

ENFERMOS Y CULPADOS. CRIMINALIZACIÓN Y SOLIDARIDAD
EN LA RESPUESTA CHILENA FRENTE AL COVID-19

ROCÍO LORCA FERRECCIO*
Universidad de Chile

De acuerdo con Emile Durkheim, el derecho penal tiene la capacidad de expresar y fortalecer la solidaridad social. El castigo provee un espacio y una forma para expresar el repudio colectivo frente a un delito y de este modo contribuye a la solidaridad social confirmando y fortaleciendo la norma desafiada. Pero también es un aspecto bien conocido de la justicia penal que ésta configura grupos de personas que se encuentran al mismo tiempo excesivamente desprotegidas y sobre-vigiladas¹. Esta configuración le ha impuesto altos costos a la justicia penal, tanto en términos de su legitimidad², como de su capacidad para expresar y fortalecer la solidaridad social³. El uso de derecho penal como

* Profesora Asistente, Departamento de Ciencias Penales, rlorca@derecho.uchile.cl. Este trabajo es una traducción del artículo “Sick and Blamed”, publicado en *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 50, N° 2 (2021), que fue escrito como parte del desarrollo del proyecto Fondecyt de Iniciación 11180839 (*Castigo, legalidad y pobreza*). Agradezco a Luis Felipe Manques por su ayuda en investigación.

¹ Esta es una traducción de la ya común expresión en inglés ‘*over-policed and under-protected*.’ Véase CRENSHAW, Kimberlé W., “From Private Violence to Mass Incarceration: Thinking Intersectionally About Women, Race, and Social Control”, en *UCLA Law Review*, vol. 59, N° 6 (2012), pp. 1418-1472; ROBERTS, Dorothy E., “Abolition constitutionalism”, en *Harvard Law Review*, vol. 133, N° 1 (2019); BUTLER, Judith, *The force of nonviolence: An ethico-political bind*. Brooklyn: Verso (2021); MEARES, Tracey L., “Charting race and class differences in attitudes toward drug legalization and law enforcement: Lessons for federal criminal law”, en *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 1, N° 1 (1997), pp. 137-174; BELL, Monica, “Police Reform and the Dismantling of Legal Estrangement”, en *The Yale Law Journal*, vol. 126 (2017), pp. 2054-2150.

² Véase, por ejemplo, DUFF, Antony, *Punishment, Communication and Community*. New York: Oxford University Press (2001), pp. 179-197; DUFF, Antony, “Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial”, en *Ratio*, vol. 23, N° 2 (2010), pp. 123-140; GARVEY, Stephen P., “Injustice, Authority, and the Criminal Law”, en SARAT, Austin (ed.), *The Punitive Imagination*. Tuscaloosa: The University of Alabama Press (2015), pp. 42-81; LORCA, Rocío, “Punishing the Poor and the Limits of Legality”, en *Law, Culture and the Humanities*, online first (2018); SHELBY, Tommie, “Justice, deviance, and the dark ghetto”, en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 35, N° 2 (2007), pp. 126-160.

³ KENNEDY, Joseph E. “Monstrous offenders and the search for solidarity through modern punishment”, en *Hastings Law Journal*, vol. 51, N° 5 (1999), p. 829; GARLAND, David. *Punishment*

parte de la respuesta del gobierno chileno a la pandemia de COVID-19, ofrece un interesante ejemplo sobre la tensión que existe entre estas dos características del derecho penal. También es un ejemplo relevante para considerar la importancia del contexto social para la legitimidad y el valor de las prácticas punitivas.

Como en casi todas partes del mundo, el gobierno chileno invocó la idea de solidaridad social para enfrentar la pandemia de SARS-CoV-2. Se exigió a la generalidad de los habitantes del territorio que se quedaran en sus casas, que usaran mascarillas y cuando fue posible, que se vacunaran. Estas exigencias no fueron solo justificadas como medidas de autocuidado, sino también para proteger a los más vulnerables frente a la enfermedad. Para asegurar su cumplimiento, el gobierno descansó ampliamente en el derecho penal. Sin embargo, ni las medidas de restricción de la movilidad ni su refuerzo penal tomaron en cuenta el contexto social de las personas y su posibilidad de cumplir con la regulación sanitaria de emergencia, lo que implicó que muy pronto la persecución penal a los infractores de medidas sanitarias creara grupos de personas que estaban siendo sobreexpuestas a la enfermedad y a la muerte, pero también sobreexpuestas al control policial, al reproche social y al castigo. Esto fue poco a poco dejando bastante claro que los sacrificios que debíamos hacer en nombre de la solidaridad social eran mucho más grandes para los más vulnerables y que ellos tenían las peores condiciones para poder asumirlos⁴.

En este ensayo voy a sostener que la configuración de este grupo sobreexpuesto a la persecución penal y excesivamente des-protegido frente a la enfermedad se volvió tan visiblemente injusta e inconsistente con la invocada solidaridad social, que terminó por minar la legitimidad de la justicia penal como una herramienta apropiada para lidiar con la infracción de medidas sanitarias. Esta falta de legitimidad se expresó en una fuerte oposición judicial a algunas de estas persecuciones, pero también en un inaudito cambio en la política de persecución penal que incluyó una instrucción para considerar el contexto social de los infractores en el ejercicio de la discreción persecutora. Aun cuando no es claro cuál ha sido el impacto real de esta política en el trabajo cotidiano de las y los fiscales, es muy significativo en la medida que

and modern society. Chicago: University of Chicago Press (1993), pp. 75-80; CARVALHO, Henrique y CHAMBERLEN, Anastasia, “Why punishment pleases: Punitive feelings in a world of hostile solidarity”, en *Punishment & Society*, vol. 20, N° 2 (2018) pp. 217-234.

⁴ Véase BASAURE, Mauro; JOIGNANT, Alfredo y MASCAREÑO, Aldo, “Between Distancing and Interdependence: The Conflict of Solidarities in the COVID-19 Pandemic”, en *Sociological Perspectives*, vol. 64, N° 5 (2021), pp. 706-725. En la página 10 los autores describen este problema como una nueva “cuestión social” (*a new social question*) que ha sido generada por la pandemia.

cristaliza la importancia del contexto social para la legitimidad y utilidad del derecho penal.

I. SOLIDARIDAD Y DERECHO PENAL

En el derecho romano de las obligaciones, la solidaridad se refería a los contratos en los que todos y cada uno de los deudores eran individualmente responsables de responder por el total de lo que era adeudado (*in solidum*). Los deudores formaban un compacto sólido que actuaba como una entidad, y este compacto otorgaba seguridad al acreedor que podía entonces demandar la suma del total de la obligación de cualquiera de los deudores⁵. Este concepto técnico de solidaridad, que todavía existe en muchas jurisdicciones⁶, dio origen tanto a ideales normativos como descriptivos. En teoría moral y política, por ejemplo, la solidaridad fue comprendida como un principio que justifica deberes de cuidado, cooperación y asistencia mutua⁷. Esta concepción ha aparecido en el derecho penal para sostener instituciones tales como los delitos de omisión de socorro⁸ y la eximente de estado de necesidad⁹.

⁵ Véase KERNEIS, Soazik, “Solidaridad contractual, solidaridad orgánica. Aproximación histórica y antropológica”, en GALLARDO, Laura (ed.) y PINCHEIRA, Iván (ed.), *Espacios del conocimiento: sujeto, verdad, heterotopías. Actas VIII Escuela Chile-Francia 2014*, 1ª ed. Santiago de Chile: LOM (2016), pp. 73-84. La solidaridad también apareció en el derecho penal romano, pero generalmente allí adquiriría la forma de una responsabilidad cumulativa en la que todos los imputados eran responsables por el total del daño causado y la víctima podía obtener de todos y cada uno de ellos al mismo tiempo el monto total de la indemnización o reparación debida. Véase ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman foundations of European contract law*, Cape Town, Wetton and Johannesburg: Juta & Co. Ltd (1990), p. 1020.

⁶ En los países de la tradición continental todavía esto se denomina “solidaridad” mientras que en el *Common Law* la institución es conocida como “joint and several liability,” véase KORNHAUSER, Lewis A. y REVESZ, Richard L., ‘Joint and several liability,’ en *Encyclopedia of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited (1998).

⁷ De acuerdo con Kerneis, la solidaridad como un principio de acción política tuvo un lugar importante tanto en el ideal republicano de la fraternidad como en el ideal cristiano de la caridad, véase KERNEIS, ob. cit., p. 82.

⁸ Un delito que es más común en países de la tradición continental que en países del *Common Law*, véase VON HIRSCH, Andreas, “Criminalizing failure to rescue: a matter of ‘solidarity’ or altruism”, en Cruft, Rowan (ed.); KRAMER, Matthew H. (ed.); y REIFF, Mark R. (ed.), *Crime, punishment, and responsibility: The jurisprudence of Antony Duff*. Oxford: Oxford University Press (2011), pp. 241-253; y MURPHY, Liam, “Beneficence, Law, and Liberty: The Case of Required Rescue”, en *Georgetown Law Journal*, vol. 89, N° 3 (2000), pp. 605-665.

⁹ Mientras que la justificación del Estado de Necesidad se encuentra a veces fundada en el principio de preponderancia de interés o mal menor, la solidaridad también ha sido considerada como un fundamento para la institución y la doctrina del Estado de Necesidad. Véase, por

En teoría social, principalmente por la influencia del trabajo de Emile Durkheim, el concepto de solidaridad ha sido usado para explicar qué mantiene integradas o cohesionadas a las sociedades¹⁰. De acuerdo con el sociólogo francés, esta es la función central del derecho penal. En su teoría, las prácticas punitivas expresan, sustentan y fortalecen la solidaridad mecánica, que consiste en una moral compartida y un marco de significado que integra a la sociedad¹¹. La solidaridad mecánica no es el único tipo de solidaridad que mantiene la cohesión social, pero es el que le es propio a las prácticas penales¹².

En la teoría de Durkheim, los delitos son comportamientos que violan normas consideradas sagradas por la consciencia colectiva de una sociedad, generando un repudio compartido y una respuesta “vengativa y apasionada”¹³. El castigo constituye la expresión de esta respuesta que, a su vez, sustenta y refuerza la norma que ha sido desafiada por el infractor. Como resultado, el derecho penal contribuye a la solidaridad social al crear el espacio y la oportunidad para un ciclo de indignación y castigo que fortalece el orden normativo de dicha sociedad¹⁴. Esto implica que las políticas penales deben reflejar o dialogar con los genuinos sentimientos compartidos por una sociedad¹⁵. Si no existe sincronía entre dichos sentimientos y la política penal, peligrará la fuerza y la autoridad de esta última, siendo posible que termine por crear más disrupción que cohesión; lo contrario de su función ideal¹⁶.

Esto, que podríamos llamar la naturaleza reflexiva entre las prácticas punitivas y la solidaridad social, otorga un marco normativo para entender la

ejemplo, WILENMANN, Javier, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*. Madrid: Marcial Pons (2017).

¹⁰ COTTERRELL, Roger, *The Sociology of Law*. London: Butterworths, (1984), pp. 79-82.

¹¹ DURKHEIM, Emile, *La División del Trabajo Social*, traducción de Carlos G. Posada. México D.F.: Colofón (2007), pp. 79-120.

¹² En las sociedades modernas, la forma paradigmática de solidaridad de acuerdo con Durkheim es la solidaridad orgánica, cuyo origen o fuente es la especialización y la división del trabajo que determina la interdependencia entre los individuos. Véase GARLAND, *Punishment and Modern Society*, ob. cit., pp. 24-25.

¹³ DURKHEIM, *La División del Trabajo Social*, ob. cit., pp. 95-99.

¹⁴ Véase GARLAND, *Punishment and Modern Society*, ob. cit., pp. 29-33; y KENNEDY, ob. cit., pp. 844-846.

¹⁵ GARLAND, *Punishment and Modern Society*, ob. cit., p. 28; pp. 75-77.

¹⁶ Como lo ha sostenido David Garland, el castigo solo puede proteger y regenerar aquello que ya se encuentra bien constituido por otros medios, de este modo el castigo no es el núcleo de la educación moral sino un apoyo o un soporte. Véase GARLAND, *Punishment and Modern Society*, ob. cit., p. 42.

importancia del contexto social en la capacidad del derecho penal para servir funciones sociales positivas¹⁷. Para que las penas puedan expresar un sentido común de justicia y puedan entonces sustentar la solidaridad social, tiene que existir ya un vínculo que nos mantenga unidos y que permita que identifiquemos como grupo a un infractor culpable contra el que podamos dirigir nuestra indignación¹⁸. Cuando estas condiciones no están dadas, será difícil que las prácticas punitivas contribuyan a la solidaridad social, por lo menos no en el sentido que Durkheim tenía en mente.

Por ejemplo, cuando las leyes represivas se aplican principal e insistentemente en el mismo grupo de personas que está notablemente menos protegido por el esquema social (como ocurre en la mayoría de las sociedades humanas), la afirmación de culpabilidad y reproche de dichos infractores se vuelve algo inestable o controvertida. En estos casos, las prácticas punitivas pueden crear un ambiente legal que es más destructivo que constructivo de la cohesión social. En los términos propuestos por Monica Bell, podríamos llamar a esto “extrañamiento legal”, esto es, el proceso mediante el cual las instituciones penales les señalan a ciertas personas que no son miembros plenos de una sociedad y que, por lo tanto, no merecen recibir igual respeto y preocupación¹⁹. Difícilmente, una práctica que genera este “extrañamiento legal” puede ser vista como una práctica que fomenta la solidaridad social.

II. EL DERECHO PENAL COMO HERRAMIENTA PARA ENFRENTAR LA PANDEMIA. EL CASO CHILENO

La respuesta chilena frente a la pandemia por SARS-CoV-2 ofrece un buen ejemplo de la forma en la que la injusticia social puede afectar negativamente la capacidad de las penas estatales de sustentar y expresar solidaridad social.

En términos del contexto social, podríamos describir muy brevemente a la sociedad chilena como una extremadamente desigual, en comparación tanto con

¹⁷ La relación entre legitimidad del derecho penal y contexto político y social se ha vuelto muy importante en la teoría normativa sobre el castigo a partir de la influencia de la teoría de la pena de Antony Duff. En los términos propuestos por la teoría comunicativa de Duff, el derecho penal llama a las personas a responder como miembros de una comunidad de conciudadanos (*fellow citizens*). Si esa comunidad ha fallado en tratarlos como tales, entonces debe reparar la relación de conciudadanía para poder reclamar una adecuada legitimación para llamarlos a responder en un tribunal de justicia. Véase DUFF, “Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial”, *ob. cit.*

¹⁸ KENNEDY, *ob. cit.*, p. 848.

¹⁹ BELL, *ob. cit.*, pp. 2083-2089.

otros países latinoamericanos como con otros países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) a la que Chile pertenece desde el año 2010²⁰. La desigualdad en Chile también está extremadamente segregada territorialmente, con la mayoría del poder económico y político de todo el país concentrado en unas pocas comunas de la ciudad de Santiago²¹.

Tanto la pobreza como la desigualdad han aumentado significativamente desde el comienzo de la pandemia. Antes de la pandemia el 16,5% de las familias chilenas reportaban “no tener suficiente” para cubrir sus necesidades, mientras que en julio de 2020 este porcentaje subió a un 48,8%²². El porcentaje de gente viviendo en condiciones de pobreza subió de un 8,6% en 2017 a un 10,8% en 2020 y en Santiago, la ciudad más poblada del país, subió de 5,4% a 9%²³. En términos de desigualdad, la diferencia en el ingreso entre el 10% más pobre y el 10% más rico de la población subió de 39.1 en 2017 a 416.6 en 2020²⁴.

Estos altos niveles de desigualdad se han manifestado en numerosas formas durante la pandemia. Aquí quisiera centrar mi atención en cómo han servido para configurar un grupo de personas que, por una parte, ha mostrado mayores niveles de morbilidad y mortalidad por COVID-19 que la mayoría de la población y, por la otra, ha sido más controlada, culpada y castigada por no contribuir en el control de la pandemia. En otras palabras, un grupo que ha estado más expuesto a los daños en salud, pero también a las cargas y controles para contener la pandemia.

²⁰ Véase, en términos generales, PNUD. “Desiguales. Orígenes, cambios y desafíos de la brecha social en Chile”, Santiago de Chile: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2017). En la Región Latinoamericana, por ejemplo, Santiago tiene una de las brechas más grandes en expectativa de vida (8.9 años para los hombres, 17.7 años para las mujeres), véase BILAL, Usama *et al.*, “Inequalities in life expectancy in six large Latin American cities from the SALURBAL study: an ecological analysis”, en *The lancet planetary health*, vol. 3, N° 12 (2019), pp. 503-510. En relación con la posición de Chile en términos del coeficiente GINI véase ‘Gini index (World Bank estimate),’ The World Bank, accessed August 22, 2021, https://datos.bancomundial.org/indicador/SI.POV.GINI?locations=CL-OE&most_recent_value_desc=false.

²¹ AGOSTINI, Claudio *et al.*, “Segregación residencial de ingresos en el Gran Santiago, 1992-2002: una estimación robusta”, en *Eure Santiago*, vol. 42, N° 127 (2016), pp. 159-184; GARRETÓN, Manuel Antonio, “City profile: Actually existing neoliberalism in Greater Santiago”, en *Cities*, vol. 65 (2017), pp. 32-50.

²² “Encuesta social Covid-19”, Observatorio Social, Ministerio del Desarrollo Social y la Familia, accedida el 25 de agosto de 2021, <http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/vizdata/covid19/index.html>.

²³ “Encuesta Casen en Pandemia 2020”, Ministerio de Desarrollo y Protección de la Familia, accedida el 23 de agosto de 2021, <http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/encuesta-casen-en-pandemia-2020>.

²⁴ *Ibid.*

A comienzos de marzo de 2020, los primeros casos de COVID-19 fueron detectados principalmente en los barrios más ricos del país, presumiblemente importados por chilenos que venían llegando de sus vacaciones de verano en Europa²⁵. En unas pocas semanas, sin embargo, el brote se encontraba ya fuera de control, afectando a la mayoría de los barrios de Santiago, tanto a los más ricos como a los más pobres²⁶. Las autoridades chilenas rápidamente ordenaron la suspensión de las clases escolares e impusieron un toque de queda nacional, así como una serie de “cuarentenas dinámicas”²⁷. Tan pronto como estas políticas sanitarias entraron en vigencia, tanto el gobierno como los medios de prensa comenzaron a denunciar y centrarse en el comportamiento individual. De este modo se intentaba generar un sentido compartido de indignación contra aquellos que no estaban cumpliendo con las medidas sanitarias impuestas, ya que aparecían como los principales responsables del rápido crecimiento en la cantidad de casos²⁸.

Haciendo eco de esta indignación, el Fiscal Nacional instruyó a los fiscales a utilizar el artículo 318 del Código Penal (“CP”) en contra de quienes infringieran las medidas sanitarias dispuestas para el control de la pandemia²⁹. Esta disposición criminaliza los comportamientos que pongan en peligro la salud pública y aunque solo unos meses antes el mismo Fiscal Nacional había interpretado

²⁵ Véase el primer reporte epidemiológico del Ministerio de Salud de Chile (30 de marzo de 2020): “Informe epidemiológico. Enfermedad por Covid-19 Chile”, Departamento de Epidemiología del Ministerio de Salud, accedido el 23 de agosto de 2021, https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2020/03/INFORME_EPI_COVID19_20200330.pdf.

²⁶ Véase el reporte epidemiológico del Ministerio de Salud del 14 de abril de 2020: “Informe epidemiológico. Enfermedad por SARS-CoV-2 (COVID-19) Chile 13-04-2020”, Departamento de Epidemiología del Ministerio de Salud, accedido el 24 de agosto de 2021, <https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2020/04/Informe-EPI-13042020.pdf>.

²⁷ Véase la Resolución N° 860 Exenta, Ministerio de Salud, de 16 de marzo de 2020. Las cuarentenas dinámicas han sido hasta el momento de redacción de este artículo la principal política para la restricción de movilidad en Chile. Ellas consisten en diferentes grados de restricción que se imponen, suspenden o renuevan en cada municipio semanalmente. El nivel más intenso corresponde al de cuarentena que implica una prohibición absoluta de circular en el espacio público. Esta fue decretada por primera vez el 25 de marzo de 2020 para 7 comunas de la ciudad de Santiago. Para el 15 de mayo de 2020, ya estaba impuesta en todas las comunas de la Región Metropolitana.

²⁸ Véase, por ejemplo, la nota de prensa “Subsecretaria de Salud Pública anuncia drásticas sanciones por incumplimiento de medidas para contener Covid-19” Ministerio de Salud de Chile, 6 de mayo de 2020.

²⁹ Es importante considerar que el Ministerio Público es una institución extremadamente jerárquica en la que los y las fiscales deben seguir las instrucciones del Fiscal Nacional al ejercer su discreción persecutora.

dicho tipo penal en el sentido de requerir la creación de un peligro concreto para el bien jurídico protegido, ahora la interpretación cambiaba radicalmente, sosteniendo que la mera violación de medidas sanitarias como la cuarentena o la prohibición de desplazarse en el espacio público sin autorización específica eran suficientes para dar por cometido el delito³⁰. Esta estrategia punitiva expansiva fue apoyada por el legislador, quien no tardó en dictar una ley que fortalecía la reacción penal frente al incumplimiento de medidas sanitarias³¹. Las persecuciones penales se dispararon dramáticamente. Mientras que entre enero y marzo de 2020 hubo solo 51 causas penales por infracción del artículo 318 del CP, entre abril y junio del mismo año este número creció a 5.932 y entre julio y septiembre alcanzó las 68.154 causas³². Fue así como el derecho penal se transformó en una herramienta central de la estrategia chilena para enfrentar la pandemia del SARS-CoV-2.

En un comienzo, esta aproximación punitiva pudo aparecer como una forma efectiva de sostener las medidas sanitarias y de redirigir la responsabilidad por la pandemia hacia los individuos³³, pero pronto se hizo evidente que la falta de cumplimiento de las medidas sanitarias no era necesariamente expresiva de indiferencia por parte de los individuos, sino que estaba ampliamente determinada por la necesidad económica³⁴.

Estudios de movilidad mostraron que luego de la introducción de las regulaciones sanitarias que restringían la libertad de desplazamiento, los barrios más ricos eran capaces de reducir la movilidad en más de un 50% mientras que los barrios más pobres apenas alcanzaban un 30% de reducción³⁵. Como suele ocurrir, el impacto de las condiciones sociales y económicas de los individuos

³⁰ Véase Instrucción General, Fiscal Nacional, 57-2020 y también véase la nota 48.

³¹ Ley N° 21.240 de 20 de junio de 2020.

³² Estos datos fueron obtenidos directamente de la página web del Poder Judicial. Véase, “Poder Judicial en números”, Poder Judicial, accedido el 15 de agosto de 2021, www.numeros.pjud.cl.

³³ De acuerdo con Ulrich Beck, las instituciones se escapan de la responsabilidad rediriéndola a los individuos. Véase BECK, Ulrich, *Risk society: Towards a new modernity*, 1ª ed., traducción de Mark Ritter. London, Thousand Oaks, New Delhi: Sage (1992), pp. 48-49.

³⁴ GERBER, Monica *et al.*, “Taking Care of Each Other: How Can We Increase Compliance with Personal Protective Measures During the COVID-19 Pandemic in Chile?”, en *Political Psychology*, vol. 42 N° 5 (2021), pp. 863-880.

³⁵ ‘El impacto de las dos primeras semanas de cuarentena masiva en la Región Metropolitana’, Instituto de Sistemas Complejos de Ingeniería COVID-19, accedido el 25 de agosto de 2021, <https://isci.cl/wp-content/uploads/2020/06/Reporte-3-ISCI-movilidad-11-de-junio.pdf>. Otros estudios han determinado que la diferencia es de un 61% contra un 40%. Véase MAHMUD,

no solo fueron ignoradas por quienes creaban o promovían las políticas sanitarias y penales, sino también por quienes las reportaban y quienes las aplicaban (inspectores, policías y fiscales)³⁶. Un ejemplo de esto puede encontrarse en el ánimo laudatorio con que el gobierno y los medios de prensa presentaron una serie de detenciones colectivas realizadas en contra de vendedores ambulantes³⁷.

Esta indiferencia al contexto social y económico en que las reglas sanitarias debían aplicarse significó que, para fines de mayo de 2020, los miembros con menos recursos de nuestra sociedad no solo estaban teniendo más dificultades para protegerse de la enfermedad al no poder aislarse en sus hogares, sino que además eran ellos quienes estaban recibiendo más castigo por no “cuidar a los demás”³⁸.

La evidencia de esta injusta distribución de la protección y el control fue generando una conciencia de que los individuos no siempre estaban siendo justamente responsabilizados por fallar en el cumplimiento de las regulaciones sanitarias, y que la responsabilidad también debía caer en el gobierno por no proveer de los medios necesarios para que las medidas de encierro fueran posibles³⁹. El impacto de la desigualdad se volvió todavía más pronunciado en la medida que aprendimos que la pobreza no solo imponía una mayor exposición

Ayesha S. *et al.*, “Socioeconomic status determines COVID-19 incidence and related mortality in Santiago, Chile”, en *Science*, vol. 372, N° 6545 (2021).

³⁶ Por el contrario, tanto la policía como los y las fiscales parecen haber desplegado su usual sesgo contra los más pobres. Véase DUCE, Mauricio, y LILLO, Ricardo Manuel, “Controles de identidad realizados por Carabineros: Una aproximación empírica y evaluativa sobre su uso en Chile”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 33 (2020), pp. 167-203; y FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA y FUNDACIÓN SAN CARLOS DE MAIPO, “Estudio sobre los niveles de exclusión social en personas privadas de libertad”, Santiago de Chile (2016).

³⁷ GUERRA, Ignacio, “Operativos policiales dejaron más de 100 detenidos tras jornada de intensas fiscalizaciones en la Región Metropolitana”, *Emol*, 25 de junio, 2020, Edición Web.

³⁸ Después de los primeros meses de pandemia, Puente Alto, que es una de las comunas más pobres de Santiago, tenía la tasa más alta de persecuciones penales en la capital, casi el doble de la tasa de sectores más acomodados como Vitacura y Las Condes. Véase LABRÍN, Sebastián y VELÁSQUEZ, Fredi “Quiénes, cuándo y dónde rompen la cuarentena”, *La Tercera*, 20 de junio de 2020, Sección Coronavirus, Edición Web.

³⁹ Hubo grandes protestas en algunas áreas de Santiago para denunciar la imposibilidad que algunas personas sufrían para cumplir con las medidas de encierro debido al hambre. Véase, por ejemplo, “Coronavirus en Chile: las imágenes de las protestas en Santiago por la difícil situación económica creada en Chile por la pandemia de Covid-19”, *BBC News Mundo*, 19 de mayo de 2020, Edición Web. Algunos alcaldes también protestaron contra el gobierno por no proveer de las condiciones para el cumplimiento de las medidas sanitarias. Véase, por ejemplo, la editorial “Alcaldes reaccionan al anuncio de cuarentena total en Santiago”, *ADN Radio*, 13 de mayo de 2020, Edición Web.

al contagio y una mayor vulnerabilidad al control y al castigo, sino que además imponía un mayor nivel de morbilidad y mortalidad por COVID-19⁴⁰.

El Poder Judicial, mientras tanto, se fue configurando como una piedra de tope a esta estrategia punitiva expansiva del gobierno y de paso un límite a la expansión de los resultados injustos recién descritos. Las primeras persecuciones que probaron no ser exitosas fueron aquellas dirigidas en contra de personas en situación de calle, donde los tribunales básicamente sostuvieron que el toque de queda y las medidas de cuarentena no podían aplicarse a quienes no tenían un hogar donde permanecer. La Corte Suprema incluso declaró que en estos casos la detención configuraba una violación de derechos de dichas personas en la medida que, en vez de perseguirlos y controlarlos, la policía debió haberles brindado protección⁴¹.

En relación con infractores que no estaban en situación de calle, la Defensoría Penal Pública sostuvo de manera muy persuasiva que en los controles y persecuciones había un claro sesgo en contra de quienes no estaban participando en conductas verdaderamente peligrosas, sino simplemente infringiendo normas de la autoridad para poder proveerse a ellos o sus familias de los medios necesarios para su supervivencia⁴².

Desde la academia igualmente se denunció lo inapropiado de la estrategia punitiva que había adoptado el Ministerio Público, al enfocarse en individuos que simplemente infringían la cuarentena o el toque de queda en vez de concentrarse en agentes del Estado o empleadores que, por incumplir con los deberes propios

⁴⁰ MAHMUD *et al.*, *ob. cit.* Antes de la publicación de este artículo, estas estimaciones ya formaban parte del conocimiento público debido a la activa vigilancia de la pandemia que hicieron científicos chilenos, la que compartían activamente por redes sociales. Véase, por ejemplo, uno de los reportes periódicos del centro de pensamiento Espacio Público: ARROYO, Camila *et al.*, “Informe sobre la evolución de la epidemia de Covid-19 en Chile”, Espacio Público, 23 de julio de 2020: https://www.espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2021/06/CoVid_Chile_23072020_vf.pdf.

⁴¹ Véase la decisión de la Corte Suprema (4 de marzo de 2021), Amparo 16913-2021. Véase Corte de Apelaciones de San Miguel (5 de marzo de 2021), en la causa penal 546-2020; Corte de Apelaciones de San Miguel (31 de julio de 2021), causa de amparo 353-2020. ‘Protección en vez de detención’ era de hecho la instrucción a la policía que había formulado el Ministerio de Desarrollo Social, véase el *Protocolo para el Resguardo de las Personas en Situación de Calle en Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe*, 20 de marzo de 2020, Ministerio de Desarrollo Social y Familia.

⁴² Defensor Víctor Providel: “Detenciones y formalizaciones por cuarentena no consideran urgencias de personas vulnerables”, *Defensoría Penal Pública*, accedido el 25 de agosto de 2021, http://www.dpp.cl/sala_prensa/noticias_detalle/10427/detenciones-y-formalizaciones-por-cuarentena-no-consideran-urgencias-de-personas-vulnerables.

de su rol, generaban un mucho mayor riesgo o peligro para la salud⁴³. Este último punto de vista fue incorporado por la Corte Suprema cuando declaró que solo podían infringir el artículo 318 del CP las personas que estuvieran realizando comportamientos que fueran efectivamente riesgosos para la salud⁴⁴. Y si bien la Corte Suprema no realizó una declaración explícita sobre el contexto social y económico de las infracciones, sí dificultó la profundización de los efectos de la configuración de un grupo sobre-perseguido y excesivamente des-protegido. Esto último se logró mediante el bloqueo de las persecuciones penales contra quienes simplemente infringían cuarentenas o toques de queda⁴⁵. Incluso el Tribunal Constitucional contribuyó a limitar la criminalización de las infracciones sanitarias declarando inconstitucional el artículo 318 del CP⁴⁶.

A lo largo del primer año de la pandemia, el Fiscal Nacional tuvo que reaccionar frente a la creciente consciencia sobre el impacto de la desigualdad en el comportamiento ciudadano, en el impacto de la pandemia y en el control penal, así como a la resistencia que le ofreció el Poder Judicial. Esto llevó al Ministerio Público a cambiar su política de persecución penal en más de una oportunidad⁴⁷.

⁴³ LONDOÑO, Fernando, “¿Responsabilidad penal para los infractores de la cuarentena? Revisión crítica de la Ley N° 21.240: más micro que macro”, en *Revista de Ciencias Penales*, vol. 47, N° 1 (2020), p. 428.

⁴⁴ La instrucción establecía que la mera violación del toque de queda no era suficiente para fundar la persecución penal bajo los términos del artículo 318 del CP, véase Oficio FRM N° 2.378/2021, 7 de mayo de 2021, y Oficio FRV N° 196/2021, 6 de mayo de 2021. Véase también la conferencia de prensa de Rivera, Víctor, “Efectos del fallo de la Suprema: Carabineros cambia criterios para detenciones durante toque de queda”, *La Tercera*, 11 de mayo de 2020, *La Tercera PM*).

⁴⁵ Véase las decisiones de la Corte Suprema en los casos: Corte Suprema, (25 de marzo de 2021), 125436-2020; Corte Suprema, (20 de abril de 2021), 149239-2020; y Corte Suprema, (23 de abril de 2021), 131966-2020.

⁴⁶ En su primera declaración relacionada con el artículo 318 del CP, el Tribunal Constitucional lo declaró parcialmente inconstitucional en el sentido de que la sanción de prisión era una pena desproporcionada. Véase Tribunal Constitucional, (5 de enero de 2021), 8950-2020. Más tarde, en abril del mismo año, el Tribunal cambiaría su visión pues sostuvo que la norma era completamente inconstitucional al infringir el principio de legalidad, véase Tribunal Constitucional, (1 de julio de 2021), 10296-2021.

⁴⁷ El Fiscal Nacional dictó una serie de instrucciones a los y las fiscales chilenos, cambiando constantemente la aproximación que debían tomar frente a quienes violaban medidas de encierro. Estas fueron realizadas por *email* y aun cuando estos son documentos públicos, ellos no han sido adecuadamente publicados. Hasta donde he podido averiguar, las primeras instrucciones fueron dictadas el 19 de marzo de 2020, cuando el Fiscal Nacional contradujo su propia interpretación del artículo 318. Véase más arriba la nota 30. Después de esto, hay instrucciones con fecha de 26 de marzo, 20 de junio y 31 de agosto todas de 2020. En el año

Este proceso de adaptación se cristalizó en una decisión del Fiscal Nacional que instruyó a los fiscales a considerar el contexto social y económico de los infractores al momento de hacer uso de su discrecionalidad persecutora; una instrucción inaudita que no ha recibido toda la atención que merece⁴⁸.

Al año 2021, la política de persecución del Fiscal Nacional ya había sido oficialmente reorientada desde una interpretación muy amplia de los comportamientos punibles (que incluía la mera violación de medidas sanitarias como la cuarentena) hacia a una interpretación más restrictiva orientada a lo que algunos han llamado infracciones “desde arriba”, como la de empleadores que no cumplen con las regulaciones sanitarias o personas que realizan eventos no permitidos y que generan un riesgo alto de transmisión del virus⁴⁹.

III. CONCLUSIONES: PERSECUCIÓN PENAL Y SOLIDARIDAD DE NUEVO

El derecho penal solo puede ser un instrumento de aquello que Durkheim llamó solidaridad mecánica, si existe un genuino sentido de indignación en relación con un comportamiento individual y un contexto social que sustente ese sentimiento. Cuando los infractores aparecen forzados a actuar en contra de las normas sociales, en parte porque el mismísimo orden social no muestra preocupación por ellos, es difícil encontrar los fundamentos necesarios para que el castigo pueda ser un mecanismo de solidaridad social.

Si bien es cierto que el foco en la responsabilidad o culpa individual es en muchos casos capaz de ocultar u oscurecer ideológicamente el impacto del contexto social en el comportamiento desviado, en el caso de la respuesta chilena al COVID-19 este ocultamiento no fue posible porque la política de persecución, en su excesivo expansionismo, amplificó los impactos de las condiciones de desigualdad que estaban determinando gran parte del comportamiento perseguido⁵⁰. De este modo, esta política de persecución volvió demasiado evidente

2021 siguió habiendo cambios en la política persecutoria debido a los fallos de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, hay, por lo menos, instrucciones con fecha 3 de marzo y 4 de mayo de 2021.

⁴⁸ En junio del año 2020, el Fiscal Nacional dictó una instrucción a todos los y las fiscales, por *email*, en la que les ordenaba no perseguir infractores de medidas de encierro que incumplían para obtener recursos básicos para sobrevivir. Esta instrucción ha sido explícitamente reconocida por el Fiscal Nacional en su cuenta pública 2020-2021, véase “Cuenta Pública 2021. Fiscal Nacional, Jorge Abbott”, Ministerio Público, accedido el 25 de agosto de 2021, “http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/quienes/discurso_2021.pdf”.

⁴⁹ Sobre la idea de infracciones “desde arriba”, véase LONDOÑO, *ob. cit.*

⁵⁰ FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA Y FUNDACIÓN SAN CARLOS DE MAIPO, *ob. cit.*

y aguda la creación de un grupo de personas que estaban siendo excesivamente des-protegidas y sobre-perseguidas. El impacto de las desigualdades era tan alto y la configuración de este grupo tan visible, que la invocación de los ideales de solidaridad social para justificar el reforzamiento penal de las medidas sanitarias se volvió casi un insulto. Este contexto de significado llevó al Fiscal Nacional a desarrollar una estrategia de persecución penal “socialmente sensible”, algo que no habíamos visto en nuestro país a pesar de la histórica desigualdad que caracteriza a Chile y su sistema penal.

Los cambios de política del Fiscal Nacional sugieren de este modo que la legitimidad del derecho penal estaba siendo desafiada a un punto tal que se hizo difícil de sostener, y sugiere también que quizás, en ciertos casos, de tiempo en tiempo, las instituciones penales sí pueden ser llamadas a rendir cuentas cuando crean extrañamiento y alienación, en vez de integración o cohesión.

Hay un último aspecto de este caso de estudio que merece ser notado aquí. Si el Fiscal Nacional fue presionado por la conciencia social y la evidencia científica a considerar el contexto social en el caso de la aplicación del artículo 318, esto podría tener un impacto en otras áreas del derecho penal, tales como en crímenes contra la propiedad cometidos por personas en situación de pobreza extrema. Quizás la pandemia ha alterado la manera en la que percibimos nuestro esquema social actual, al punto tal que las desigualdades que se han vuelto tan visibles continuarán demandando adaptaciones y cambios en las políticas penales del futuro cercano.

BIBLIOGRAFÍA

- AGOSTINI, Claudio *et al.*, “Segregación residencial de ingresos en el Gran Santiago, 1992-2002: una estimación robusta”, en *Eure Santiago*, vol. 42, núm. 127 (2016), pp. 159-184.
- ARROYO, Camila *et al.*, “Informe sobre la evolución de la epidemia de covid-19 en Chile”, Espacio Público, 23 de julio de 2020: https://www.espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2021/06/CoVid_Chile_23072020_vf.pdf.
- BASAURE, Mauro; JOIGNANT, Alfredo y MASCAREÑO, Aldo, “Between Distancing and Interdependence: The Conflict of Solidarities in the COVID-19 Pandemic”, en *Sociological Perspectives*, vol. 64, núm. 5 (2021), pp. 706-725.
- BECK, Ulrich, *Risk society: Towards a new modernity*, 1ª ed., traducción de Mark Ritter. London, Thousand Oaks, New Delhi: Sage (1992), pp. 48-49.
- BELL, Monica, “Police Reform and the Dismantling of Legal Estrangement”, en *The Yale Law Journal*, vol. 126 (2017), pp. 2054-2150.

- BILAL, Usama *et al.* “Inequalities in life expectancy in six large Latin American cities from the SALURBAL study: an ecological analysis”, en *The lancet planetary health*, vol. 3, N° 12 (2019), pp. 503-510.
- BUTLER, Judith. *The force of nonviolence: An ethico-political bind*. Brooklyn: Verso (2021).
- CARVALHO, Henrique y CHAMBERLEN, Anastasia. “Why punishment pleases: Punitive feelings in a world of hostile solidarity”, en *Punishment & Society*, vol. 20, N° 2 (2018) pp. 217-234.
- Corte de Apelaciones de San Miguel, (5 de marzo de 2021), en la causa penal 546-2020.
- _____, (31 de julio de 2021), causa de amparo 353-2020.
- Corte Suprema, (4 de marzo de 2021), Amparo 16913-2021;
- _____, (25 de marzo de 2021), 125436-2020;
- _____, (20 de abril de 2021), 149239-2020;
- _____, (23 de abril de 2021), 131966-2020.
- COTTERRELL, Roger, *The Sociology of Law*. London: Butterworths, (1984), pp. 79-82.
- CRENSHAW, Kimberlé W., “From Private Violence to Mass Incarceration: Thinking Intersectionally About Women, Race, and Social Control”, en *UCLA Law Review*, vol. 59, N° 6 (2012), pp. 1418-1472.
- DUCE, Mauricio y LILLO, Ricardo Manuel, “Controles de identidad realizados por Carabineros: Una aproximación empírica y evaluativa sobre su uso en Chile”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 33 (2020), pp. 167-203.
- DUFF, Antony, *Punishment, Communication and Community*. New York: Oxford University Press (2001), pp. 179-197.
- _____, “Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial”, en *Ratio*, vol. 23, N° 2 (2010), pp. 123-140.
- DURKHEIM, Emile, *La División del Trabajo Social*, traducción de Carlos G. Posada. México D.F.: Colofón (2007), pp. 95-99; pp. 79-120.
- GARVEY, Stephen P., “Injustice, Authority, and the Criminal Law”, en Sarat, Austin (ed.), *The Punitive Imagination*. Tuscaloosa: The University of Alabama Press (2015), pp. 42-81.
- GARLAND, David, *Punishment and modern society*. Chicago: University of Chicago Press (1993), pp. 24-25; pp. 29-33; p. 42; pp. 75-80.
- GARRETÓN, Manuel Antonio, “City profile: Actually existing neoliberalism in Greater Santiago”, en *Cities*, vol. 65 (2017), pp. 32-50.

- GERBER, Monica *et al.*, “Taking Care of Each Other: How Can We Increase Compliance with Personal Protective Measures During the COVID-19 Pandemic in Chile?”, en *Political Psychology*, vol. 42 N° 5 (2021), pp. 863-880.
- FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA y FUNDACIÓN SAN CARLOS DE MAIPO, “Estudio sobre los niveles de exclusión social en persona privadas de libertad”, Santiago de Chile, (2016).
- KENNEDY, Joseph E., “Monstrous offenders and the search for solidarity through modern punishment”, en *Hastings Law Journal*, vol. 51, N° 5 (1999), p. 829; pp. 844-846; p. 848.
- KERNEIS, Soazik, “Solidaridad contractual, solidaridad orgánica. Aproximación histórica y antropológica”, en GALLARDO, Laura (ed.) y PINCHEIRA, Iván (ed.), *Espacios del conocimiento: sujeto, verdad, heterotopías. Actas VIII Escuela Chile-Francia 2014*, 1ª ed. Santiago de Chile: LOM (2016), pp. 73-84.
- KORNHAUSER, Lewis A. y REVESZ, Richard L., ‘Joint and several liability,’ en *Encyclopedia of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited (1998).
- LEY N° 21.240 de 20 de junio de 2020.
- LONDOÑO, Fernando, “¿Responsabilidad penal para los infractores de la cuarentena? Revisión crítica de la Ley N° 21.240: más micro que macro”, en *Revista de Ciencias Penales*, vol. 47, N° 1 (2020), p. 428.
- LORCA, Rocío, “Punishing the Poor and the Limits of Legality”, en *Law, Culture and the Humanities*, online first (2018).
- MAHMUD, Ayesha S. *et al.*, “Socioeconomic status determines COVID-19 incidence and related mortality in Santiago, Chile”, en *Science*, vol. 372, N° 6545 (2021).
- MEARES, Tracey L., “Charting race and class differences in attitudes toward drug legalization and law enforcement: Lessons for federal criminal law”, en *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 1, N° 1 (1997), pp. 137-174.
- MURPHY, Liam, “Beneficence, Law, and Liberty: The Case of Required Rescue”, en *Georgetown Law Journal*, vol. 89, N° 3 (2000), pp. 605-665.
- Oficio FRM N° 2378/2021, 7 de mayo de 2021.
- Oficio FRV N° 196/2021, 6 de mayo de 2021.
- PNUD, “Desiguales. Orígenes, cambios y desafíos de la brecha social en Chile”, Santiago de Chile: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2017).
- Resolución N° 860 Exenta, Ministerio de Salud, de 16 de marzo de 2020.
- ROBERTS, Dorothy E., “Abolition constitutionalism”, en *Harvard Law Review*, vol. 133, N° 1 (2019).

SHELBY, Tommie, “Justice, deviance, and the dark ghetto”, en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 35, Nº 2 (2007), pp. 126-160.

Tribunal Constitucional, (5 de enero de 2021), 8950-2020;

_____, (1 de julio de 2021), 10296-2021.

VON HIRSCH, Andreas, “Criminalizing failure to rescue: a matter of ‘solidarity’ or altruism”, en Cruft, Rowan (ed.); Kramer, Matthew H. (ed.); y Reiff, Mark R. (ed.), *Crime, punishment, and responsibility: The jurisprudence of Antony Duff*. Oxford: Oxford University Press (2011), pp. 241-253.

WILENMANN, Javier, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*. Madrid: Marcial Pons (2017).

ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman foundations of European contract law*, Cape Town, Wetton and Johannesburg: Juta & Co. Ltd (1990), p. 1020.