundamentar caso a caso. Asimismo, Nash considera que el gobierno presionó para conseguir ese fallo, el cual constituye una muy mala señal sobre el rol de la Justicia en tiempos en que Chile vive una grave crisis de derechos humanos.

¹⁷ Datos obtenidos mediante respuesta N°4940/2020 del Poder Judicial, originada en solicitud de acceso a la información N° NR001T0004940, en virtud de Ley N° 20.285 (Ley de Transparencia).

gravosas. Los “saqueos” a establecimientos comerciales (robo en lugar no habitado, del art. 442 del Código penal) representan una de las figuras protagonistas con mayor penalidad, la cual va de 541 días a 5 años. Por su parte, los desórdenes públicos (art. 269) son castigados con 61 a 540 días. La penalidad asociada a la receptación (art. 456 bis A) va de 61 días a 5 años y multa de cinco a cien UTM¹⁸. Los daños, dependiendo de su cuantía, pueden implicar desde una falta castigada con pena de multa, hasta un delito de daños calificados, cuando éstos sean superiores a 40 UTM y además concurren ciertas circunstancias especiales (art. 485), caso para el cual la pena prevista se extiende desde los 541 días a los 3 años y multa de once a veinte UTM. En cualquier caso, estas penas son sustituibles, ya sea por trabajos en beneficio de la comunidad, remisión condicional de la pena, reclusión domiciliaria, libertad vigilada o libertad vigilada especial y no es posible a partir de la sola consideración de su gravedad justificar la procedencia de la prisión preventiva. O, al menos, no sin incorporar, consciente o inconscientemente, consideraciones políticas.

Señal de lo anterior es que, con el objeto de entregar un contundente mensaje a la población, el gobierno ha pretendido aumentar la gravedad de tales hechos mediante la aplicación de la Ley de Seguridad Interior del Estado, la cual sólo se puede explicar en referencia a consideraciones netamente políticas. Un ejemplo de ello es el caso de un profesor que estuvo encarcelado casi dos meses por haber pateado un torniquete de una estación de metro en Santiago, lo que eventualmente podría constituir un delito de daños simples que, no siendo crimen, no acarrea en principio la posibilidad de aplicar penas privativas de la libertad y, con ello, tampoco debiesen ser aplicables medidas cautelares de tal naturaleza. Menos aun considerando que podrían asistirle las circunstancias atenuantes de irreprochable conducta anterior, reparación celosa del mal causado

¹⁸ UTM (Unidades Tributarias Mensuales). A la fecha, 1 UTM = 50.372 pesos chilenos = 64,23 dólares estadounidenses.

y/o colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos (circunstancias contempladas en el artículo 11, números 6, 7 y 11 del Código penal, respectivamente), lo que lo posicionaba como excelente candidato a cumplir una pena en libertad, por lo que la prisión preventiva por más de dos meses resulta absurdamente desproporcionada. Otro ejemplo es el de tres jóvenes acusados de hacer una “barricada” sobre la línea del metro—lo que constituiría un delito tipificado en el artículo 105 de la Ley de Ferrocarriles, cuya pena va de 61 días a 3 años—que quedaron en prisión preventiva incluso sin tener antecedentes penales, en atención a su carácter de “lautarinos”, es decir, a su condición de militantes de la organización política Movimiento Juvenil Lautaro. La Corte de Apelaciones de San Miguel avaló la decisión más de una vez y actualmente han sido reformatizados por los mismos hechos, pero en aplicación de la Ley de Seguridad Interior del Estado.

En suma, se reaccionó contra personas consideradas como una amenaza para el poder político y económico, a quienes, sin embargo, sólo correspondería imputar delitos de consecuencias más bien leves. Lo importante fue activar todo el aparato punitivo contra peligrosos saqueadores de supermercados, bárbaros antisociales que alteraban el orden público y jóvenes extremistas que dieron fuertes puntapiés a instalaciones de metro indefensas. En verdad, la prioridad fue reprimir y perseguir a las clases populares y a los enemigos políticos que se manifestaban y generaban molestias o daños exiguos en contexto de protesta social.

b) La impunidad con que se favorecen los crímenes de Estado

Desde el inicio de las manifestaciones sociales en el país y hasta el 30 de noviembre pasado¹⁹, las víctimas por violaciones a derechos humanos que conoció el Ministerio Público ascendieron a 5.558 (entre ellas, 834 niños, niñas y adolescentes). Entre los delitos

¹⁹ Ministerio Público. Informe Estadístico Anual 2019. División de Estudios, Fiscalía Nacional.

cometidos por agentes del Estado, 4.158 denuncias se relacionan al delito de apremios ilegítimos, 1.038 corresponden a abusos contra particulares, 134 son casos de torturas. Del total de víctimas, 4.170 personas denunciaron a Carabineros como los responsables de la violencia institucional y 294 funcionarios de la institución habían sido individualizados. Se registra el fallecimiento de 31 personas en el contexto de estas protestas, todas actualmente con investigación abierta a cargo de la Fiscalía de Chile. En cuatro de estos casos, la muerte se atribuye a agentes del Estado, mientras que al menos otras dos personas fallecieron mientras se encontraban bajo custodia del Estado. Para el 15 de junio de 2020, según cifras aportadas por CIPER, las denuncias por violaciones a derechos humanos ascendieron a 8.510, incluyendo denuncias originadas en las protestas por pérdida de ingresos y ausencia de ayuda estatal en medio del confinamiento por la pandemia.

Según estadísticas del poder judicial²⁰, entre el 18 de octubre y el 31 de diciembre de 2019, sólo se habían judicializado 1.549 casos de delitos “contra derechos humanos” (apremios ilegítimos, torturas, detenciones ilegales, crímenes de lesa humanidad y genocidio). El delito imputado más frecuente fue el de apremios ilegítimos cometidos por empleados públicos del artículo 150 D del Código penal (69%), seguido por los delitos de torturas del art. 150 A (23,7%), detenciones ilegales del art. 148 (2,8%), apremios ilegítimos con abuso sexual o violación u otros del art. 150 E N° 2 (1,7%) y torturas con violación, abuso sexual agravado y otros del art. 150 B N° 2 (0,7%). A pesar de lo anterior, al 30 de noviembre sólo 38 funcionarios habían sido formalizados²¹. Al día de hoy, según datos obtenidos por CIPER, sólo el 9,4% del total (800 denuncias) se han concretado en querrelas²². Cabe notar que el número de casos judicializados y de funcionarios formalizados, en relación con el número de denuncias

²⁰ DECS (2020), “El rol del Poder Judicial en el conocimiento de las acciones judiciales relacionadas al estallido social”. Dirección de Estudios Corte Suprema.

²¹ Ministerio Público. Informe Estadístico Anual 2019. División de Estudios, Fiscalía Nacional.

²² Weibel Barahona, M.: “Balance penal del estallido: Fiscalía investiga a 466 agentes del Estado y gobierno acusa a 3.274 personas de cometer actos violentos”, en CIPER, 15/07/2020.

efectuadas, evidencian la lentitud con la que ha operado el Instituto Nacional de Derechos Humanos respecto de la presentación de querrelas y activación de procesos judiciales y la insatisfactoria actuación desplegada por el Ministerio Público en la persecución de los crímenes más graves para una democracia.

No fue posible acceder, mediante solicitud de información en virtud de la “Ley de Transparencia”, a información acerca del número de prisiones preventivas solicitadas, concedidas y rechazadas para funcionarios del Estado por delitos vinculados a violencia institucional²³. Sin embargo, a partir de los datos que el poder judicial sí aportó es posible extraer información referente a los delitos de apremios ilegítimos y torturas, que sugieren la cualificación del sujeto activo. Al respecto, se concedieron 20 prisiones preventivas entre octubre y diciembre de 2019, mas, en el mismo periodo, en 10 oportunidades los tribunales superiores revocaron prisiones preventivas concedidas a agentes del Estado por tales delitos²⁴. Conviene hacer presente que las medidas de prisión preventiva para uniformados se realizan en condiciones absolutamente distintas que la de los demás presos, en establecimientos especialmente preparados al efecto y no en recintos penitenciarios.

La actitud punitivista adoptada por jueces y juezas contra ciudadanos que son considerados una amenaza para el orden institucional contrasta fuertemente con la impunidad con que se ha visto beneficiado el actuar represivo de las Fuerzas de Orden y Seguridad y las Fuerzas Armadas, sobre todo considerando que los delitos vinculados con vulneraciones a derechos humanos son quizás

²³ Se solicitó información al Ministerio Público y al Poder Judicial, más ninguna institución “pudo” entregarla. El Ministerio Público se negó arguyendo que los datos no se encontraban disponibles o desagregados en su sistema y que sistematizarlos implicaría distraer indebidamente a los funcionarios de sus tareas. El poder judicial, por su parte, informó que no existe forma de identificar si los imputados en prisión preventiva por delitos vinculados a violencia institucional son funcionarios o no.

²⁴ Datos obtenidos mediante respuesta N°4940/2020 del Poder Judicial, originada en solicitud de acceso a la información N° NR001T0004940, en virtud de Ley N° 20.285 (Ley de Transparencia).

los más graves en una comunidad democrática y que su penalidad es notablemente superior²⁵.

La presión del gobierno y las autoridades pertenecientes al poder ejecutivo fue evidente: la máxima autoridad de Carabineros señala que no removerá a ningún funcionario, aunque lo obliguen; el gobierno incorpora un guiño a la impunidad para las Fuerzas Armadas mediante proyecto de ley de infraestructura crítica; el ejecutivo respalda una y otra vez el actuar de los uniformados en respuesta a las gravísimas denuncias vertidas por organismos internacionales en sus informes. La tendencia pro-impunidad del gobierno, en definitiva, es clara y la clase judicial no se quedó atrás, actuando rápidamente en la misma dirección. Con ello, han decidido que en los casos objetivamente más graves que dejaba la revuelta, vinculados a violaciones de derechos humanos, no resultaba tan clara la necesidad de decretar prisiones preventivas que, en cambio, fueron “estrictamente necesarias” para enfrentar delitos contra el orden público y contra la propiedad. Antes que velar por una apropiada atribución de consecuencias jurídicas para quienes hubieran cometido algún delito, pareciera que el órgano juzgador actuó en armonía con el contexto belicista fabricado por el gobierno, pretendiendo salvaguardar, ante todo, el orden político y, por tanto, administrando una justicia que trata diferenciadamente a los enemigos políticos.

c) La aquiescencia frente a actuaciones ilegales del Estado

Según datos del poder judicial²⁶, existió un número importante de recursos de amparo constitucional (*habeas corpus*) que, si bien fueron admitidos para su tramitación en las Cortes de Apelaciones,

²⁵ El delito de apremios ilegítimos (art. 150 D del Código penal) tiene una pena asociada de 541 días a 5 años; cuando éstos aparecen agravados por la comisión de delitos contra la libertad sexual (art. 150 E N°2), la pena comienza en 10 años y 1 día y llega a los 15 años; el delito de tortura (art. 150 A) tiene asociada una penalidad que va de 5 años y un día a 10 años; cuando éstas aparecen agravadas por la comisión de delitos contra la libertad sexual (art. 150 B) la pena comienza en 15 años y 1 día y se extiende hasta el presidio perpetuo.

²⁶ DECS: “El rol del Poder Judicial en el conocimiento de las acciones judiciales relacionadas al estallido social”, Dirección de Estudios Corte Suprema, 2020.

finalmente fueron rechazados. De 392 amparos constitucionales ingresados entre el 18 de octubre y 31 de diciembre de 2019, se admitió a trámite el 79,3% de ellos y el 15,3% fue declarado inadmisibles²⁷.

De las acciones interpuestas contra Carabineros (42,9%) concluidas al 31 de enero de 2020 (89,9%), sólo el 16,4% fue acogido, rechazándose en el 64,9% de los casos²⁸, pese a que los hechos que les dieron origen resultaban ser particularmente graves²⁹. Llama la atención el alto número de recursos de amparo que, habiendo sido admitidos a tramitación, fueron rechazados por las Cortes de Apelaciones, generalmente en atención a que no resultaban *suficientemente* probados los hechos (como si se tratara de un proceso penal) o bien a que los antecedentes ya habrían sido remitidos al Ministerio Público, de manera que el recurso de amparo no sería la vía idónea para ventilar estas cuestiones (confundiendo la función del proceso penal y la de acciones constitucionales como las de amparo, como si este último pretendiera perseguir responsabilidades penales y no poner fin a amenazas o vulneraciones a derechos fundamentales), o bien disponiendo que las perturbaciones a la libertad y seguridad individuales habrían “perdido oportunidad” dado que ya habían ocurrido, obviando con ello la posibilidad jurídica de emitir pronunciamientos cuyo contenido declarativo hubiere tenido importantísimas consecuencias para la prevención de nuevas situaciones de amenaza generalizada a la libertad y seguridad individual de las personas.

De las acciones interpuestas contra las Fuerzas Armadas (39,5%), el 81,3 % fue considerada admisible. El 80,2% de las acciones admitidas se encontraban concluidas al 31 de enero de 2020 y, de ellas,

²⁷ Un 5,4% de los recursos no presentó tal información.

²⁸ El porcentaje restante está constituido por desistimientos (6,0%), declaraciones de incompetencia de la Corte (4,5%), omisión de pronunciamiento sobre el fondo (2,2%), archivo de la causa (1,5%) y una resolución que acogió la acción respecto de algunas personas y la rechazó respecto de otras (0,7%).

²⁹ Entre los principales motivos se cuentan el hostigamiento, vigilancia y/o seguimiento (14,9%), el uso desmedido de la fuerza y/o mal uso de armamento (14,3%), la detención (14,3%), la detención en conjunto con agresión física, psicológica y/o sexual (12,5%) y la desaparición producto de una detención (11,3%).

el 77,2% fue rechazada, acogiéndose sólo el 6,9%³⁰. Es interesante notar que la mayoría de los recursos (61,7%) tuvo como principal motivo vulneraciones a la libertad personal y seguridad individual originadas en el decreto de estado de excepción constitucional de emergencia y toque de queda, actuaciones de cuestionada constitucionalidad, según se apuntó. Ninguno de estos recursos admitidos a tramitación fue acogido. Los tribunales argumentaron que las acciones habrían perdido oportunidad al haberse levantado el toque de queda durante la tramitación del recurso: “(...) el ‘toque de queda’ que se cuestiona en autos ha sido levantado o dejado sin efecto por el recurrido (...) circunstancia que pone de manifiesto que no existe una orden de privación al ejercicio de la libertad ambulatoria que perturbe o amenace al recurrente en su derecho a la libertad persona y seguridad individual (...)” (Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 522-2019); “(...) no existe a la fecha toque de queda y, el estado de emergencia ha quedado sin efecto por Decreto N° 533 de 27 de octubre de 2019 (...)” (Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 513-2019). Lo anterior es otra muestra de la poca disposición de los tribunales para contener el ejercicio irracional e ilegítimo de la violencia estatal, pudiendo y debiendo hacerlo.

Por otra parte, en el contexto de mutilaciones masivas, pese a constatarse por informes periciales que los proyectiles “de goma” utilizados por Carabineros contenían alto porcentaje de plomo y otros metales, las Cortes de Apelaciones rechazaron los recursos que solicitaban se decretara la prohibición de utilizarlos en la disuasión de las manifestaciones, dejando a criterio de la institución el mayor o menor apego al protocolo sobre el uso de la fuerza al cual deben someterse (normativa que, en todo caso, fue dictada y resulta siempre modificable por ella misma). Esto, salvo algunas resoluciones excepcionales que, sin embargo, fueron rápidamente contrarrestadas

³⁰ El porcentaje restante lo constituyen declaraciones de incompetencia de la Corte (6,9%), desistimiento (5,9%), y omisión de pronunciamiento (3,0%).

por resoluciones de otras salas de la misma Corte dictadas en el sentido mencionado.

En suma, no es difícil observar cómo el órgano juzgador adapta sus criterios de aplicación de las normas frente a la clase de individuo sometido al sistema penal, tanto en periodos de excepcionalidad como de normalidad, como se observará. El posicionamiento del poder judicial como administrador de justicia clasista y como órgano garante del *statu quo* es bien conocido, pero se manifestó de manera grosera en el contexto de *estallido social*. Si bien existen importantes diferencias entre este contexto y la dictadura de Augusto Pinochet, hay un triste parecido en el rol que cumplieron—o dejaron de cumplir—los tribunales frente a violaciones generalizadas de derechos humanos, similitud cuya explicación no puede obviarse, puesto que, tras la dictadura, esta institución jamás se ocupó de elaborar una memoria crítica que permitiera depurar sus estructuras³¹. Por otro lado, el discurso belicista instalado desde la clase política fue fácilmente asimilado por quienes juzgan, quizás sin siquiera percatarse de la potencia de sus vínculos de clase. Especialmente lúcida aparece entonces la caracterización que Novoa Monreal hiciera de los jueces como “individuos de formación conservadora, temerosos de cualquier avance social, custodios celosos de un orden tradicional y cancerberos fieles de los intereses de la clase dominante”, que se encuentran internamente inficionados por la mitología jurídica burguesa y conscientes de que su real papel es la preservación del *status* en el que viven (Novoa Monreal, 2007: 220)³². Así, parece natural su tendencia a identificar a un sector social al que se imputa el uso de una violencia de baja intensidad, pero no institucional, como *enemigos*; y, por otro, a tratar con delicadeza a quienes abusaron sistemática y generalizadamente de una violencia amparada por el Estado, aunque excediese los ya amplios límites permitidos por el

³¹ Al respecto, véase Bergalli (1984).

³² El autor seguidamente añade: “Para ello han sido formados en escuelas de Derecho cuya tarea fundamental parecería ser la de ocultar la verdadera ciencia jurídica con el fin de que el Derecho siga siendo el más eficiente instrumento de reproducción y perduración de la organización social establecida” (221).

orden jurídico, dado que no representan un peligro para la estabilidad del orden social, sino que, por el contrario, representa su defensa más brutal. Respecto del viejo debate en torno a lo que significa la administración de justicia en un Estado democrático, los hechos parecen responder categóricamente en el sentido de que ésta es la satisfacción de una función concreta a cargo del Estado en la realización del poder político³³.

Encarcelamiento masivo en Chile

El aumento de los índices de encarcelamiento en Chile tiene diversas causas y son también distintos los actores que hacen posible esta situación. Posiblemente la principal responsabilidad es de la clase política que legisla en pro de un mayor punitivismo aumentando de esta manera las posibilidades de la persecución penal en desmedro de los derechos de las personas. También, en sintonía con la clase política, son los policías, los y las fiscales del Ministerio Público y, finalmente, los jueces y juezas, quienes cumpliendo sus roles fomentan las injusticias, el clasismo y múltiples vulneraciones de los derechos humanos que supone el encarcelamiento masivo. Si bien los jueces y juezas parecen ser sólo parte de un último eslabón de la cadena, su rol no es menos importante ya que en sus manos está muchas veces la decisión de aplicar derechamente penas distintas al encierro y, en todo caso, pueden, sin incumplir las leyes, sancionar respetando las garantías individuales y evitando seguir criminalizando la pobreza, aunque esto pueda traerles altos costos políticos³⁴.

³³ Cf. Bergalli, R.: "La construcción del delito y de los problemas sociales", en: *Sistema penal y problemas sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, 25-82. (cfr. p. 52).

³⁴ Dichos costos políticos vendrían dados por la fuerte presión que ejerce la clase política en el actuar de jueces y juezas. Un ejemplo claro de esto lo evidencian las declaraciones de la ex candidata presidencial, ex senadora y actual alcaldesa de la comuna de Providencia, la pinochetista Evelyn Matthei, quien, ante formalizaciones o sanciones de políticos de su coalición, ha acusado a los jueces de persecución política. De la misma manera, ante un fallo absolutorio de personas que ella considera sus "enemigos", desconociendo la independencia del poder judicial, cuestiona y pone en tela de juicio el actuar de dichos jueces o juezas. Así, en noviembre de 2013, a propósito de la absolución de varios imputados de actos calificados de terroristas, indignada con la resolución judicial, señaló: "La mayoría de los magistrados son espectaculares. Pero se nos han 'colado' algunos extremadamente garantistas y muy de ideologías de

Más allá de las presiones que existen y que no podemos negar, jueces y juezas, facultados por normas internacionales y de rango constitucional, podrían, con argumentos de jerarquía normativa, aplicar el derecho en favor de las personas y no contra ellas. No obstante, no queriendo contradecir al poder político, usualmente deciden en favor de la utilización del derecho como un aparato de terror en contra de los sectores más vulnerables de la sociedad o de quienes puedan poner en peligro el régimen imperante.

En este apartado, sin desconocer la complejidad del tema, centraremos nuestra atención en la responsabilidad que le cabe a los jueces y juezas en el encarcelamiento masivo. Sin embargo, para poder explicar el contexto, analizaremos el proceso político que opera antes de que los jueces manden masivamente a personas pobres a las prisiones. Asimismo, para comprender la situación chilena, veremos el nexo que existe con los Estados Unidos por el rol de laboratorio experimental que desempeñó Chile en materia económica durante la dictadura de Pinochet. Así, las respuestas al alto nivel de encarcelamiento en Chile pueden encontrarse también en el puente que une verticalmente a estos dos países.

Los Estados Unidos, como paradigma, ha tenido una enorme influencia en América Latina. Son sus políticas las que se implementan e imponen en Chile, aunque con presupuestos mucho más reducidos. Por su parte, el régimen económico chileno ayuda a identificar al delincuente, a quien se encarcela atendiendo a criterios de selección principalmente sociales, pero también raciales (el preso es moreno, con rasgos indígenas, pelo tieso, etc.). Con todo, no es sólo la estructura económica chilena (neoliberal y desigual) la que ayuda a la implementación del Estado penal. La democracia trajo consigo también un mayor autoritarismo penal alimentado por discursos de populismo penal transversales a la clase política. Precisamente, si nos detenemos en el Chile reciente (últimos 30 años)

izquierda, que quieren cambiar el sistema judicial. Dichos profesionales fueron puestos en los gobiernos de Ricardo Lagos y Michelle Bachelet y hoy están con la puerta giratoria". En: *El Mostrador*, 13/11/2013.

y analizamos el ambiente en el que se votan las leyes que más relevancia tienen en el aumento del encarcelamiento, veremos que el proceso electoral y el lenguaje punitivo de las campañas políticas constituye un factor importante del encarcelamiento masivo. Dentro de las causas inmediatas del aumento del encarcelamiento en Chile se encuentran diversas leyes sustantivas que aumentan las penas privativas de libertad. Especialmente punitiva resulta la ley 20.000 que, imitando la *Guerra contra las Drogas* implementada en los Estados Unidos, rompe toda proporción y, contrariando principios básicos, otorga una batería de medidas intrusivas en contra de las personas, presume la responsabilidad penal, permitiendo sancionar masivamente a pequeños vendedores de drogas, a drogo-dependientes e incluso a meros consumidores esporádicos.

Así las cosas, podemos afirmar que a la clase política le cabe la mayor cuota de responsabilidad en el aumento de los índices de encarcelamiento. Su afán punitivista, que es también populista, permite que se puedan aprobar y promulgar leyes incluso en contra de principios constitucionales básicos como la ya mencionada ley 20.000, promulgada en 2005 durante el gobierno de Ricardo Lagos, que presume la responsabilidad penal, contrariando normas superiores, tanto constitucionales como emanadas del derecho internacional que consagran la presunción de inocencia. Frente a un conflicto de jerarquía, en el que por una parte hay normas de rango superior que presumen la inocencia y, por otra, una ley ordinaria que presume la responsabilidad penal, bien podrían los tribunales de justicia fallar en derecho aplicando las normas de jerarquía superior, esto es, las contempladas en la constitución y en la legislación internacional. Sin embargo, no sabemos si por sumisión a la clase política o encantados con el sistema, jueces y juezas aplican la norma inconstitucional y, en consecuencia, disparan los índices de condena y de encarcelamiento.

La reforma procesal penal es también una importante causa inmediata del encarcelamiento masivo en Chile. Si bien esta reforma

reemplazó un procedimiento inquisitivo por uno acusatorio, aparentemente más liberal, los hechos demuestran que detrás de este ropaje garantista el nuevo proceso penal escondía un autoritarismo que permitió que, con una velocidad y facilidad sin precedentes, se encarcelara masivamente³⁵. La justicia negociada, a través de procedimientos abreviados y simplificados con sus incentivos de admisión de culpa, contribuye al aumento del encarcelamiento al hacer muy fácil y rápido condenar y encarcelar. Por otra parte, las modificaciones que aumentan los poderes del Ministerio Público y de la policía nacen primeramente como excepcionales para delitos graves (terrorismo, tráfico de drogas, etc.) y gradualmente pasan a ser una práctica estándar, amenazando expandirse a otras áreas del proceso penal³⁶.

Al igual que en otras latitudes, vemos cómo se consolida un Estado penal que crece en un contexto de desigualdad, segregación y neutralización de enemigos. Curiosamente, la crítica a dicha reforma procesal penal resulta prácticamente inexistente por parte del mundo académico. Mientras las cátedras universitarias loan el espíritu liberal de dicha reforma, poco se habla sobre sus efectos y del vínculo que tiene con el aumento del encarcelamiento.

Ante este aumento de personas privadas de libertad, que generó problemas de hacinamiento, la respuesta de los gobiernos socialdemócratas fue la construcción de nuevas cárceles, las que velozmente se fueron llenando, sin resolver los problemas de sobrepoblación. Conviene recordar que, aunque parezca evidente que más prisiones pueden significar menos hacinamiento, la experiencia internacional enseña que esto no es así, y que a medida que se

³⁵ La reforma procesal penal entró en vigencia en todo el país el año 2000. En dicho año había 215 presos por cada 100.000 habitantes, cifra que ascendió a 320 pasados diez años desde la implementación de la reforma (www.prisonstudies.org).

³⁶ Sobre el real impacto de la justicia negociada en los índices de encarcelamiento, véase: Provoste, A.: "El endurecimiento de la respuesta penal en los delitos de robo con violencia e intimidación. Efectos de la Ley 20.931", tesis de Magister en Criminología y Justicia Penal en la Universidad Central de Chile que obtuvo la más alta calificación. En dicha tesis, el magistrado Provoste, además de analizar la reforma referida, dedica gran parte de su análisis a demostrar cuantitativamente el impacto en los índices de encarcelamiento como consecuencia del aumento de posibilidades de la justicia negociada.

construyen nuevas cárceles es el nivel de encarcelamiento el que aumenta, sin afectar la sobrepoblación³⁷. Analizando las tasas de hacinamiento y su relación con el aumento del encarcelamiento, podemos concluir que, para los jueces y juezas de los tribunales de justicia, la inhumanidad en la que se vive en las prisiones no supone ningún impedimento a la hora de enviar a más personas a prisión. Las condiciones en que deben padecer la pena, parecen no ser relevantes para jueces y juezas, toda vez que las personas que cumplen penas privativas de libertad pertenecen a grupos sociales diametralmente distintos al de los miembros del poder judicial. Nuevamente, ante un posible conflicto axiológico entre normas que obligan a respetar la dignidad humana y la aplicación de leyes que suponen el desconocimiento de las primeras, jueces y juezas fallan conforme a las últimas, sin cuestionarse siquiera los efectos de esta aplicación mecánica que hace posible que la administración de justicia constituya un eslabón fundamental en la vulneración masiva y sistemática de los derechos humanos de miles de personas.

La responsabilidad del poder judicial, como ya hemos anunciado, actúa en sintonía con otros engranajes que desde el proceso legislativo van dando forma a un sistema clasista e inhumano. Así, los diversos grupos que detentan el poder, actúan de manera conjunta y coordinada. Por lo mismo, en materia penal se vislumbran muchas coincidencias entre las coaliciones que detentan el poder político en

³⁷ El aumento del número de presos ha sido posible debido a la construcción de nuevas cárceles. Se argumenta, por parte de los impulsores de esta verdadera industria, que la finalidad de estas nuevas edificaciones es la de poner fin al hacinamiento y a las malas condiciones en la que viven los presos. Sin embargo, la experiencia ha demostrado que las nuevas prisiones al poco tiempo reproducen el hacinamiento y la sobrepoblación sin solucionar los problemas que justifican su construcción. En Inglaterra y Gales, entre 1987 y 1997 los gobiernos conservadores patrocinaron el programa más grande de edificación de prisiones que haya existido desde el siglo XIX en respuesta al hacinamiento carcelario (Matthews, 2003: 186). La crítica a dichas medidas llegó de varios sectores. Por una parte, Blumstein y Cohen (1973) señalaron que en la medida en que se incrementa la capacidad de las prisiones, éstas se van llenando rápidamente, puesto que al aumentar los espacios carcelarios los jueces recurren con mayor frecuencia al encarcelamiento. En sentido semejante Mathiesen (1974) plantea que la construcción de prisiones promueve el expansionismo del encarcelamiento, y propone la reducción de los períodos de penas como herramienta eficaz para la reducción de la población carcelaria y del hacinamiento en las prisiones. Confirma esta línea teórica lo acaecido en Holanda que a mediados de la década de 1970 se embarcó en un programa de construcción de nuevas cárceles y la población reclusa aumentó de 2500 en 1975 a más de 12.000 a mediados de la década de 1990 (Matthews, 2003: 200).

Chile, lo que hace pensar que defienden y representan intereses similares. Curioso resulta que casi nadie se pregunte por el nexo entre encarcelamiento masivo y las estructuras sociales siempre más desiguales en el Chile de hoy. Tampoco existe un serio cuestionamiento a la selectividad del sistema penal que termina encarcelando casi exclusivamente a miembros de los sectores más pobres de nuestras ciudades. ¿No será la respuesta penal veloz y eficaz el único modo de control de las masas pobres, desempleadas y sobrantes de una sociedad post-capitalista basada en la explotación y la exclusión?, ¿será que el derecho penal es el complemento necesario de la falta de Estado social?

Sin querer responder a las preguntas antes planteadas, quisiéramos plantear que si el sistema penal se basara en principios de justicia y la determinación de las penas se fundara en la real culpabilidad de los autores de delitos, la estructura económica desigual de Chile³⁸ debiera traducirse en una distinción de tratamiento que compense, basado en juicios de reproche, los delitos de los grupos más carenciados, toda vez que el Estado no puede exigir lo mismo a quienes gozan de buen vivir que a los excluidos, a quienes nunca prestó protección. Sin embargo, por la propia formación en las escuelas de Derecho, donde no se estudia la pobreza y poco y nada se habla de las cárceles, los jueces y juezas parecen desconocer los nexos entre marginalidad y delincuencia y parece acomodarles dicho desconocimiento. Así, sin reconocer ni hacer mención a un contexto social, aplican la ley en forma tal que perpetúan y acrecientan desigualdades, sintiéndose más seguros en un mundo que no quieren cambiar, sino mantener.

En gran medida, lo que jueces y juezas hacen es impartir una justicia de clase en sintonía con todo el constructo del sistema penal que parte con una distorsión mediática de los fenómenos delictuosos, seguida de alteraciones penales y procesal-penales que con forma de

³⁸ Según los datos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), Chile sería uno de los tres países más desiguales en América Latina junto a México y Colombia. Ver: *El Mostrador*, 03/09/2020.

leyes aprueban las castas políticas, para luego dejar en manos de una policía sin criterio y cada vez con más facultades las detenciones de un grupo bien definido de personas, para que luego los funcionarios del Ministerio Público, con prejuicios y actuaciones que sustancialmente coinciden con las de los policías, centren sus esfuerzos en el encarcelamiento de la pobreza, incluso aportando antecedentes falsos si resulta necesario, para que finalmente los jueces y juezas, como sumos sacerdotes en el teatro de la justicia, concluyan la obra enjaulando a seres humanas en condiciones indignas para cualquier especie viva.

El aspecto teatral del sistema de justicia penal, caracterizado por la oralidad y publicidad, centrado en el espectáculo del proceso, desvió la atención sobre su significado social. Así, mientras se diseñaba la Reforma Procesal Penal, los grupos más conservadores criticaron el nuevo modelo por considerarlo muy garantista. Se decía que el equilibrio entre garantía y persecución penal estaba desequilibrado favoreciendo extremadamente al primero. Tras 20 años desde su implementación, conocidos los niveles actuales de encarcelamiento, resulta difícil considerar garantista a un sistema penal que los números muestran como más punitivista. No obstante, si analizamos, por una parte, el tipo de condenados y sus características sociales y económicas, y, por otra, quiénes son perfectos candidatos para salidas no punitivas, podemos concluir que este nuevo sistema puede ser punitivo o garantista dependiendo de las características económicas y sociales del imputado. Antes de entrar en vigencia la reforma, muchos se preguntaban si ésta favorecería o perjudicaría a los delincuentes (imputados o condenados). La práctica nos ha demostrado que la pregunta estaría mal formulada, toda vez que los favorece o perjudica según su clase social³⁹.

³⁹ En el mismo sentido Hernández Molina (2002-2005: 2) para quien "es equivocado plantearse la pregunta si el sistema (...) respalda o protege más a la víctima o al victimario. Y es que el nuevo sistema protege, ordenadamente, al que tiene billetera e influencias, cualquiera sea el rol que ocupe en la relación procesal". Luego Hernández Molina ilustra sus afirmaciones comentando dos casos de 2004. "Una pareja de ancianos es atropellada en cruce de peatones, en Reñaca, Viña del Mar. El vehículo causante, propiedad de Andrés Celis, concejal de Viña, huye del lugar, y es encontrado días después abandonado.

Más que entrar en estudios cuantitativos que pueden reafirmar ideas obvias, como que el perfil de las personas privadas de libertad es de mayor vulnerabilidad al de quienes no estamos presos, a través de un par de casos judiciales concretos esperamos ejemplificar de qué manera la justicia trata con burda diferencia, esto es de manera desigual, atendiendo a la posición social del imputado o imputada.

Al respecto, la periodista Monica Rincón, criticó duramente nuestro sistema de justicia. “Cárcel para los pobres, clases de ética para los ricos” sostuvo la periodista al comparar la sanción que recibieron Carlos Délano (Paz Ciudadana) y Carlos Lavín, condenados por defraudar al fisco en 1.700 millones de pesos y financiar ilegalmente la política, a una pena de 4 años *en libertad* y la obligatoriedad de acudir a clases de ética. Por su parte—insiste la periodista—un comerciante en Puerto Montt fue condenado a 4 años de cárcel por presentar dos facturas falsas por un total de 2 millones de pesos⁴⁰.

Otro caso judicial que sirve para evidenciar el vergonzoso funcionamiento de nuestro sistema penal lo constituye el impune homicidio perpetrado por Martín Larraín Hurtado, hijo de Carlos Larraín, ex senador y presidente de Renovación Nacional, partido político cercano a la figura de Augusto Pinochet. La noche del 18 de septiembre de 2013, Martín Larraín atropelló y abandonó, sin prestar auxilio y dejándolo morir, a Hernán Canales. En un primer juicio Martín Larraín fue condenado como autor de cuasidelito de homicidio. Sin embargo, y en virtud de un recurso de nulidad *presentado por el Ministerio Público*, el juicio fue anulado y se realizó un

El concejal jamás necesitó acreditar que no lo conducía; jamás presentó una denuncia por robo; testigos señalan que él conducía el móvil, pero, en la audiencia de control llega a un acuerdo (6.000.000 de pesos) con los lesionados, personas modestas. Se da fin al proceso, término ratificado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso. Y, en Arica (...) los padres de un menor, parapléjico a causa de balas de un detective, llegan a acuerdo procesal con el funcionario policial, evitándole el castigo penal, a cambio de 36 cuotas mensuales de 150.000 pesos, dinero que, según reconoció el mismo padre, es esencial para atender debidamente al niño. Ese fue su motivo para ceder. Allí terminó el proceso”. Por otra parte, la celeridad del nuevo proceso penal a quién más favorece es a los autores de complejos delitos económicos, toda vez que la prueba de éstos resulta más complicada que la mayoría de los delitos.

⁴⁰ <https://www.youtube.com/watch?v=HvyOZsn79Zl> [Última consulta: 03/08/2020].

nuevo juicio donde se absolvió al hijo de Carlos Larraín, no obstante, sus acompañantes fueron condenados por obstrucción a la justicia.

Asimismo, el médico que realizó la autopsia de Cubillos también fue condenado por falsificación de instrumento público al haber adulterado la autopsia. Es decir, acompañantes y médico condenados, pero el autor del homicidio, hijo de un político poderoso, fue absuelto.

Por otra parte, Brian Arriagada, condenado a la pena de 61 días de cárcel efectiva por vender discos no originales en la calle, murió junto a otras 80 personas, en el incendio de la cárcel de San Miguel.

Otro caso ilustrativo del funcionamiento del sistema de justicia penal lo constituye el caso de Lawrence Golborne, ex ministro del primer gobierno de Sebastián Piñera, quien en 2016 fue formalizado por delitos tributarios acusado de facilitar boletas "ideológicamente falsas" al grupo Penta por más de 378 millones de pesos chilenos. El Ministerio Público, que en un comienzo había solicitado una pena de cuatro años y el pago de 40 UTA (22,8 millones de pesos) no tuvo ningún impedimento en "negociar" una salida alternativa y así evitar juicio y sanción del ex ministro. Finalmente, en virtud de dicha negociación, Golborne pagó 20 unidades tributarias mensuales (11,4 millones de pesos), es decir, cerca del 3% de lo defraudado, suspendiendo así el procedimiento penal. Dicho acuerdo, fruto de la negociación entre el Ministerio Público y los abogados del ex ministro, sólo fue posible al ser aprobado por un tribunal.

No quisiéramos cerrar este apartado sin antes hacer una breve mención a un importante problema de género, producto de las políticas criminales imperantes y el aumento en los índices de encarcelamiento femenino y los nefastos efectos que esto puede significar para los hijos e hijas de las mujeres encarceladas y la consecuente perpetuación de la exclusión, la violencia y la pobreza.

Como mencionamos anteriormente, fue la Ley 20.000, que sanciona diversos delitos de tráfico de estupefacientes, una de las principales causas del aumento de los índices de encarcelamiento. El resultado de la Guerra contra las Drogas, en los países que

implementaron las políticas y los principios legislativos promovidos en su momento por los Estados Unidos, se ha concretado en el encarcelamiento masivo de personas, incrementando particularmente, el encarcelamiento femenino (Chesney y Lind, 2003)⁴¹.

Esta situación del encarcelamiento femenino reviste especial gravedad, toda vez que la cárcel, desde sus inicios, ha sido “una herramienta dirigida fundamentalmente al control de la población masculina” (Rivera, 2009: 264). Sin embargo, la Guerra contra las Drogas entendió que el “enemigo” podía ser también una mujer. La selectividad en las mujeres reclusas opera al encerrar muy especialmente a un grupo vulnerable que en su mayoría comparte tres características: son mujeres sin poder ni influencias, generalmente encarceladas por delitos vinculados al tráfico de drogas; han vivido en la pobreza; y en una elevada proporción pertenecen a grupos étnicos minoritarios (Carlen, citado en Rivera, 2009: 264).

La principal razón del porqué las mujeres cometen delitos vinculados al tráfico más que otros, se relaciona con un rol histórico que han debido cumplir. La mujer, que muchas veces es madre, difícilmente se puede desentender de su maternidad (cuestión muy distinta al hombre con la paternidad), y la actividad de tráfico de drogas, a diferencia de otros delitos, puede perpetrarse desde el hogar. Así, la mujer cumpliendo su rol de madre y de dueña de casa, con actividades vinculadas al tráfico de drogas, puede generar ingresos sin tener que salir a buscar trabajo y desatender la casa y el cuidado de los hijos e hijas. En este mismo sentido, sostiene Anthony García, (2002:

⁴¹ En Chile en 2015, según datos otorgados por Gendarmería de Chile, el 45% de las mujeres encarceladas lo estaba por la ley 20.000. De las encarceladas, el 61% tiene entre 24 y 45 años de edad, el 85% de los casos tiene entre 2 y 3 hijos y el 12% más de cuatro. El 8% es analfabeta y aproximadamente el 75% no ha concluido su educación formal. El 40,7% son reincidentes y el 40% está cumpliendo condenas superiores a los 5 años. El 86% fue clasificada como de mediano o bajo compromiso delictivo por Gendarmería de Chile. El 50% declara haber tenido una vida sexual y afectiva regular, mala o muy mala y el 37% dice haber tenido una pareja que le perjudicó (siempre o a veces). El 53,4% declara haber presenciado en su infancia algún tipo de violencia en contra de sus familiares o de alguien cercano y el 65% declara haber sido ella objeto de violencia en alguna etapa de sus vidas. En el 53% de esos casos la violencia fue ejercida por sus ex parejas y el 51% no recibió ningún tipo de apoyo tras esas experiencias traumáticas vividas.

512) que “las limitaciones que acarrea la maternidad que las impide conseguir o conservar sus trabajos (...) explica el por qué eligieron actividades [de tráfico de drogas]”. Además, por la propia condición desfavorecida que sufren las mujeres, lo normal es que su actividad en el tráfico corresponda a tareas subalternas y de gran visibilidad (Maqueda Abreu, 2014: 247), lo que las hace sustituibles y fácilmente apresables.

Dada esta dinámica, el encarcelamiento de un significativo grupo de mujeres puede resultar más lesivo para las condenadas que para los hombres, puesto que el encierro de las mujeres que son madres significa, o bien el encarcelamiento de su hijo o hija, o bien la separación de los mismos de su madre. Incluso algunas veces los hijos e hijas deben sufrir ambas situaciones, esto es, el encierro hasta que cumplan una edad determinada, que varía de legislación en legislación (2 años, por ejemplo), y luego la separación de su madre, con los efectos traumáticos que esto puede generar tanto para el hijo o hija, para la madre y para los demás miembros de la familia.

Por último, ante un mayor crecimiento del encarcelamiento femenino que masculino⁴² y constatando que la mayoría de las mujeres privadas de libertad cumplen condena por delitos de tráfico de drogas, y que más del 80% de las reclusas son madres, surge otra pregunta cuyas posibles respuestas pueden ayudarnos a entender cuestiones mucho más complejas y profundas que escapan a las pretensiones de este trabajo: ¿Dónde van a parar los hijos de las mujeres presas?

Con esta interrogante cerramos este apartado y, sin responder la pregunta, sólo quisiéramos recordar algo obvio. La esta situación descrita, la mantención de estructuras injustas que perpetúan la exclusión y la pobreza, no es fruto de una fatalidad natural. Más bien,

⁴² Si bien el porcentaje varía de país en país y en América Latina las mujeres privadas de libertad no representan el 10% de la población reclusa, el aumento del encarcelamiento femenino es superior al masculino, lo que genera especial preocupación al constatar los efectos sociales nocivos que supone el encierro de las mujeres que además son madres. Sobre el particular, las cifras en: <https://www.prisonstudies.org/map/south-america> y sobre los efectos: Liebling y Maruna (2005).

se trata de decisiones políticas, inhumanas y discriminatorias, que se pueden y se deben modificar.

Conclusiones

La utilización del encarcelamiento, esto es, la separación de personas de la vida en comunidad, más que presentarse como una política pública de control de la delincuencia, responde a criterios clasistas y de poder. Así, entre los muchos crímenes y criminales, el encierro en una cárcel se reserva para algunos delitos y para tipos de delincuentes. Específicamente para aquellos que no coinciden con la clase de quienes participan en la elaboración de la norma o para los enemigos políticos del régimen imperante.

Sin considerar las críticas de la prisión y las múltiples recomendaciones en la disminución de su utilización, en Chile las penas privativas de libertad se siguen implementando como sistema de gestión de pobreza y de enemigos políticos. Lamentablemente, poco y nada han dicho los juristas nacionales sobre el encarcelamiento chileno. La responsabilidad que le cabe a la clase política, al Ministerio Público y a los tribunales de justicia en el encarcelamiento masivo, que supone una sistemática violación de los derechos humanos de las personas privadas de libertad, ha sido un tema desatendido por los juristas.

Necesario resulta indagar en las causas del aumento de los índices de encarcelamiento, toda vez que las leyes que lo generan (causas inmediatas) nacen en un ambiente (causas mediatas) que hace posible su promulgación y en la obsecuencia de los tribunales de justicia que utilizan el derecho penal en contra de las personas, incluso por sobre normas internacionales que obligan a respetar la dignidad humana. Asimismo, resulta aún más imperioso atender a sus nefastos efectos que supone el incumplimiento de diversas normas internacionales como la Resolución 45/111 de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre tratamiento de los reclusos; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; etc.

Nuestra memoria tiene, o debiera tener, muy frescos los recuerdos de las brutales violaciones a los derechos humanos, perpetradas por una dictadura cuyas consecuencias aún perviven, como para cerrar los ojos ante las actuales vulneraciones que supone el encierro masivo y ante la actuación criminal de los agentes de Estado a propósito del estallido social. Ante las indignantes situaciones de violaciones actuales de derechos humanos, tanto en el contexto del estallido social como en el encarcelamiento masivo de la pobreza, el silencio es cómplice y es deber de los juristas la denuncia, la protesta y la búsqueda de responsables.

Asimismo, no debemos desatender que es el Estado el que ejerce violencia en dos frentes en contra de sus enemigos, esto es, pobres y disidentes políticos. Por una parte, a través de una represión directa y brutal, pero negada o minimizada, por parte de los agentes del estado y, por otra, a través del encarcelamiento, en forma de condena de cárcel o como prisión preventiva, de pobres y disidentes sociales. Dicho encierro, entre otros múltiples factores, se debe también a que jueces y juezas no tienen conciencia de que sus decisiones están afectando a personas, ya sea porque éstas simplemente no son iguales a ellos, o bien porque son derechamente enemigos políticos y pareciera ser que importa mucho menos encarcelar al delincuente estereotípico o al rebelde que al caballero de su misma clase, como si el sufrimiento del diferente mereciera menor consideración y no se tratara de sufrimiento humano.

Al analizar la complejidad del problema del encarcelamiento, bien sea en contextos "normales" o propósito del "estallido social", no se debe perder de vista, a modo de estrella polar, el concepto de persona. Ver hasta qué punto nuestras sociedades lo tienen en consideración, si conciben a la persona como fin o como medio y si su esencia resulta inviolable o no. No olvidemos que la existencia de un concepto de persona mundialmente reconocido, fijado en pactos

internacionales—sobre el tema penal, procesal penal y penitenciario, y especialmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos—plantea límites a la intromisión o trato estatal y obliga a no instrumentalizar a nuestros semejantes. Estos pactos integran los ordenamientos jurídicos en un lugar prioritario. Por ende, la legislación, la reglamentación y las prácticas funcionarias deben ajustarse a ellos, y todo ordenamiento jurídico debe ser congruente consigo mismo, lógica y axiológicamente.

Concebir la prisión es también concebir la pena, y concebir la pena es concebir al ser humano. Tomando como objetivo principal de consideración normativa los comportamientos personales, debe ser consecuente consigo mismo conforme a los postulados básicos de intervención mínima de la legalidad penal. Episodios fatales como las muertes de internos en incendios en las cárceles o a manos de otros presos, las prácticas de tortura, legislaciones xenófobas y que criminalizan la disidencia política disfrazadas de leyes antiterroristas, entre otras, evidencian que no resulta primordial el respeto por los derechos humanos en el Chile de hoy.

Claramente sería injusto responsabilizar solo al poder judicial por las sistemáticas violaciones de derechos esenciales que supone el hacinamiento carcelario y por la complicidad con los agentes de Estado que, en el contexto del “estallido”, violaron sistemáticamente los derechos humanos. Sin embargo, jueces y juezas, con más o menos conciencia de clase, sumisos o convencidos, ignorantes o aporofóbicos, componen un elemento esencial en la máquina del encarcelamiento y represión de la pobreza. La justificación técnica y cómoda, amparada en que son meros aplicadores de la ley, resulta comparable con la autodefensa de Adolf Eichmann que, so pretexto de brindar sólo un apoyo técnico y profesional, contribuyó al exterminio masivo de diversos grupos humanos enemigos del nazismo.

Bibliografía

Álvez, A., Bassa, J., Charney, J., Coddou, A., Contesse, J., Contreras, P., Guiloff, M., Irrarrázaval, P., Lorca, R., Lovera, D., Muñoz, F., Sferrazza, P., Soto, P., Valdivia, J. M., Viera, C.: *Informe en derecho. Inconstitucionalidades e ilegalidades en el marco de los estados de emergencia declarados por el presidente de la República y de las conductas de los jefes de la defensa nacional*, 2019.

Anthony Garcia, C.: “Reflexiones sobre los procesos de criminalidad y criminalización de las mujeres de América Latina implicadas en delitos relacionados con drogas”, en: Facio, A. y Fries, L. (eds.): *Género y Derecho*, Santiago de Chile: LOM, 2002, 511-516.

BBC Mundo: “Protestas en Chile: ‘Estamos en guerra’, la frase de Piñera que se le volvió en contra en medio de las fuertes manifestaciones”, *BBC*, 22/10/2019.

Bergalli, R.: *Estado democrático y cuestión judicial: vías para alcanzar una auténtica y democrática independencia judicial*, Buenos Aires: Depalma, 1984.

Blumstein, A. y Cohen, J.: “A Theory of Stability of Punishment”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 64, 1973, 198-207.

Chesney-Lind, M.: *The Female Offender: Girls, Women and Crime*, New York: Sage Publications, 2003.

Cortés Morales, J.: “Los presos de la revuelta y la prisión política”, *Diario U Chile*, 03/02/2020.

DECS: “El rol del Poder Judicial en el conocimiento de las acciones judiciales relacionadas al estallido social”, Dirección de Estudios Corte Suprema, 2020.

El Mostrador: “Fiscal revela que quema a estaciones de Metro se iniciaron en lugares de acceso restringido”, *El Mostrador*, 27/10/2019.

Hernández, A.: *El nuevo régimen procesal penal chileno ¿Justicia para todos?*, texto inédito, Valparaíso, 2002/2005.

Liebling, A. y Maruna, S. (eds.): *The effects of imprisonment*, Devon: Willan Publishing, 2005.

Maqueda Abreu, M.: *Razones y sinrazones para una criminología feminista*, Madrid: Dykinson, 2014.

Mathiesen, T.: *The Politics of Abolition*, London: Martin Roberston, 1974.

Matthews, R.: *Pagando tiempo. Una introducción a la sociología del encarcelamiento*, Barcelona: Bellaterra, 2003.

Nash Rojas, C.: “La prisión preventiva como prisión política. El caso de la Primera Línea”, en *CIPER*, 17/03/2020.

Novoa Monreal, E.: *El Derecho como obstáculo al cambio social*, México: Siglo XXI, 2007.

Oppenheimer Presenta [Oppenheimerpresenta]. 25/12/2020. “La ola de protestas sociales” – Oppenheimer Presenta #1945.

Provoste, A.: “El endurecimiento de la respuesta penal en los delitos de robo con violencia e intimidación. Efectos de la Ley 20.931”, tesis de Magister en Criminología y Justicia Penal en la Universidad Central, 2019.

Ramos, M. y J. Guzmán: *La guerra y la paz ciudadana*, Santiago de Chile: LOM, 2000.

Rivera, I.: *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria. Volumen I*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009.

Weibel Barahona, M.: “Balance penal del estallido: Fiscalía investiga a 466 agentes del Estado y gobierno acusa a 3.274 personas de cometer actos violentos”, en *CIPER*, 15/07/2020.