

## **CÁRCEL, CIUDADANÍA Y DEMOCRACIA**

Agustín Walker Martínez

### **I. Introducción**

Los artículos 16 N° 2 y 17 N°s 2 y 3 de nuestra Constitución Política establecen un conjunto de restricciones al ejercicio de la ciudadanía, como consecuencia de la sola imputación o condena de ciertos delitos. Esas normas se traducen en que decenas de miles de personas se ven impedidas de ejercer su derecho a sufragio, o incluso pierden su calidad de ciudadano por el tiempo que dura la condena establecida. El presente artículo efectúa una reconstrucción histórica de los orígenes de esa regulación, pasando por los principales argumentos y fenómenos globales que le han servido de sustento, para concluir con un análisis crítico de esta situación, entendiendo que la privación de ciudadanía y la restricción del derecho a sufragio son medidas ilegítimas que desbordan el núcleo de sanción legítima de un Estado de Derecho, restan legitimidad a la potestad punitiva del Estado, y no se conciben con ninguna finalidad válida de la pena, traducéndose solo en un ejercicio de neutralización civil y política, que degrada y atenta contra todo intento de inserción social.

### **II. Planteamiento del problema**

La ciudadanía puede ser definida como una identidad asignada a los/as individuos conforme a la cual son tratados/as como miembros de una comunidad, y que otorga mecanismos de participación en condiciones de

igualdad en la discusión y decisión de los asuntos que afectan a la comunidad.<sup>1</sup> En nuestra Constitución Política, la ciudadanía y nacionalidad se regula en los artículos 10 y siguientes, y el artículo 13 establece que dicha calidad “*otorga los derechos de sufragio, de optar a cargos de elección popular y los demás que la Constitución o la ley confieran*”. Pero luego de desarrollar el concepto de ciudadanía, la propia Constitución establece dos normas que limitan o derechamente privan de ciudadanía a personas acusadas o condenadas por ciertos delitos:

En primer lugar, el artículo 16 N° 2 de la Constitución suspende el derecho a sufragio “*Por hallarse la persona acusada por delito que merezca pena aflictiva*”, limitando una calidad esencial de la ciudadanía por el sólo hecho de ser objeto de una imputación penal cuya pena asociada supere los 3 años y un día, sin requerir sentencia condenatoria para que la suspensión opere. Esta norma consagra a nivel constitucional vulneraciones a la presunción de inocencia,<sup>2</sup> y una restricción de derechos políticos excediendo el marco punitivo legítimo del Estado, demostrando que el rigor punitivo estatal opera en este ámbito con total prescindencia del principio de culpabilidad que legitima el castigo.<sup>3</sup>

En segundo lugar, el artículo 17 de la Constitución establece en su numeral 2° que la calidad de ciudadano/a se pierde “*por condena a pena aflictiva*” y en su N° 3, que esta se pierde “*por condena por delitos que la ley califique como conducta terrorista y los relativos al tráfico de estupefacientes, y que hubieren merecido además pena aflictiva*”, con lo que no sólo limita el sufragio como un atributo de la ciudadanía, sino que pasa derechamente a establecer una sanción adicional, a nivel constitucional, consistente en despojar de la calidad de ciudadano a un sujeto, en virtud del quantum de la pena, o del tipo de ilícito cometido.

---

<sup>1</sup> MARSHALL, P., “La Persecución Penal como Exclusión Política”, en Muñoz, F. (editor) *Derecho, Igualdad e Inclusión*, Lom, Santiago, 2013, pp. 69 a 91, p. 71.

<sup>2</sup> INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Informe Anual de Derechos Humanos*, 2012.

<sup>3</sup> MAÑALICH, J.P., “El Derecho Penitenciario Entre La Ciudadanía y los Derechos Humanos”, en *Derecho y Humanidades* N° 18, 2011, pp. 163 a 178, p. 177.

Ello deja a las personas privadas de libertad en distintas situaciones en relación con su ciudadanía y los atributos esenciales de esta:

a. Las personas privadas de libertad condenadas a más de 3 años y un día o por los delitos enumerados en el artículo 17 N° 3, pierden su ciudadanía.

b. Las personas que han sido acusadas por delitos cuya pena sea de 3 años y un día o más: se les suspende el derecho a sufragio.

c. Las personas privadas de libertad que se encuentran condenadas a menos de 3 años y un día, quienes se encuentran en prisión preventiva pero no han sido acusadas, o han sido acusadas pero por un delito cuya pena es inferior a 3 años y un día: Cuentan con su ciudadanía y con su derecho a voto, pero se ven imposibilitadas de ejercerlo, por trabas prácticas levantadas por el SERVEL, lo que ha sido criticado e impugnado por diversas organizaciones,<sup>4</sup> e instituciones de Derechos Humanos,<sup>5</sup> y objeto de proyectos de ley<sup>6</sup> para solucionar estas trabas institucionales aparentes, sin que hasta hoy exista una solución efectiva al respecto.

Así, por medio de estas consecuencias jurídicas establecidas a nivel constitucional, que no son de naturaleza punitiva,<sup>7</sup> opera lo que Foucault describe como la “curiosa sustitución”, en que el sistema penitenciario recibe al ciudadano/a, y lo transforma en un delincuente,<sup>8</sup> transformándolo en un objeto de una sanción mucho más gravosa que la sola limitación proporcionada y temporal de su libertad personal, que no es sino la cristalización definitiva de una absoluta invisibilidad de la persona privada de

<sup>4</sup> <http://leasur.cl/sin-votopreso-no-hay-democracia/>

<sup>5</sup> <https://www.indh.cl/indh-presenta-recurso-proteccion-personas-privadas-libertad-puedan-votar-elecciones-presidenciales/> Sobre estas presentaciones y su impacto, véase: MARSHALL, P., ROCHOW, D, y MOSCOSO, C., “Ciudadanía y los Privados de Libertad en Chile”, en *Revista Austral de Ciencias Sociales* N° 37, 2019, pp. 7 a 27, pp. 22 y 23.

<sup>6</sup> Bolefín 11249-06, presentado el 31 de mayo de 2017. Disponible en <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=11765&prmBL=11249-06>

<sup>7</sup> MAÑALICH, J.P., “El Derecho Penitenciario Entre La Ciudadanía y los Derechos Humanos”, en *Derecho y Humanidades* N° 18, 2011, pp. 163 a 178, p. 177.

<sup>8</sup> FOUCAULT, M., *Vigilar y Castigar*, Siglo XXI, Madrid, 1976, p. 255.

libertad,<sup>9</sup> operando como un efectivo mecanismo de despersonalización del “delincuente”.<sup>10</sup>

### III. Sobre la historia de estas normas

Estas disposiciones no son una creación de la Constitución de 1980, sino que su origen se remonta a la Constitución de Cádiz de 1812, incorporada en Chile desde la Constitución de 1822 en adelante, con la sola excepción de la Constitución de 1823, en que se contemplaba la suspensión del derecho a sufragio, más no la pérdida de ciudadanía.<sup>11</sup> Pero dicha tradición histórica (prácticamente) ininterrumpida, no fue óbice para que la discusión se diera dentro de la comisión constituyente de 1980: en el seno de la discusión efectuada por estos comisionados para redactar la nueva Constitución, Jaime Guzmán planteó su posición contraria a que la condena a pena afflictiva sea causal de pérdida de la ciudadanía, debiendo limitarse, a su juicio, dicha pérdida de ciudadanía a los delitos que atenten contra el orden institucional de la República,<sup>12</sup> lo que no fue compartido por el resto de los comisionados bajo escasos argumentos y algunas alusiones a la gravedad de ciertos delitos como el incendio o el secuestro.<sup>13</sup>

En ese contexto, primaron los fundamentos sostenidos luego por el Comisionado Silva Bascañán, quien sostuvo “*la razón fundamental de la disposición es reconocer que un ciudadano que se encuentra en esa situación no tiene la dignidad cívica necesaria para actuar en la vida pública*”,<sup>14</sup> lo que fue

<sup>9</sup> MAÑALICH, J.P., “El derecho penitenciario entre la ciudadanía y los derechos humanos”, en *Derecho y Humanidades* N° 18, 2011, pp. 163-178, p. 177.

<sup>10</sup> HORVITZ, M.I., “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, 2018, pp. 904 a 951, p. 937.

<sup>11</sup> HORVITZ, M.I., “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, 2018, pp. 904 a 951, p. 938.

<sup>12</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Actas De la Comisión Constituyente de la Constitución Política de la República”, Sesión N° 76, de 7 de octubre de 1974.

<sup>13</sup> Así, el Comisionado Ortúzar. Véase, ídem.

<sup>14</sup> Ídem.

respaldado por el Comisionado Ovalle agregando que “*en realidad, no se trata de cómo ejercerá el ciudadano el sufragio, sino de la dignidad política*”.<sup>15</sup> En ese marco, las disposiciones de este artículo se adoptaron por mayoría, con el voto desfavorable de Guzmán, quedando dichos artículos establecidos en los términos ya descritos.

Como destaca la profesora Horvitz, tras esta regulación subyace una argumentación *Jakobsiana* en cuanto “*después de un delito, no basta con denominar delincuente al autor –esto, por sí solo, es únicamente una corroboración conceptual–, sino que también ha de ser tratado como delincuente, para avanzar hacia la realización del concepto y mantener la fuerza de orientación, la vigencia del Derecho*”,<sup>16</sup> en línea con la ya mencionada sustitución de la que hablaba Foucault, y bajo la idea de que la pena no sólo exprese un reproche temporal y proporcionado, sino que derechamente neutralice. Todo esto con ciertos tintes moralistas asociados a la idea de *dignidad cívica*, como un ejercicio de merecimiento de la calidad de ciudadano/a.

#### IV. El sustento y el contexto

Los argumentos sostenidos para avalar la pérdida de la ciudadanía como consecuencia jurídica asociada a la calidad de condenado/a, han sido de distinta índole. Sin embargo, en base a las actas de la comisión constituyente, la que más peso tuvo fue aquella que considera que los/as condenados/as no tienen la idoneidad moral o la dignidad para participar en el terreno de la política,<sup>17</sup> bajo nociones contractualistas clásicas que postulan que el

<sup>15</sup> Ídem.

<sup>16</sup> Jakobs, G., *La pena estatal: significado y finalidad*, traducción y Estudio Preliminar de Cancio, M. y Feijóo, B., Madrid, Civitas, 1996, p. 143, citado en HORVITZ, M.I., “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, 2018, pp. 904 a 951, p. 941.

<sup>17</sup> MARSHALL, P., “La persecución penal como exclusión política”, en Muñoz, F. (editor) *Derecho, Igualdad e Inclusión*, Lom, Santiago, 2013, pp. 69 a 91, p. 78. Para un desarrollo más profundo de estos argumentos, véase MARSHALL, P., “La privación del derecho a sufragio como castigo en la órbita del *common law*: análisis crítico”, en *Polit. Crim.* Vol. 14, N° 28, 2019, pp. 520 a 561.

otorgamiento de ciudadanía vendría con la condición elemental de que los derechos de los/as demás ciudadanos/as estén seguros ante él/ella,<sup>18</sup> sosteniendo que el delincuente se alza como enemigo del Estado al incumplir dicha condición esencial.<sup>19</sup>

Así, esta argumentación expresa que esta privación de ciudadanía es en sí misma una opción en desmedro de un derecho penal del ciudadano/a, y una opción a favor de un derecho penal del enemigo/a, no sólo limitada a ciertos delitos, sino que ampliada a todo delito cuya pena asociada sea superior a 3 años y un día.<sup>20</sup> Los argumentos antes mencionados, se fundan en nociones de derecho natural, y derivan de la concepción del Estado como un ente moralizante y carente de límites en el ejercicio del *ius puniendi*. Su adopción como argumento, en ese sentido, implica una concepción de la privación de libertad que no expresa sólo un reproche temporal limitado a una restricción en la libertad personal, sino que expresa un incumplimiento de obligaciones que se traduce en el exilio de la sociedad, en una especie de ostracismo que implica el tránsito de ciudadano/a, a otra categoría donde sus garantías son de una intensidad menor, y donde no se aplican las mismas reglas. Ello excede, como veremos, el marco punitivo tolerable y legítimo, y tiene una raigambre moralista y exclusoria que no debiera ser aceptable bajo los cánones actuales.

Junto con estos argumentos, también se han sostenido otros desde la autodeterminación democrática de las sociedades,<sup>21</sup> entendiendo que es una decisión soberana de las naciones, expresadas por medio del legislador (o constituyente). Así lo ha entendido nuestro Tribunal Constitucional, al entender que es decisión del legislador –en general– o del constituyente –en este caso– la decisión por una u otra consecuencia asociada a una sanción penal,<sup>22</sup> entendiendo que la pérdida de la ciudadanía no es una pena accesoria

<sup>18</sup> FICHTE, J., *Fundamento del Derecho Natural*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 317.

<sup>19</sup> Para un desarrollo acabado de este punto, véase: MAÑALICH, J.P., “Pena y ciudadanía”, en *Revista de Estudios para la Justicia* N° 6, 2005, pp. 63 a 83, pp. 76 y 77.

<sup>20</sup> Ídem, p. 77.

<sup>21</sup> MARSHALL, P., “La persecución penal como exclusión política”, en Muñoz, F. (editor) *Derecho, igualdad e inclusión*, Lom, Santiago, 2013, pp. 69 a 91, p. 79.

<sup>22</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Causa Rol N° 1328-2009, C. 13.

sino un efecto constitucional de este tipo de condenas,<sup>23</sup> citando para ello al propio Silva Bascuñán. Este argumento esgrimido por el TC, plantearía que la consecuencia constitucional de la imposición de una pena afflictiva es una manifestación de la soberanía y democracia, cuya definición, alcance o modificación, es tarea del constituyente o del legislador. Así, sería la democracia la que justificaría la privación de la calidad de ciudadano. Pero dicho argumento parece ser en sí mismo contradictorio, pues no puede la democracia fortalecerse por medio de la marginación de la vida pública de ciertos ciudadanos/as. Así, lejos de reforzar un ideal democrático, la privación de ciudadanía más bien parece mermar el pleno ejercicio de una democracia más abierta y participativa, pues *“la democracia es un argumento que más bien justifica incluir a los criminales y devolverles sus derechos políticos”*,<sup>24</sup> lo que se refuerza en la idea de que, respecto a la mayoría de las personas privadas de libertad, existe una exclusión primaria o fáctica de la participación y toma de decisiones públicas, como veremos, con lo que la consecuencia constitucional sólo refuerza una exclusión democrática fáctica previa.

Por último, se han sostenido argumentos vinculados con los fines de la pena: se ha argumentado que la privación de ciudadanía produciría un efecto disuasivo en quienes piensan cometer delitos. Dicho argumento, sin embargo, no sólo carece de toda evidencia<sup>25</sup> sino que resulta contra intuitivo, pues quien no se disuade de delinquir al ser amenazado/a con una pena privativa de libertad, tampoco se disuadirá de hacerlo bajo la amenaza de una privación de ciudadanía, que no suele estar entre los factores decisivos a la hora de delinquir.<sup>26</sup> Por otro lado, desde nociones preventivas positivas, se ha señalado que la “devolución” de la ciudadanía puede ser tenida como un premio en la búsqueda de la tan manoseada (re)inserción social.<sup>27</sup> Esta noción de (re)inserción social, sin embargo, en base a lógicas de premio, es también contradictoria en sí misma, pues sostiene que despojar de ciuda-

<sup>23</sup> Ídem, C. 16.

<sup>24</sup> MARSHALL, P., “La persecución penal como exclusión política”, en Muñoz, F. (editor) *Derecho, Igualdad e Inclusión*, Lom, Santiago, 2013, pp. 69 a 91, p. 80.

<sup>25</sup> MARSHALL, P., “La privación del derecho a sufragio como castigo en la órbita del common law: análisis crítico”, en *Polit. Crim* Vol. 14, N° 28, 2019, pp. 520 a 561, p. 532.

<sup>26</sup> Ídem.

<sup>27</sup> Ídem, p. 533.

danía a personas que delinquen, puede ser un eficiente método para lograr un mejor ejercicio de la calidad de ciudadano/a, lo que no parece razonable. Así, en este punto, esta supuesta calidad de “premio” de la ciudadanía, es sólo una “mala pedagogía”,<sup>28</sup> que lejos de constituir un aporte en un proceso de (re)inserción, se alza, según la evidencia, como un obstáculo a la misma.<sup>29</sup> En términos retributivos, se ha sostenido también que la pérdida de la ciudadanía operaría como parte de un reproche jurídico a una conducta desaprobada jurídicamente, ante el quebrantamiento de una norma. Aun cuando el fallo del Tribunal Constitucional que se analizó más arriba, descarta que la pérdida de la ciudadanía sea una sanción, calificándola eufemísticamente como un efecto constitucional, en su argumentación expresa argumentos retributivos, entremezclados con nociones de dignidad cívica y decisión democrática, sosteniendo que,

*“El fundamento de la exigencia de no estar acusado o condenado por delito que merezca pena aflictiva para mantener la calidad de ciudadano, se explica porque para la Constitución no puede considerarse como un ciudadano más a quien fue desleal con el Estado y con el resto de las personas, al cometer un delito grave (...). De ahí que se margine al responsable de la vía cívica. En ello hay un juicio de reproche respecto de quien cometió un delito y fue condenado a esa pena.”<sup>30</sup>*

Tal como ha sido explicado de manera clara y exhaustiva por Juan Pablo Mañalich, ese argumento implica la pérdida de aquel presupuesto del reproche jurídico democrático, contraviniendo el principio de culpabilidad:

*“Que a consecuencia de la imposición de una “pena” de determinada entidad se siga la pérdida del estatus de ciudadano del condenado, muestra que el Estado constitucional entiende legitimada su reacción sobre este con total prescindencia*

<sup>28</sup> Sentencia de la Corte Suprema Canadiense en el caso “Sauve v. Canadá”, C. 30.

<sup>29</sup> Miller, B. L.; Spillane, J., “Civil death: an examination of ex-felon disenfranchisement and reintegration”, *Punishment & Society* Vol. 14, N° 4, 2012, pp. 402 a 428, p. 402, citado en, MARSHALL, P., “La privación del derecho a sufragio como castigo en la órbita del *common law*: análisis crítico”, en *Polit. Crim* Vol. 14, N° 28, 2019, pp. 520 a 561, p. 533. En el mismo sentido, ESPINOZA, O. y MARTÍNEZ, F. “Políticas de reinserción post penitenciaria: Eliminación de antecedentes penales en Chile”, en *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana* N° 1, 2007: 117-134.

<sup>30</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, causa rol N° 1328-2009, C. 17.



*de su culpabilidad por el hecho, la cual sirve, más bien, de pretexto para su intervención preventiva*”<sup>31</sup>

Así, si es que la noción de ciudadano/a de quien delinque, es el fundamento para retribuir jurídico-penalmente el quebrantamiento de la norma de conducta, entonces se vuelve ilegítimo que la consecuencia penal prive de ciudadanía al sujeto, pues la calidad de ciudadano/a pasaría a ser el fundamento de la sanción, y la sanción misma. Junto con ello, bajo toda noción retributiva, el reproche como fundamento de la sanción está siempre limitado por la proporcionalidad de la sanción en relación a la naturaleza y entidad del delito. Así, sería manifiestamente desproporcionado excluir del ámbito civil y político a una persona en función de la comisión de todo delito sólo en base a que la pena asignada es superior a 3 años y un día.

Por último, desde nociones preventivas especiales negativas, se ha planteado –con mayor honestidad– que la función de esta disposición sería la de incapacitar políticamente a un sujeto que ha cometido un delito. Así, los/as defensores/as de estos argumentos, han sostenido que la neutralización ciudadana de un sujeto podría servir para la prevención de la comisión de nuevos ilícitos por el sujeto.<sup>32</sup> Este argumento es fácilmente descartable, pues sólo prevendría delitos políticos o electorales, siendo un impacto muy insignificante a un costo personal, social y democrático muy elevado.

Así, todos estos argumentos han sido más bien deficientes y de poco sustento, pero su dimensión cuantitativa en Chile y otros países ha ido aumentando, pues ha venido de la mano de otro fenómeno punitivo global, que ha permitido relegitimar ciudadana y políticamente este discurso sin necesidad de buenas razones. Este fenómeno, en su concepción contemporánea, es parte de lo que Garland denominó el *viraje punitivo*,<sup>33</sup> en que las nociones resocializadoras propias del *welfarismo* o de los Estados de bienestar,<sup>34</sup> retroceden en desmedro de argumentos neutralizadores y

<sup>31</sup> MAÑALICH, J.P., “El derecho penitenciario entre la ciudadanía y los derechos humanos”, en *Derecho y Humanidades* N° 18, 2011, pp. 163 a 178, p. 177.

<sup>32</sup> MARSHALL, P., “La privación del derecho a sufragio como castigo en la órbita del common law: análisis crítico”, en *Polit. Crim* Vol. 14, N° 28, 2019, pp. 520 a 561, p. 529.

<sup>33</sup> GARLAND, DAVID, *La cultura del control*, Barcelona, Gédisa, p. 119.

<sup>34</sup> En Chile, no es del todo acertado sostener que existió un Estado de Bienestar,

emocionales,<sup>35</sup> con un aumento explosivo de la privación de libertad como respuesta preponderante a problemas y fenómenos sociales. La consolidación de ese discurso implicó un desplazamiento de las corrientes a favor de incluir a las personas privadas de libertad dentro de las decisiones públicas, y la consolidación de argumentos marginadores y de neutralización política, bajo la lógica de que quienes no se conducen a sí mismos de manera responsable deben ser marginados/as,<sup>36</sup> consolidando la noción de que estas personas serían “otros/as” no dignos/as de ser incorporados/as.<sup>37</sup> Este fenómeno tiene una tremenda relevancia en las dimensiones cuantitativas que ha tomado la pérdida de ciudadanía en Chile y en algunos otros países que aún mantienen esta regulación. Así, por ejemplo, en Estados Unidos, al 2015, 1 de cada 40 adultos, es decir, casi 6.000.000 de personas estaban inhabilitadas para votar,<sup>38</sup> y si ello se cruzaba con la selectividad penal propia de todo sistema penal,<sup>39</sup> se apreciaba una afectación con mayor dureza a la población afroamericana, en que el 13% de los afroamericanos habrían perdido el derecho a voto en algún momento de sus vidas.<sup>40</sup> Estos niveles de exclusión son tales, que estudios demuestran que esta cantidad de personas podrían haber

---

sin perjuicio de que haya existido un viraje punitivo con otras características. Sobre este punto, véase WILENMANN, J., “Neoliberal Politics and State Modernization in Chilean Penal Evolution”, en *Punishment & Society* 0 (0), pp. 1 a 22.

<sup>35</sup> MAUER, M., “The causes and consequences of prison growth in the United States”, en Garland, D. (ed.), *Mass Imprisonment: Social Causes and Consequences*, Londres, Sage, pp. 4 a 14, p. 5.

<sup>36</sup> BECKETT, K. y WESTERN, B., “Governing social marginality: Welfare, incarceration, and the transformation of state policy”, en Garland, D. (ed.) *Mass imprisonment: Social Causes and Consequences*, Londres: Sage, 2001: 35 – 50.

<sup>37</sup> CIGUELA, J., “Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* N° 22-12, 2020, p. 5.

<sup>38</sup> WAKEFIELD, S. y UGGEN, C., “Incarceration and Stratification”, en *Annual Review of Sociology* 36, 2010, pp. 387 a 408, pp. 398 y 399.

<sup>39</sup> LARROULET, P., “Cárcel, marginalidad y delito”, en Catalina Siles (editora), *Los invisibles. Porqué la pobreza y la exclusión social dejaron de ser prioridad*, Santiago, Institutos de Estudios de la Sociedad, 2017, pp. 157 a 194, p. 159.

<sup>40</sup> Así lo afirma Tomás López, asesor legal del Brennan Center for Justice de Nueva York. Véase: [https://elpais.com/internacional/2015/09/13/actualidad/1442165511\\_496517.html](https://elpais.com/internacional/2015/09/13/actualidad/1442165511_496517.html)

revertido la elección presidencial del año 2000 en Estados Unidos.<sup>41</sup> Así, al alero de este fenómeno global, la cantidad de personas afectas a esta pérdida de ciudadanía o restricción del derecho a voto, ha aumentado significativamente en los países que la mantienen, transformándolo en una vulneración a derechos civiles y políticos de magnitudes preocupantes. Junto con dicho efecto cuantitativo, este fenómeno ha transparentado y simplificado los motivos que deben tener quienes aboguen por esta sanción adicional, sin necesidad de dar buenos argumentos, bastando los emocionalismos.<sup>42</sup> Así, por ejemplo, el ex Primer Ministro británico David Cameron afirmaba respecto al tema en 2010: “*Me da náuseas incluso contemplar la posibilidad de tener que dar voto a cualquiera que esté en la cárcel*”,<sup>43</sup> y el parlamentario estadounidense Francis Marini sostenía que “*los condenados son incapaces de dirigir sus propias vidas, y no deberían tener permitido dirigir las nuestras*”.<sup>44</sup>

## V. Cruce con la realidad chilena

En Chile<sup>45</sup> podemos hablar de una doble marginalidad civil y política que, como veremos, se ha traducido en que año a año miles de personas se ven privadas de su ciudadanía y/o del ejercicio del derecho a sufragio. Todo esto en el contexto de un explosivo aumento de la privación de libertad desde los años 90’ a la fecha, masificando la exclusión y agravando el problema.<sup>46</sup> En este marco, es posible apreciar una marginalidad primaria, y una exclusión secundaria o normativa.

<sup>41</sup> WAKEFIELD, S. y UGGEN, C., “Incarceration and Stratification”, en *Annual Review of Sociology* 36, 2010, pp. 387 a 408, pp. 399.

<sup>42</sup> Downes, D., “The macho penal economy: Mass incarceration in the United States – a European perspective”, en GARLAND, D. (edit.) *Mass imprisonment: Social Causes and Consequences*, Londres: Sage, 2001, pp. 51 a 69, p. 57.

<sup>43</sup> David Cameron, P.M. Véase MARSHALL, P., “La privación del derecho a sufragio como castigo en la órbita del *common law*: análisis crítico”, en *Polit. Crim.* Vol. 14, N° 28, 2019, pp. 520 a 561, p. 522

<sup>44</sup> Francis Marini, legislador de Massachussets. Véase, Ídem, p. 523.

<sup>45</sup> La gran diferencia de Chile con varios estados de Estados Unidos, es que en nuestro país la pérdida de la ciudadanía del art. 17 N° 2, la recuperan una vez extinguida la responsabilidad penal, y respecto a las del N° 3 se debe solicitar la rehabilitación al Senado.

<sup>46</sup> SALINERO, S., “Porqué aumenta la población penal en Chile? Un estudio criminológico longitudinal”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 18, N° 1, 2012, pp. 113 a 150, p. 115.

## A. EXCLUSIÓN PRIMARIA O FÁCTICA

La realidad nacional nos muestra que la selectividad del sistema de justicia criminal chileno recae con mayor rigor punitivo en aquellas personas que han sido objeto de una anterior marginalización multifactorial y compleja.<sup>47</sup> Así, quienes son despojados de la ciudadanía por disposición constitucional, han sido, en muchos casos, despojados fácticamente de un ejercicio activo de la ciudadanía desde tiempo antes, con escasa participación en entidades de participación política o social.<sup>48</sup> Junto con ello, en muchos casos han fallado también los presupuestos necesarios para un ejercicio de dicha ciudadanía: el 98% de las personas privadas de libertad no ha completado la educación obligatoria que es considerada mínima para acceder a empleos formales,<sup>49</sup> el 7,3% es analfabeto/a,<sup>50</sup> el 66,4% de los hombres y el 57,1% de las mujeres privadas de libertad abandonaron el hogar paterno/materno antes de la mayoría de edad,<sup>51</sup> el 68% delinquirió antes de los 18 años, un 43% declara haber pasado por un hogar de menores,<sup>52</sup> y un 45% nunca tuvo un trabajo

<sup>47</sup> LARROULET, P., “Cárcel, marginalidad y delito”, en Catalina Siles (ed.), *Los invisibles. Por qué la pobreza y la exclusión social dejaron de ser prioridad*, Santiago, Institutos de Estudios de la Sociedad, 2017, pp. 157 a 194, p. 159. En el mismo sentido: 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, N° 93, 2017, p. 6.

<sup>48</sup> FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA, “Estudio sobre los niveles de exclusión social en personas privadas de libertad”, 2016, pp. 130 y ss. Disponible en: <https://pazciudadana.cl/biblioteca/documentos/estudio-sobre-los-niveles-de-exclusion-en-personas-privadas-de-libertad/?titulo=Exclusi%C3%B3n%20social>

<sup>49</sup> LEASUR ONG, “Informe de condiciones carcelarias: situación de las cárceles en Chile”, 2018, p. 17. Disponible en: <http://leasur.cl/wp-content/uploads/2018/12/Informe-CC-Leasur-sin-logo.pdf>

<sup>50</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), “Seguridad ciudadana con rostro humano: Diagnóstico y propuestas para América Latina”, Informe Regional de Desarrollo Humano, 2013.

<sup>51</sup> 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, N° 93, 2017, p. 6.

<sup>52</sup> Ídem.

previo a la privación de libertad, mientras que quienes sí tenían un trabajo, les reportaba ingresos mensuales de \$72.000 en promedio.<sup>53</sup>

Así, la Constitución sólo viene a dar consagración normativa a una exclusión fáctica significativa que altera los presupuestos necesarios para un ejercicio activo de la ciudadanía, existiendo, por tanto, un déficit originario de participación política sumamente alarmante. Más preocupante aún es el hecho de que la privación de libertad, lejos de mejorar dicha situación, normativiza el despojo de la calidad de ciudadano, y no sólo replica sino que profundiza estas marginalidades previas.<sup>54</sup>

## B. EXCLUSIÓN SECUNDARIA O NORMATIVA

Luego, las normas de los artículos 16 N° 2 y 17 N°s 2 y 3 de la Constitución Política, normativizan esa exclusión y disponen, por medio de la Carta Fundamental, que esas personas deben ser despojadas de su calidad de ciudadano/a, operando la “curiosa sustitución”<sup>55</sup> de ciudadana/o a delincuente, con lo que *“al ser despojados del ropaje de la ciudadanía, sólo subsisten como hombres y mujeres desnudos, cuyos derechos humanos constataremos en cada ocasión de su vulneración, entonces no hay otra descripción posible: la cárcel es el estado de naturaleza”*,<sup>56</sup> pasando la pena privativa de libertad a constituirse como *“una reacción inmoral, ilegítima e injustificada”*.<sup>57</sup>

De esta manera, la exclusión secundaria implica por un lado que, por medio de la privación de libertad y sus efectos intrínsecos, se profundizarán

<sup>53</sup> Ídem, pp. 6 y 7.

<sup>54</sup> LARROULET, P., “Cárcel, marginalidad y delito”, en Catalina Siles (editora), *Los invisibles. Por qué la pobreza y la exclusión social dejaron de ser prioridad*, Santiago, Institutos de Estudios de la Sociedad, 2017, pp. 157 a 194, p. 183. En el mismo sentido, WAKEFIELD, S. y UGGEN, C., “Incarceration and Stratification”, en *Annual Review of Sociology* 36, 2010, pp. 387 a 408, p. 399

<sup>55</sup> Véase, *supra*, cit. N° 8.

<sup>56</sup> MAÑALICH, J.P., “El derecho penitenciario entre la ciudadanía y los derechos humanos”, en *Derecho y Humanidades* N° 18, 2011, pp. 163 a 178, p. 177.

<sup>57</sup> HORVITZ, M.I., “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, 2018, pp. 904 a 951, p. 945.

aquellos factores que produjeron un déficit primario en el ejercicio de la ciudadanía (que será fácticamente menos ciudadano/a de lo que era), y por otro, que ello se hará avalado por el despojo que efectúa la propia Constitución Política de la República, atentando contra todo pretendido fin o deber de (re)inserción, deslegitimando la base democrática de su castigo, excediendo el rango de sanción legítima, y afectando aquel presupuesto jurídico que le permitió efectuar un reproche jurídico penal originalmente.

Esta situación ha generado que hoy el 60,3% de la población en sistema cerrado esté inhabilitada para ejercer su derecho a sufragio, lo que implica eliminar a 24.497 personas de la toma de decisiones colectivas que los/as afectan, tal como muestran los datos de la siguiente Tabla:

Estado reclusión vigente	Mujeres	Hombres	Total	%
Chilenos reclusos 24 horas potenciales votantes	1.186	11.950	13.136	32,3%
Inhabilitados para votar con reclusión vigente	1.325	23.172	24.497	60,3%
Extranjeros no inhabilitados de votar, sin información de ciudadanía	444	2.457	2.901	7,1%
Otros chilenos solo pernóctan o con beneficio	11	100	111	0,3%
Total población penal vigente en sistema cerrado	2.966	37.679	40.645	100%
% chilenos no inhabilitados respecto del total según sexo	40,0%	31,7%	32,3%	

Fuente: Gendarmería de Chile, actualizado al 31/08/2020.

## VI. Críticas a la exclusión ciudadana de las personas privadas de libertad

Como ya ha sido esbozado en los párrafos anteriores, existen múltiples problemas asociados a la pérdida de la ciudadanía como una pena accesoria al delito o como consecuencia constitucional asociada al delito. Las principales críticas que se pueden formular al respecto, son las siguientes:

## 1. EXCEDE EL RANGO DE SANCIÓN LEGÍTIMA Y DESLEGÍTIMA EL EJERCICIO DEL PODER PUNITIVO ESTATAL

En primer lugar, esta norma constitucional implica que la sanción aparejada a un delito no sólo se traduce en una privación o restricción de la garantía constitucional a la libertad personal, sino que,

*“implica, también, la exclusión del disfrute de los derechos civiles, políticos y sociales que aparentemente concedían el estatus de miembro libre e igual de nuestra comunidad a todo individuo, en un esfuerzo que sólo puede ser visto como una práctica de permanente exclusión que se sustenta en el discurso que dichas personas no son verdaderamente ciudadanos/as”*.<sup>58</sup>

Esta circunstancia en la que el castigo recibido sobrepasa la pena formal,<sup>59</sup> no se condice con el deber de garante que debiera ejercer el Estado de Chile<sup>60</sup> respecto a las personas privadas de libertad, deber conforme al cual le está vedado afectar cualquier otro derecho distinto a la libertad personal (sentido negativo), y debe velar por el ejercicio libre de dichos derechos (sentido positivo). Así, una adecuada comprensión de ese rol de garante, debe plantear cuestionamientos serios a la disposición constitucional en comento, pues excede aquel rango de sanción que al Estado le es posible y legítimo imponer a los/as ciudadanos/as,<sup>61</sup> no debiendo las circunstancias del encarcelamiento utilizarse como un castigo adicional.<sup>62</sup> Ello no es baladí,

<sup>58</sup> MARSHALL, P., ROCHOW, D, y MOSCOSO, C., “Ciudadanía y los privados de libertad en Chile”, en *Revista Austral de Ciencias Sociales* N° 37, 2019, pp. 7 a 27, p. 25.

<sup>59</sup> 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, N° 93, 2017, p. 2.

<sup>60</sup> Véase NASH, C., *Personas privadas de libertad y medidas disciplinarias en Chile: Análisis y propuestas desde una perspectiva de derechos humanos*. Santiago, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2013.

<sup>61</sup> MARSHALL, P.; ROCHOW, D, y MOSCOSO, C., “Ciudadanía y los privados de libertad en Chile”, en *Revista Austral de Ciencias Sociales* N° 37, 2019, pp. 7 a 27, p. 13.

<sup>62</sup> STIPPEL, J., *Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile*. Santiago, Lom, 2006, p. 154.

pues por medio de dicho exceso le quita el derecho a las personas privadas de libertad a tomar parte en la “*común-unidad política*”.<sup>63</sup>

Lo anterior, no sólo implica que el Estado castiga en ámbitos en los que no le está permitido castigar, sino que junto con ello, al hacerlo, el mismo Estado resta legitimidad democrática a su ejercicio de poder punitivo. Esto pues,

*“Si el fundamento del carácter vinculante de las normas en un estado democrático de derecho está en el desempeño de los roles de autor y destinatario de las mismas, la privación de la ciudadanía a los condenados a penas afflictivas (y la obstaculización fáctica del ejercicio de derechos políticos a los demás) plantea déficits de legitimidad democrática en el ejercicio de la práctica punitiva estatal”.*<sup>64</sup>

Así, al atentar la sanción contra los presupuestos del principio de culpabilidad y, como veremos, con la constatación de la calidad de ciudadano/a como presupuesto del reproche jurídico penal, la sanción se vuelve excesiva, contradictoria e infundada, y un castigo con esas características deslegitima a quien lo ejerce, lo que merma el sistema de justicia criminal, su legitimidad y efectividad. El asunto central, en este punto, es que,

*“Si la Constitución chilena niega la calidad de ciudadano al sujeto a quien se impone una pena privativa de libertad o restrictiva de libertad de duración superior a 3 años, la Constitución hace inviable la construcción de un derecho penal del ciudadano. Y la alternativa a un derecho penal del ciudadano es, inevitablemente, un derecho penal del enemigo”.*<sup>65</sup>

Y es que, tal como ha expresado la Corte Suprema Canadiense, en el caso *Sauve vs. Canadá*, “*Un gobierno que condiciona el derecho a sufragio a*

<sup>63</sup> MAÑALICH, J.P., “El derecho penitenciario entre la ciudadanía y los derechos humanos”, en *Derecho y Humanidades* N° 18, 2011, pp. 163 a 178, p. 166.

<sup>64</sup> HORVITZ, M.I., “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, 2018, pp. 904 a 951, p. 945.

<sup>65</sup> MAÑALICH, J.P., “Pena y ciudadanía”, en *Revista de Estudios para la Justicia* N° 6, 2005, pp. 63 a 83, pp. 76.



*una porción determinada de sus ciudadanos, es un gobierno que (...) corroe la base misma de su derecho a condenar y castigar a los que infringen la ley*”.<sup>66</sup>

## 2. NO CUMPLE CON NINGUNA FINALIDAD LEGÍTIMA DE LA PENA

Como ya fue desarrollado en el apartado IV de este trabajo, la privación de la ciudadanía no puede ser adecuadamente justificada bajo ninguna finalidad legítima de la pena, pues genera un sinfín de contradicciones, y no cuenta con la evidencia suficiente para actuar como argumento adecuado para ninguna de esas finalidades.

Esto pues, la sanción de pérdida de la ciudadanía no cumple ni puede cumplir un fin desde nociones propias de la prevención especial positiva, pues (re)insertar en la sociedad a alguien privándolo de su calidad de miembro de la misma, es una contradicción en sí misma, que no resiste mayores análisis. Pretender, en esta línea, que la ciudadanía sea un premio de reinserción, implica alzar a la persona privada de libertad como un medio *cosificado*, cuyos atributos esenciales son instrumentalizados para la consecución de ciertos fines que, por lo demás, carecen de evidencia en cuanto a su efectividad.

En cuanto a un supuesto efecto disuasivo, como ya fue analizado, quien no se disuade de delinquir bajo la amenaza de una pena privativa de libertad, no se verá disuadido de delinquir por la pérdida de la ciudadanía. En este sentido, es imperativo recordar que no existe evidencia consistente sobre el efecto disuasivo de la pena privativa de libertad, y que existe evidencia de la ausencia de correlación entre el uso de la prisión y la disminución del delito.<sup>67</sup> Así, si el mayor uso de la cárcel no tiene un efecto disuasivo signi-

<sup>66</sup> *Sauve vs. Canadá*, C. 34. Citado en MARSHALL, P., “La privación del derecho a sufragio como castigo en la órbita del *common law*: análisis crítico”, en *Polit. Crim.* Vol. 14, N° 28, 2019, pp. 520 a 561, p. 548.

<sup>67</sup> 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, N° 93, 2017, p. 2.

ficativo en la pena privativa de libertad,<sup>68</sup> tampoco lo tendrá la amenaza (ilegítima) de la pérdida de ciudadanía.

Respecto al efecto a su rol respecto a la prevención especial negativa, su efecto como finalidad legítima en este respecto sería acotado y estadísticamente insignificante, pues en la práctica inhabilitaría al sujeto a cometer delitos electorales, que son de escasa concurrencia, lo que implicaría despojar a decenas de miles de personas de su ciudadanía para impedir una hipotética, improbable y marginal comisión de delitos sumamente específicos, lo que a su vez supone una limitación desproporcionada en relación a los fines perseguidos.

Por último, respecto a nociones retributivas, la sanción de pérdida de ciudadanía sería manifiestamente desproporcionada en relación a los delitos cometidos, más aún cuando este despojo no se vincula con la naturaleza de ciertos delitos, sino lisa y llanamente lo impone respecto a todo delito cuya sanción aparejada sea de pena afflictiva. Pero junto con ello, *“bajo una justificación democrática de la pena, un sujeto condenado por un hecho punible debe conservar su condición de ciudadano, pues la legitimidad (de las consecuencias) del reproche que se expresa en la pena presupone su reconocimiento como miembro de la comunidad política”*.<sup>69</sup>

En este sentido,

*“si es que la imputación de culpabilidad a quien infringió la norma de comportamiento se entiende como un reproche por una falta de lealtad comunicativa, en el sentido (reactivo) de reprobación por una conducta incorrecta, tal juicio no es compatible con una actitud objetivante respecto del sujeto a quien se reprocha la decisión por esa conducta incorrecta. La reprobación, como el resentimiento, es una actitud reactiva, forma parte de nuestra experiencia cotidiana, y presu-*

<sup>68</sup> LEVITT, S., “The effect of prison population size on crime rates: Evidence from prison overcrowding litigation”, en *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 111, N° 2, 1996, pp. 319 a 351. En el mismo sentido: FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA, *Estudio sobre los niveles de exclusión social en personas privadas de libertad*, 2016. Disponible en: <https://pazciudadana.cl/biblioteca/documentos/estudio-sobre-los-niveles-de-exclusion-en-personas-privadas-de-libertad/?titulo=Exclusi%C3%B3n%20social>

<sup>69</sup> MAÑALICH, J.P., “Pena y ciudadanía”, en *Revista de Estudios para la Justicia* N° 6, 2005, pp. 63 a 83, pp. 63 y 64.

*pone la consideración del destinatario del reproche como un participante en la comunicación*".<sup>70</sup>

Así, dado que el reproche se funda en el carácter de ciudadano/a de la persona sancionada, no puede dicha sanción despojarlo de aquello que lo vuelve sancionable, pues el reproche se vuelve carente de fundamento y legitimidad.

En base a todo lo anterior, la privación de ciudadanía no cumple ninguna finalidad legítima de la pena, sino que se alza como un ejercicio puramente exclusorio y neutralizador,<sup>71</sup> con lo que personas son despojadas de su carácter de ciudadanos/as para explicitar su carácter de delincuentes y su invisibilidad como tales,<sup>72</sup> siendo una medida orientada a la profundización y perfeccionamiento de su exclusión social,<sup>73</sup> que a su vez implica la consagración de la calidad de enemigo/a del sujeto (en contraposición a su calidad de ciudadano/a), con lo que deja de constituir una pena y se transforma exclusivamente en una medida de seguridad,<sup>74</sup> que ya no se funda en lógicas retributivas, sino sólo en la incapacitación permanente,<sup>75</sup> dejando el individuo de ser visto como un co-agente racional y moral, para convertirse en mero objeto de táctica social.<sup>76</sup>

<sup>70</sup> HORVITZ, M.I., "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, 2018, pp. 904 a 951, p. 940.

<sup>71</sup> MARSHALL, P., "La privación del derecho a sufragio como castigo en la órbita del common law: análisis crítico", en *Polit. Crim.* Vol. 14, N° 28, 2019, pp. 520 a 561, pp. 547 y 548.

<sup>72</sup> MARSHALL, P.; ROCHOW, D, y MOSCOSO, C., "Ciudadanía y los privados de libertad en Chile", en *Revista Austral de Ciencias Sociales* N° 37, 2019, pp. 7 a 27, p. 25.

<sup>73</sup> Ídem.

<sup>74</sup> MAÑALICH, J.P., "Pena y ciudadanía", en *Revista de Estudios para la Justicia* N° 6, 2005, pp. 63 a 83, p. 77.

<sup>75</sup> DEMLEITNER, N., "Continuing payment on one's debt to society: the German Model of Felon Disenfranchisement as an Alternative", en *Minnesota Law Review*, 2000, pp. 753 a 804, p. 775. Las traducciones de este texto fueron realizadas por el autor.

<sup>76</sup> HORVITZ, M.I., "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, 2018, pp. 904 a 951, p. 946.

### 3. ES CONTRADICTORIA CON TODO INTENTO DE (RE)INSERCIÓN SOCIAL<sup>77</sup>

La privación de la ciudadanía, lejos de ser un esfuerzo tendiente a la incorporación de una persona en la sociedad, es la consagración constitucional de una exclusión política explícita de la misma. Así, esta circunstancia implica “negar al infractor la oportunidad de cambiar y reintegrarse por sí solo”, lo que “es probable que conlleve un impacto negativo en la resocialización del infractor, especialmente cuando se combina con otras medidas exclusorias como restricciones laborales y discriminación”.<sup>78</sup> En el mismo sentido, Olga Espinoza y Fernando Martínez sostienen que esta exclusión, en conjunto con limitaciones como los antecedentes penales, constituyen “una traba que afecta objetiva y subjetivamente al complejo y difícil proceso de reinserción”.<sup>79</sup>

De esta manera, el despojo de la calidad de ciudadano/a no sólo es ilegítima y excesiva, sino que implica una decisión consciente en desmedro de la posibilidad de (re) insertar socialmente a la persona a la comunidad y, consecuentemente, un voto a favor de su futura reincidencia, pues esto no hace otra cosa que etiquetar al/a infractor/a permanentemente excluido/a y ajeno/a de la sociedad.<sup>80</sup>

### 4. ES ABIERTAMENTE CONTRADICTORIO A UNA DEMOCRACIA MÁS PARTICIPATIVA

Este punto es auto explicativo, pues es lógico que marginar a cerca de 25.000 personas de participar en las decisiones públicas, no es un paso hacia una democracia más participativa, sino que son 24.497 pasos en la

<sup>77</sup> No ya como finalidad de la pena necesariamente, sino como deber del Estado o intención declarada del sistema penitenciario.

<sup>78</sup> DEMLEITNER, N., “Continuing payment on one’s debt to society: the German Model of Felon Disenfranchisement as an Alternative”, en *Minnesota Law Review*, 2000, pp. 753 a 804, p. 775

<sup>79</sup> ESPINOZA, O. y MARTÍNEZ, F. “Políticas de reinserción post penitenciaria: Eliminación de antecedentes penales en Chile”, en: *Revista latinoamericana de seguridad ciudadana* N° 1, 2007, pp. 117 a 134, p. 121.

<sup>80</sup> Ídem.

dirección contraria. Y es que esta injustificada eliminación no tiene ningún fundamento que guarde coherencia con nuestras nociones de igualdad, democracia y de derecho penal racional,<sup>81</sup> no siendo una restricción más de aquellas asociadas a la privación de libertad, como parece indicar el TC,<sup>82</sup> pues guarda un aspecto crucial “*por su significado simbólico y su impacto en la participación como garantía democrática*”.<sup>83</sup>

En este punto cabe hacer presente que el asunto no se trata de cuál sería la participación efectiva que las personas privadas de libertad tendrían en las votaciones o decisiones políticas, es decir, si querrían participar o no, pues lo central es que “*los estados democráticos no tienen el derecho a forzar a los votantes de hacerlo, pero sí están obligados a permitirles emitir su voto*”.<sup>84</sup> Así, aun cuando sería irrelevante para estos efectos si las personas privadas de libertad quisieran o no participar, la experiencia reciente nos muestra que existe un interés explícito en ser parte de las decisiones políticas, participar de votaciones y discusiones públicas.

Por ejemplo, en el marco del proceso constituyente del año 2016, Leasur ONG moderó un encuentro local auto convocado en el Módulo 9 de la Cárcel de Colina II. En esta cárcel se efectuó un debate sobre la sociedad que las 25 personas privadas de libertad presentes querían plasmar en la carta fundamental. En el marco de esa discusión, señalaron que el interés que tenían era saber y entender “*cómo nos organizamos, cuáles son nuestros derechos y deberes, y de qué manera podemos participar en esta sociedad*”, catalogando dicho déficit como uno de “*educación ciudadana*”, discutiendo además sobre el derecho a la salud, la protección del medioambiente, y otros temas relevantes.<sup>85</sup> Así, sin ser ciudadanos, su principal preocupación radicaba en

<sup>81</sup> MARSHALL, P., “La persecución penal como exclusión política”, en Muñoz, F. (editor) *Derecho, igualdad e inclusión*, Lom, Santiago, 2013, pp. 69 a 91, p. 86.

<sup>82</sup> Véase, *supra*, nota N° 23.

<sup>83</sup> DEMLEITNER, N., “Continuing payment on one’s debt to society: the German Model of Felon Disenfranchisement as an Alternative”, en *Minnesota Law Review*, 2000, pp. 753 a 804, p. 775.

<sup>84</sup> Ídem, p. 776.

<sup>85</sup> Véase: <http://leasur.cl/cronica-de-un-encuentro-local-autoconvocado-en-la-carcel-de-colina-ii/>

cómo adquirir los conocimientos necesarios y suficientes para ejercer dicha calidad, junto con otros temas de interés público y social.

Más recientemente, en el marco del actual proceso constituyente, las personas privadas de libertad del CCP Biobío llevaron a cabo un Cabildo dentro del centro, planteándose los temas que les generan preocupación de cara a una nueva Carta Fundamental. En ese marco, plantearon la necesidad de que su realidad también sea visibilizada y discutida en el proceso constituyente, y propusieron la necesidad de cambiar el modelo penitenciario, pasando de uno con la estructura punitiva actual, a otro basado en una reinserción social activa, garantizando la salud y permitiendo una inversión más productiva del tiempo de condena.<sup>86</sup>

De esta manera, aun cuando no sería relevante la falta de intención de participación de las personas privadas de libertad para propender a la eliminación de las normas contenidas en los artículos 16 N° 2 y 17 N°s 2 y 3 de la Constitución, lo cierto es que la experiencia reciente nos demuestra que esa intención existe y busca manifestarse, a pesar de las exclusiones fácticas y normativas antes explicitadas.

## VII. Propuesta: Hacia un nuevo enfoque centrado en el rol de ciudadano/a

Todo lo anterior debe conducir, indefectiblemente, a un modelo de sistema de justicia penal que se fundamente (y por tanto resguarde y promueva) la calidad de ciudadano/a de la persona imputada y condenada. El “paso 0” en este camino es garantizar el pleno ejercicio del derecho a voto de quienes no han perdido la calidad de ciudadano/a ni el derecho a sufragio, en línea con lo fallado por la Corte Suprema en la materia ante diversas acciones de protección impetradas por el Instituto Nacional de Derechos Humanos.<sup>87</sup>

---

<sup>86</sup> Véase: <https://www.eldesconcierto.cl/2019/11/18/cabildo-penitenciario-personas-privadas-de-libertad-plantean-sus-cambios-para-la-constitucion/>

<sup>87</sup> MARSHALL, P.; ROCHOW, D, y MOSCOSO, C., “Ciudadanía y los privados de libertad en Chile”, en *Revista Austral de Ciencias Sociales* N° 37, 2019, pp. 7 a 27, p. 22.

La propuesta central puede resumirse en la necesidad de derogar las normas contenidas en los artículos 16 N° 2 y 17 N°s 2 y 3 de la Constitución Política de la República, y dotar a la ejecución de penas de una institucionalidad adecuada para resguardar y promover el ejercicio de la ciudadanía, bajo dos líneas que son la cristalización de todo lo antes descrito.

#### A. UNA NUEVA POLÍTICA PENITENCIARIA BASADA EN UN DERECHO PENAL DEL CIUDADANO/A Y EN EL ROL DE GARANTE DEL ESTADO

Una comprensión conjunta de ambos elementos debe llevar necesariamente a entender la pena privativa de libertad como un reproche comunicativo temporal y proporcionado basado precisamente en la calidad de ciudadano/a de quien infringe la norma de conducta, en que lo que se restringe temporal y limitadamente es exclusivamente la libertad personal, sin que el Estado se encuentre legitimado para intervenir en otras esferas de la persona, como su calidad de ciudadano/a. Es más, en base al rol de garante en su acepción positiva, el propio Estado debe otorgar los medios oportunos y suficientes para que dicha ciudadanía se ejerza de manera activa, entendiendo que ello va en beneficio de la comunidad toda.

Para cumplir con esto, es indispensable la eliminación de esas normas y la formulación de disposiciones a nivel legal que resguarden y garanticen la participación ciudadana, en particular respecto a votaciones o sufragios, pero en general respecto a la posibilidad de asociarse, expresarse, presentar peticiones a la autoridad, etc. Este cambio debiera venir acompañado de una reforma que dote a la ejecución penal de una institucionalidad suficiente y adecuada, por medio de la dictación de una Ley de Ejecución de Sanciones Penales y Medidas de Seguridad,<sup>88</sup> y como tema dentro de ella con la creación de un juez de ejecución o de vigilancia penitenciaria,<sup>89</sup> que

<sup>88</sup> Sobre la relevancia y necesidad de esta ley, véase HORVITZ, M.I., “La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigilancia del Estado de derecho o estado de naturaleza?, en *Polít. Crim.* Vol. 13, N° 26, 2018, pp. 904 a 951, p. 912 y ss.

<sup>89</sup> Sobre la relevancia de este órgano, véase ARRIAGADA, I. y SILVA, G., “La justicia ausente. el sistema penitenciario y el control judicial de la ejecución de la pena privativa de

acompañe y fiscalice la ejecución de las penas asegurando, entre otros, el derecho a participar en las decisiones públicas y a ejercer la ciudadanía de manera activa.

Así, es indispensable dotar a la institucionalidad penitenciaria, y a las personas privadas de libertad, de recursos y vías administrativas y judiciales para propender al pleno respeto y resguardo de sus derechos civiles y políticos, abriendo las cárceles hacia las discusiones públicas, y permitiendo el ingreso de las discusiones públicas a la cárcel. Sobre este punto se han verificado algunos hechos aislados en otras latitudes, tímidos pero cargados de simbolismo, que son dignos de ser mencionados. Por ejemplo, en las elecciones presidenciales de Costa Rica del año 2017, buena parte de los candidatos presidenciales se trasladaron al Centro penitenciario “La Reforma”,<sup>90</sup> y se dedicaron a responder preguntas de las personas privadas de libertad presentes, poniendo en la palestra pública las necesidades urgentes de las personas privadas de libertad. Esto los *obligó* a modificar el tradicionalmente punitivo discurso electoral, y recibir las solicitudes y experiencias de vida de quienes se encontraban privados de libertad.

De cara al proceso constituyente en ciernes, es esencial que se articule una propuesta seria y transversal sobre la necesidad de eliminar de la Constitución las sanciones (o efectos de las sanciones) previstas en los actuales artículos 16 N° 2 y 17 N°s 2 y 3, vigentes en su contenido desde 1822, garantizando el pleno ejercicio de la ciudadanía de las personas privadas de libertad, potenciando su ejercicio, en vez de restringirlo y suprimirlo. En este marco, en dicho proceso se debe evitar un abordaje punitivo y excluyente del fenómeno de la delincuencia y de la privación de libertad, entendiendo que ello no cumple ningún fin socialmente deseable y sólo perjudica la posibilidad de consagrar una democracia más participativa. En ese afán, es

---

libertad en Chile”, en Arocena, G. (ed.), *El control judicial de la cárcel en América Latina*, 2014, Buenos Aires, Ediar. Esta circunstancia es reconocida incluso por los propios jueces penales. Véase MORALES, A.M. y SALINERO, S., “¿Cómo fallan y controlan la ejecución de la pena sustitutiva los jueces?”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. 23, N° 1, 2020: 319 a 341. En una perspectiva comparada, véase RIVERA, IÑAKI, *Descarcelación. Principios para una política pública de reducción de la cárcel*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 104 y ss.

<sup>90</sup> [https://www.teletica.com/politica/este-jueves-se-realizo-por-primera-vez-un-debate-presidencial-en-un-centro-penitenciario-del-pais\\_177322](https://www.teletica.com/politica/este-jueves-se-realizo-por-primera-vez-un-debate-presidencial-en-un-centro-penitenciario-del-pais_177322)



importante llevar la discusión constitucional a las cárceles, y llevar el tema de las cárceles a la discusión constitucional, generando cabildos penitenciarios, debates con los/as candidatos/as a delegados constituyentes de las comunas de cada recinto, permitiendo la candidatura de quienes no han visto perdida su ciudadanía pero se encuentran dentro de un recinto penitenciario, etc.

## B. UN NUEVO ENFOQUE DE (RE)INSERCIÓN SOCIAL BASADO EN LA CALIDAD DE CIUDADANO/A

Es usual comprender la (re) inserción social como un fenómeno exclusivamente centrado en la educación y trabajo. Aun cuando estos dos son elementos fundamentales en ese camino, pues corresponden a carencias históricas y profundas en la población privada de libertad, y son esenciales en el proceso de desistimiento,<sup>91</sup> es indispensable ampliar y reconstruir todo intento de (re)inserción social estructurándolo en base a la noción de ciudadano/a: a potenciar y fortalecer su vinculación con la comunidad y otorgar herramientas precisas para ejercer la ciudadanía, asociarse, y participar de la vida pública asimilando su situación lo más posible a la realidad extra muros. Comprender la (re)inserción como un ejercicio de vinculación con la comunidad, de legitimación de normas de conducta y empoderamiento, es un paso necesario para avanzar en aminorar los efectos desocializadores y disruptivos que la pena privativa de libertad tiene como efecto intrínseco. En este sentido, la evidencia hoy muestra que la reincidencia es un fenómeno multifactorial y complejo, que exige –entre otras cosas– el fortalecimiento de los apoyos familiares y de la comunidades en que se insertan.<sup>92</sup>

Esto no es otra cosa que ajustar la regulación nacional a aquellos estándares contenidos en las Reglas 4.1, 5.1, 63, 88 y 91 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los/as Reclusos/as de 2015, los artículos 5, 15, 16, 23 a 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y los artículos 2, 10.1 y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su

<sup>91</sup> LARROULET, P., “Cárcel, marginalidad y delito”, en Catalina Siles (editora), *Los invisibles. Porqué la pobreza y la exclusión social dejaron de ser prioridad*, Santiago, Institutos de Estudios de la Sociedad, 2017, pp. 157 a 194, p. 163 y 175 y ss.

<sup>92</sup> MORALES, A.M.; MUÑOZ, N.; WELSCH, G., FÁBREGA, J., “La reincidencia en el sistema penitenciario chileno”. Santiago: Fundación Paz Ciudadana, 2012, pp. 6 y 7.

conjunto establecen un conjunto de prerrogativas en los/las ciudadanos/as y mandatan a no efectuar discriminaciones arbitrarias al respecto, consagrando el deber de (re)inserción social de la actividad penitenciaria y la necesidad de integrar a la comunidad, antes que marginar de la misma. Sobre estas reglas y estándares, es importante recordar la Regla N° 88 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los/as Reclusos/as, que dispone: *“En el tratamiento de los reclusos no se hará hincapié en el hecho de su exclusión de la sociedad, sino, por el contrario, en el hecho de que continúan formando parte de ella”*.

## VIII. Conclusiones

El presente trabajo ha pretendido delinear los aspectos centrales de la regulación constitucional que priva de ciudadanía a las personas condenadas a penas afflictivas o por ciertos delitos específicos, y restringe el derecho de sufragio a quienes se encuentran acusados por delitos que merezcan dicha pena (es decir, sin siquiera estar condenados/as). El punto del trabajo ha sido demostrar que dicha finalidad proviene de argumentos de contractualismo clásico del todo obsoletos, y se ha fundamentado en tiempos más recientes bajo criterios moralistas ajenos a las consideraciones requeridas para una política pública seria. Junto con ello, ha querido demostrar que no se ajustan hoy a ninguna finalidad legítima de la pena, siendo abiertamente contraproducentes en el proceso de (re)inserción social, y en el proceso de hacer de nuestra democracia una más participativa.

Y es que la privación de ciudadanía de las personas condenadas a penas afflictivas es la manifestación más tangible de la sustitución institucionalmente avalada de “ciudadano/a” a “delincuente”, que desnaturaliza la calidad de pena de la sanción privativa de libertad, despojando al sancionado/a de aquella calidad de ciudadano/a que es el fundamento del reproche que se dirige contra él/ella, dejando de considerarlo como un agente autónomo y racional, transformándolo en un objeto, con lo que la pretendida pena se transforma en una medida de seguridad basada en criterios de peligrosidad, que producen el desgobierno del Estado de Derecho y el alzamiento del estado de naturaleza.<sup>93</sup>

---

<sup>93</sup> HORVITZ, M.I., “La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas

En ese marco, el trabajo propone avanzar en una política penitenciaria basada en la calidad de ciudadano/a, sin instrumentalizar al sujeto sino considerándolo como un ser autónomo respecto al cual sólo se le puede restringir (proporcional y temporalmente) la libertad personal, debiendo el Estado –en cuanto garante– abstenerse de vulnerar todo otro derecho distinto a aquel limitado legítimamente, por un lado, y por otro lado, otorgar todos los medios necesarios para que los demás derechos se ejerzan libremente. Bajo ese panorama, se debe reestructurar la política penitenciaria, siendo indispensable para ello eliminar las disposiciones constitucionales, y contar con una Ley de Ejecución de Sanciones Penales y Medidas de Seguridad que otorgue herramientas para ejercer los derechos no afectados por la privación de libertad, y para impedir que se les prive de ellos arbitrariamente. En línea con esto, los estudios y la experiencia comparada demuestran que es conveniente que esto se acompañe con un Juez de Ejecución o Vigilancia Penitenciaria que fiscalice y permita garantizar el ejercicio de esas garantías. Así, el sistema debe estructurarse permitiendo y garantizando que la ciudadanía se tenga, no se pierda, y se ejerza, no sólo para legitimar el sistema penal y el *ius puniendi* estatal, sino también para propender a una concepción de la (re)inserción social integral, de acuerdo a las normas internacionales que rigen la materia.

Sólo cabe concluir reiterando que el proceso constituyente que está desarrollándose es una potente oportunidad para poner a las personas privadas de libertad en la calidad que les corresponde, como ciudadanos/as con derecho a participar de las decisiones que les afectan, llevando la cárcel y sus consecuencias a la discusión pública y a la deliberación constitucional, eliminando resabios de disposiciones anacrónicas que consideran al privado/a de libertad como un enemigo que hay que neutralizar, y no como un ciudadano/a autosuficiente y titular de derechos al que se debe incorporar.

---

de libertad: ¿Vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza?, en *Polit. Crim.* Vol. 13, N° 26, 2018, pp. 904 a 951, p. 946.

## Bibliografía

- ARRIAGADA, I. y SILVA, G., “La justicia ausente. El sistema penitenciario y el control judicial de la ejecución de la pena privativa de libertad en Chile”, en Arocena, G. (editor), *El control judicial de la cárcel en América Latina*, 2014, Buenos Aires, Ediar.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Actas de la Comisión Constituyente de la Constitución Política de la República”, Sesión N° 76, de 7 de octubre de 1974.
- BECKETT, K. y WESTERN, B., “Governing social marginality: Welfare, incarceration, and the transformation of state policy”, en Garland, D. (ed.) *Mass imprisonment: Social causes and consequences*, Londres: Sage, 2001.
- 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, N° 93, 2017.
- CIGÜELA, J., “Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* N° 22-12, 2020.
- DEMLEITNER, N., “Continuing payment on one’s debt to society: the German Model of Felon Disenfranchisement as an Alternative”, en *Minnesota Law Review*, 2000, pp. 753 a 804.
- DOWNES, D., “The macho penal economy: Mass incarceration in the United States – a European perspective”, en Garland, D. (ed.) *Mass imprisonment: Social Causes and Consequences*, Londres: Sage, 2001, pp. 51-69.
- ESPINOZA, O. y MARTÍNEZ, F., “Políticas de reinserción post penitenciaria: Eliminación de antecedentes penales en Chile”, en: *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana* N° 1, pp. 117 a 134, 2007.
- FICHTE, J., *Fundamento del Derecho Natural*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar*, Siglo XXI: Madrid, 1976.
- FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA, “Estudio Sobre los Niveles de Exclusión Social en Personas Privadas de Libertad”, 2016, p. 130 y ss. Disponible en: <https://pazciudadana.cl/biblioteca/documentos/estudio-sobre-los-niveles-de-exclusion-en-personas-privadas-de-libertad/?titulo=Exclusi%C3%B3n%20social>
- GARLAND, DAVID, *La cultura del control*, Barcelona, Gédisa, 2001.

- HORVITZ, M.I., “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, 2018, pp. 904-951.
- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Informe Anual de Derechos Humanos*, 2012.
- JAKOBS, G., *La pena estatal: significado y finalidad*, traducción y estudio preliminar de Cancio, M. y Feijóo, B., Madrid, Civitas, 1996.
- LARROULET, P., “Cárcel, marginalidad y delito”, en Catalina Siles (ed.), *Los invisibles. Porqué la pobreza y la exclusión social dejaron de ser prioridad*, Santiago, Institutos de Estudios de la Sociedad, 2017, pp. 157 a 194.
- LEVITT, S., “The effect of Prison Population Size on Crime Rates: Evidence from prison overcrowding litigation”, en *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 111, N° 2, 1996, pp. 319 a 351.
- MAÑALICH, J.P., “Pena y ciudadanía”, en *Revista de Estudios para la Justicia* N° 6, 2005, pp. 63 a 83.
- MAÑALICH, J.P., “El Derecho Penitenciario Entre La Ciudadanía y los Derechos Humanos”, en *Derecho y Humanidades* N° 18, 2011, pp. 163 a 178.
- MARSHALL, P., “La persecución penal como exclusión política”, en Muñoz, F. (ed.) *Derecho, Igualdad e Inclusión*, LOM, Santiago, 2013, pp. 69 a 91.
- MARSHALL, P., “La privación del derecho a sufragio como castigo en la órbita del common law: análisis crítico”, en *Polit. Crim.* Vol. 14, N° 28, 2019, pp. 520 a 561
- MARSHALL, P.; ROCHOW, D. y MOSCOSO, C., “Ciudadanía y los privados de libertad en Chile”, en *Revista Austral de Ciencias Sociales* N° 37, 2019, pp. 7 a 27.
- MAUER, M., “The causes and consequences of prison growth in the United States”, en Garland, D. (ed.), *Mass Imprisonment: Social Causes and Consequences*, Londres, Sage, 4 a 14.
- MILLER, B. L.; SPILLANE, J., “Civil death: an examination of ex-felon disenfranchisement and reintegration”, *Punishment & Society* Vol. 14, N° 4 (2012), pp. 402 a 428.
- MORALES, A.M, y SALINERO, S., “¿Cómo fallan y controlan la ejecución de la pena sustitutiva los jueces?, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 23, N° 1, 2020: 319 a 341.
- MORALES, A.M., MUÑOZ, N., WELSCH, G., FÁBREGA, J., *La Reincidencia en el Sistema Penitenciario Chileno*, Santiago: Fundación Paz Ciudadana, 2012.

- NASH, C., “Personas privadas de libertad y medidas disciplinarias en Chile: Análisis y propuestas desde una perspectiva de derechos humanos”. Santiago, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2013.
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), “Seguridad Ciudadana con Rostro Humano: Diagnóstico y Propuestas para América Latina”, Informe Regional de Desarrollo Humano, 2013.
- RIVERA, IÑAKI, *Descarcelación. Principios para una política pública de reducción de la cárcel*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- SALINERO, S., “Porqué aumenta la población penal en Chile? Un estudio criminológico Longitudinal”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 18, N° 1, 2012, pp. 113 a 150.
- SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA CANADIENSE EN EL CASO “Sauve v. Canadá”.
- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Causa Rol N° 1328-2009.
- STIPPEL, J., *Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile*. Santiago, Lom, 2006
- WAKEFIELD, S. y UGGEN, C., “Incarceration and Stratification”, en *Annual Review of Sociology* 36, 2010, pp. 387 a 408.
- WILENMANN, J., “Neoliberal politics and state modernization in chilean penal evolution”, en *Punishment & Society* 0 (0), pp. 1 a 22

