

EL POPULISMO PUNITIVO: ‘EL GRAN MAL QUE AFECTA LA AGENDA LEGISLATIVA CHILENA’

PUNITIVE POPULISM: ‘THE GREAT EVIL THAT AFFECTS THE CHILEAN LEGISLATIVE AGENDA’

IVONNE OLIVA ROCHA * **

RESUMEN: El concepto de populismo punitivo o criminología mediática ha comenzado a convertirse en uno de los problemas más graves que enfrenta la legislación penal chilena, no sólo por las consecuencias que provoca sino también por lo arraigado que se encuentra en el sistema democrático nacional. En este trabajo analizamos tres proyectos de actuales leyes generadas en los últimos 8 años, los cuales, en razón a sus muchas similitudes, nos demuestran que nuestra afirmación revela una realidad preocupante.

PALABRAS CLAVE: populismo punitivo, criminología mediática, Ley 21.170, Ley 20.931, Ley 20.587.

ABSTRACT: The concept of punitive populism or mediatic criminology has begun to become one of the more serious problems facing Chilean criminal legislation, not only because of the consequences it causes but also of how deeply rooted it's in the democratic national system.

In this paper, we analyze three law projects within the last eight years, which as a result of their many similarities show us that our affirmation reveals a worrying reality.

KEYWORDS: punitive populism, mediatic criminology, Law n° 21.170, Law n° 20.931, Law n° 20.587.

RESUMEN / ABSTRACT

* Estudiante de quinto año de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Chile. Correo electrónico: ioliva2016@udec.cl.

** Este trabajo corresponde a la ponencia presentada en el Congreso Estudiantil de Pre y Post grado: Derecho ante la crisis, de la Universidad de Concepción, los días 5, 6 y 7 de octubre de 2020.

I.- INTRODUCCIÓN

¿Es Chile un país cuya agenda legislativa está influenciada por el populismo punitivo?

Desde un punto de vista político y social el Populismo Punitivo es uno de los grandes problemas que posee actualmente nuestro sistema democrático. Esto debido a que, en general, Chile ha decidido orientar su agenda legislativa utilizando el miedo de la población ante los crímenes perpetrados en el país, quienes, actuando influenciados por los medios de comunicación y la sensación de inseguridad provocada, comienzan a exigir sanciones más duras en contra de aquellos que cometen delitos, llegando incluso a la “autotutela” desconociendo así sus derechos fundamentales y por supuesto, su dignidad humana. Esta situación acrecienta aún más la grave crisis política que va arrastrando hace años Chile y que seguirá acarreado si no mejoramos la calidad en la forma de legislar en materia penal y, por qué no decirlo, de los y las encargadas de hacer las leyes, que son quienes detentan este rol tan importante y fundamental en nuestra democracia. Mejorar la calidad de nuestros legisladores reformando nuestro sistema político, podría ser un buen punto de partida.

En tiempos donde los cambios sociales y demandas colectivas de la ciudadanía piden a gritos una sociedad más justa y equitativa, con un sentimiento impuesto de inseguridad constante, sumada a la desconfianza hacia las instituciones y organismos del Estado, es natural que los ciudadanos y ciudadanas miren con ojos esperanzadores y se dejen influenciar por la *criminología mediática*, concepto que desvirtúa e influye negativamente el desenvolvimiento de los políticos y políticas, quienes se alejan de su labor principal, pasando a ser verdaderos “actores y actrices políticos/as” que hacen un espectáculo de los crímenes y situaciones de violencia, amparados en la televisión y en el clamor popular mal entendido, para terminar promoviendo leyes que instrumentalizan al Derecho Penal, creando una falsa solución escudada en el desconocimiento de las personas; futuros votantes más interesados e interesadas en una solución rápida que en una real y que ataque la cuestión de fondo.¹ ¿A qué se debe esto? A que es más rápido legislar dando soluciones poco satisfactorias inmediatas, con leyes muchas veces mal hechas, que esperar la evolución del pensamiento de la ciudadanía con sus movimientos sociales más lentos, pues las elecciones están más cerca, hecho concreto y muchas veces impostergable, que requiere “dejar contentos y contentas” a quienes logró manipular con discursos populistas influenciados fuertemente por la televisión y otros medios de comunicación amarillistas, el desconocimiento y el miedo. Las ganas de mantenerse en

¹ MARTÍNEZ, Mauricio, “Populismo punitivo, mayorías y víctimas”, *Revista de Derechos Fundamentales (ex Nomos)*, 2009, N° 183-199, p.184.

sus cargos los lleva a terminar aprobando y legitimando leyes contrarias a los derechos fundamentales de los y las ciudadanas, además de exageradamente castigadoras con el sólo objetivo de dejar contenta a la *vox populi* que termina reclamando la adopción de sanciones o medidas extremas e injustificadas como: la pena de muerte, la expulsión de todos y todas las migrantes, supresión de todas las garantías penales y procesales, destitución de los jueces y juezas, etc. Esto como si fuesen la gran solución a los crímenes y a la delincuencia del país, cuando claramente ha quedado demostrado hace ya bastantes años que el endurecimiento de penas no provoca que disminuyan los delitos, resultando la medida, además de populista, ineficaz para fines prácticos.

II.- EL CONCEPTO DE POPULISMO PUNITIVO O CRIMINOLOGÍA MEDIÁTICA.

Según Eugenio Raúl Zaffaroni en su libro titulado la “Cuestión Criminal”, la Criminología Mediática se define como la “creación de la realidad a través de información, subinformación y desinformación en convergencia con prejuicios y creencias, basada en una etiología criminal simplista asentada en causalidad mágica”.²

Esta causalidad mágica es para Zaffaroni³ una especie de *Idea de Causalidad*, que se usa para canalizar la venganza contra determinados grupos humanos. No obstante, ¿Por qué las personas se nutren de esta Criminología Mediática? La respuesta, según René Girard,⁴ es que “si el sistema penal tiene por función real canalizar la venganza y la violencia difusa de la sociedad, es menester que las personas creen que el poder punitivo está neutralizando al causante de todos sus males.” En otras palabras, las personas creen que el Derecho Penal es su instrumento de venganza ante los actos delictuales de estos “malos” ciudadanos o ciudadanas infractoras de ley. Por lo mismo, la mayoría no cree en la reinserción de los imputados e imputadas luego de cumplir sus condenas (a pesar que los estudios demuestran que es posible reinserirse en la sociedad teniendo redes de apoyo que los respalden, por ejemplo) o tampoco están de acuerdo con los beneficios carcelarios a los condenados y condenadas, si fuera por ellos y ellas, los y las infractoras de ley podrían pasar toda su vida privados de libertad sin si quiera las condiciones mínimas y vulnerando todos sus derechos fundamentales.

Asimismo, Zaffaroni señala que: “La disposición a aceptarlo (de aceptar la criminología mediática) obedece a que de ese modo se baja el nivel de angustia que genera la violencia difusa”.⁵

² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *La Cuestión Criminal*, Editorial Planeta, Argentina, 2012, 1° ed. Actualizada, Vol. 1.

³ ZAFFARONI, cit. (n. 2), p. 216.

⁴ ZAFFARONI, cit. (n. 2), p. 216.

⁵ ZAFFARONI, cit. (n. 2), p. 216.

Es aquí donde la televisión y los medios masivos de comunicación adoptan un rol preponderante en el desarrollo de este fenómeno, donde su manipulación mediática hacia la sociedad chilena provoca que el miedo se convierta en la principal herramienta con que cuenta el Estado para introducir modificaciones en materia penal que beneficien a ciertos sectores más acomodados, pero que terminan deshumanizando a la población penal, en este caso, a quienes han sido condenados y condenadas por delitos que atentan contra el bien jurídico más resguardado por nuestro ordenamiento jurídico: La Propiedad. Estos son encasillados como los “malos” de esta guerra entre justos e injustos, considerándolos como lo “peor” de la sociedad sólo por haber cometido un delito. Esto no significa que no deban recibir sanción, por el contrario, quién delinque debe ser castigado, pero siempre respetando sus derechos, aquellos inherentes a toda persona humana, sin distinción alguna, cuestión que la ciudadanía olvida, pues está sumida en este manto de neblina que es el populismo punitivo que les impide ver la realidad completa y, que los lleva a cometer actos vandálicos en contra de la integridad de las personas infractoras de ley, como lo son las detenciones ciudadanas.

En un oasis del neoliberalismo como lo es Chile, pareciera ser más importante resguardar los bienes y el derecho de propiedad que la integridad física y psicológica, y la reinserción de los condenados y condenadas a la sociedad, cuya realidad social nos enrostra la desigualdad de oportunidades en nuestro país, sobre todo en el acceso a una educación de calidad, donde sumado a un entorno familiar difícil y a la desesperanza ante un sistema que los/as segrega y no acciona sus políticas públicas en pro de solucionar estos conflictos o, a lo menos, disminuir un poco la brecha entre las personas, los y las termina empujando indirectamente a un camino alejado de la legalidad. ¿Cómo le pedimos a un niño de 15 años con padres inmersos en la drogadicción, la violencia, el desempleo y la pobreza que no sienta que el camino menos engorroso para llevar el sustento a su casa sea el involucrarse con los narcotraficantes de su población? Es simple, pues la sociedad misma los discrimina por su situación socioeconómica, que les quita oportunidades, con un Estado que no cubre ni garantiza sus derechos más mínimos, que los olvida y sólo vuelve a recordarlos cuando tiene que castigarlos por delinquir en una sociedad que encarcela la pobreza y la desigualdad. Algunos y algunas podrían decir: ¡Pero que trabajen! Pero eso que significa: sería trabajar de forma irregular o con permiso notarial de sus padres (situación bastante poco probable), donde las jornadas laborales serían arduas y muy mal remuneradas, dejándoles sin tiempo para dedicarse a estudiar y a preparar una buena prueba de transición universitaria o técnico profesional, por ejemplo. ¿Por qué los jóvenes cuya situación es de mayor vulnerabilidad tienen que pasar por todo eso para lograr salir del círculo de la pobreza? ¿Por qué la cancha no está más pareja y el acceso a la educación garantizada por el Estado? Además, claramente, un sueldo de un trabajo de medio tiempo no alcanza ni siquiera para cubrir las necesidades más esenciales de una persona, menos las de una familia y, desde la visión de un NNA en

situación de vulnerabilidad, notoriamente resulta más “rentable” el delinquir y hacer de “soldado” para un narco que trabajar dentro de un sistema laboral tan precario e incluso estudiar una carrera, por mencionar un caso, porque cubrir la necesidad es más importante que la forma en que los recursos se consiguen, sobre todo cuando hablamos de alimentos y el pago de los servicios básicos de una familia.

En palabras del profesor Zaffaroni:⁶ “La criminología mediática crea la realidad de un mundo de personas decentes frente a una masa de criminales identificada a través de estereotipos, que configuran un ellos separado del resto de la sociedad, por ser un conjunto de diferentes y malos.”

Por lo tanto, podemos desprender de este análisis dos características principales de una sociedad influenciada por la Criminología Mediática o Populismo Punitivo, la primera es una “fuerte influencia de los medios de comunicación en la población”, medios que actualmente no sólo quedan reducidos a la televisión sino también incluyen a las redes sociales, esto pues muestran incansablemente ciertos hechos delictuales de baja ocurrencia de manera reiterada en los noticieros, matinales, *Facebook*, *Twitter*, etc. Con el objetivo de hacer creer a la ciudadanía que la delincuencia está desatada en el país y que no habrá paz mientras no se dicte una ley que aumente penas o cree un tipo especial en la legislación que sancione dichos delitos, es aquí donde comienza a tener un papel preponderante el accionar del poder ejecutivo, que, al poco tiempo, presenta un proyecto de ley al Congreso con el objetivo de detener este supuesto caos social, el cual, por lo general, tiene una rápida tramitación y termina siendo ley al poco tiempo de presentado el mensaje del Presidente de la República.

Dicho mensaje y posteriormente la discusión parlamentaria, por lo general, está respaldada principalmente en estadísticas y encuestas poco serias y bastante sesgadas ideológicamente como lo son: ADIMARK y las de Seguridad Ciudadana, dejando de lado la investigación empírica de los hechos, realidades y consecuencias de su implementación. Es esta última la segunda característica: la “falta de investigación empírica previa y posterior que sirvan de antecedentes o preparación para la creación de las reformas en materia penal y procesal penal.” Cuestión que se relaciona directamente con una especie de “reaccionismo” de lo que muestra la televisión y a las “circunstancias del momento”, esto es, situaciones que crean gran conmoción o impacto en la opinión pública, y a los medios de comunicación actuales en general, que impulsa a los Estados a promover estas leyes “rápidas o cortas” sin un ejercicio investigativo previo que respalde la idea de reformar en materia penal y que además, prevea las consecuencias que su implementación provocará en la sociedad y su real eficacia.

⁶ ZAFFARONI, cit. (n. 2), p. 218.

III.- INFLUENCIA DEL POPULISMO PUNITIVO O CRIMINOLOGÍA MEDIÁTICA EN LAS LEYES PENALES PUBLICADAS EN EL PAÍS SOBRE DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD DE LOS ÚLTIMOS 8 AÑOS.

En los últimos ocho años se podría afirmar que la mayoría de las leyes que modifican el Código Penal, han tenido por objeto aumentar las penas de ciertos delitos, la creación de nuevos tipos penales a raíz de hechos que afectan a un pequeño número de personas en proporción al número de habitantes del país, la disminución de garantías procesales penales y el endurecimiento de los requisitos para acceder a ciertos beneficios por parte de los condenados y condenadas. Todo esto de forma paulatina, ya que el populismo punitivo se fue arraigando de a poco en nuestra agenda legislativa, de forma solapada y casi imperceptible por el ojo no académico o no especializado en los saberes del derecho, quedando, además, a criterio del gobierno de turno la forma de abordar la problemática populista estatal, donde muchas veces terminan apagando el fuego con bencina y hundiéndose más en este gran problema que afecta negativamente a nuestra legislación en general.

Para entender bien dicho fenómeno legislativo, vamos a analizar tres leyes publicadas en distintos años y períodos presidenciales. ¿Qué queremos demostrar con esto? Que a medida que pasaron los años, desde 2012 a la fecha, la criminología mediática se impuso a pasos agigantados en la labor creadora de nuestro poder legislativo y que, actualmente, resulta innegable que Chile está afectado gravemente por este fenómeno.

IV.- LEY 21.170 DEL 26 DE JULIO DE 2019 QUE MODIFICA EL TRATAMIENTO DE LAS PENAS DE LOS DELITOS DE ROBO Y RECEPTACIÓN DE VEHÍCULOS MOTORIZADOS O DE LOS BIENES QUE SE ENCUENTRAN AL INTERIOR DE ESTOS O “LEY ANTIPORTONAZOS”.⁷

En el primer trámite constitucional de este proyecto de ley, durante el debate parlamentario, queda claro en los discursos de gran parte de los diputados y diputadas el sesgo populista a la hora de fundamentarlo, esto pues inflan las cifras de encuestas que utilizan como antecedentes, apelan a la emocionalidad y a prejuicios, llegando a negarles inclusive sus garantías y derechos a los/as infractores de ley. Por ejemplo:

El Diputado Ramón Barros Montero⁸, militante de la Unión Demócrata Independiente, señaló: “La iniciativa señala claramente que busca defender y establecer

⁷ Ley 21.170, de 2019, *Modifica el tratamiento de las penas de los delitos de robo y receptación de vehículos motorizados o de los bienes que se encuentran al interior de éstos, y establece las medidas que indica.*

⁸ Intervención del Sr. BARROS, Ramón, Sesión 95. Legislatura 366. Discusión general. Primer trámite constitucional, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (Eds.), *Historia de la Ley 21.170, Modifica el tratamiento de las penas de los delitos de robo y receptación de vehículos motorizados o de los bienes que se encuentran al interior de éstos, y establece las medidas que indica*, BCN, Valparaíso, 2019, en línea: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7679/>, consultada: 18 de agosto de 2020.

suficientes garantías procesales a las víctimas, por lo que me llama profundamente la atención el discurso de la diputada Orsini, quien, primero, califica a este proyecto de propaganda; segundo, afirma que con él se disminuyen las garantías ciudadanas. ¡Los únicos que ven disminuidas sus garantías ciudadanas son los delincuentes! ¡De eso se trata esta iniciativa que fue apoyada de manera transversal!

Ahora, si intentan aumentar las garantías de los delincuentes, este Parlamento hoy les va a decir que no, porque vamos a votar a favor este proyecto, pues nos preocupa transversalmente lo que está sucediendo con las personas, nuestros representados.”

Aquí claramente el diputado tiene la clara intención de negarles garantías procesales a los/as futuros/as condenados/as por este nuevo tipo penal especial, desconociendo sus derechos fundamentales y adoptando una postura populista clara, que se manifiesta en esta guerra inventada entre “buenos y malos”, como muy acertadamente lo menciona el profesor Zaffaroni:⁹ “Este ellos dibuja un mundo de nosotros los buenos y ellos los malos, que no deja espacio para la neutralidad, como no lo hay en la guerra. La prudencia no tiene espacio en la criminología mediática, toda tibieza es mostrada como complicidad con el crimen, con el enemigo, porque construye un mundo bipolar y macizo, como el agustiniano en tiempos de la inquisición.”

El Diputado Renzo Trisotti¹⁰ Martínez, militante de la Unión Demócrata Independiente, señaló: “El delito que aborda el proyecto no es de poca data. Tenemos cifras que señalan que se comenzó a evaluar desde 2016, año en que se produjeron alrededor de 633 casos en el país.

Luego, en 2017, gracias a una serie de medidas implementadas no solo por Carabineros, sino por varios municipios en lugares donde se generaba el mayor número de este delito, se pudo bajar su comisión a 491 casos. Pero este año, desde enero a mayo, hemos visto un incremento del mismo de 48 por ciento. Más de 700 personas han sido víctimas de robo y receptación de vehículos motorizados o de los bienes que se encuentran al interior de estos, a través del denominado “portonazo”.

En esta cita que contempla parte de la intervención del parlamentario, durante la discusión de la ley 21.170, queda bastante claro que los delitos perpetrados no superan los mil, en el año de la dictación de la ley, no obstante, al final de su exposición el Diputado Trisotti¹¹ habló de miles de personas, afirmación, por decir lo menos, cuestionable y contradictoria, quedando en evidencia la exacerbación en las cifras para hacerlas parecer más terribles de lo que realmente son.

⁹ ZAFFARONI, cit. (n. 2), p. 222.

¹⁰ TRISOTTI, Renzo, en Sesión 95. Legislatura 366. Discusión general. Primer trámite constitucional del proyecto de ley, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley 21.170*, cit. (n. 8).

¹¹ Ídem.

“En consecuencia, la iniciativa propone una respuesta efectiva y concreta para hacer frente a un nuevo tipo de delito que afecta la integridad, la seguridad y el patrimonio de miles de personas. Esperamos que luego de su implementación exista mayor control y prevención, pero en especial mayor sanción para el delito que indica, pues se entregan herramientas claras para una efectiva y eficiente persecución penal.”

No obstante, igualmente debemos mencionar que en dicha discusión diputados y diputadas de la oposición mencionaron cuestiones bastante interesantes en relación a este tema, dejando en claro la nula efectividad del aumento de las penas en la prevención de los delitos y, además, de lo populista que resulta ser el proyecto de ley abordado, por lo que, gratamente, una pequeña parte de nuestros parlamentarios y parlamentarias comprenden, de cierta forma, la influencia de la criminología mediática y lo perjudicial que es para nuestro Derecho Penal. No obstante, creemos importante destacar que la problemática populista en nuestra legislación es transversal a los distintos colores políticos presentes en nuestro Congreso, pues si bien ahora hay presencia de argumentos que dejan entrever algún tipo de consciencia al respecto meses después terminan cayendo en los mismos discursos para probar leyes impulsadas por sus partidos o por las “circunstancias del momento” o cuando son oficialismo en el gobierno, quedando, por tanto, en la consciencia de saber sin accionar realmente o accionando cuando es conveniente. Podemos citar los siguientes extractos de las palabras:

La Diputada Maite Orsini¹² Pascal, militante del Partido Revolución Democrática argumentó: *“(...) Donde sí tiene consecuencias es en el ámbito de las garantías fundamentales, ya que restringe las posibilidades de acceso a las penas sustitutivas, las que, irónicamente, han mostrado ser mucho más eficientes para la reducción de la reincidencia.*

Quiero aclarar que, sin duda, el proyecto tiene que ver con un problema real; pero la pregunta es ¿se hace cargo del problema? La respuesta, lamentablemente, es negativa. Cuando se usa el derecho penal en el lugar donde debiéramos implementar políticas públicas, los delitos no disminuyen y la legislación se vuelve intrincada. Se trata de un problema que se profundiza cuando lo que hacemos es crear estrategias que solo buscan cambiar los nombres de los delitos, pero sin comprometernos con una regulación sistemática y con una valoración coherente de los bienes jurídicos en juego.”

El Diputado René Saffirio¹³ Espinoza, militante Independiente, señaló al respecto:

¹² ORSINI, Maite, en Sesión 95, Legislatura 366. Discusión general, Primer trámite constitucional del Proyecto de ley, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la ley 21.170*, cit. (n. 8).

¹³ SAFFIRIO, René, en S1.170, sesión 95. Legislatura 366. Discusión general. Primer trámite constitucional, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la ley 21.170*, cit. (n. 8).

“Señor Presidente, lamento el hecho de que se pretenda hacer creer a los ciudadanos que el establecimiento de normas que aumenten las penas por se significará una disminución en la comisión de los delitos a que se refiere el proyecto.

En derecho penal no existe una relación proporcional entre la entidad de la pena y la disminución de los delitos. Eso no es real, sino que es -disculpen la expresión poco docta- vender humo, una suerte de populismo penal.

Entonces, tratar de convencer al país, cuando se busca crear tipos delictivos que aumenten las penas, de que quienes se oponen lo hacen porque están del lado de los delincuentes, me parece una simplificación absurda que no resiste el menor análisis teórico, científico o jurídico.”

“(...) Quiero llamar la atención al respecto, porque podemos generar la expectativa de que, al aumentar las penas, van a disminuir los “portonazos”, y, al poco tiempo, darnos cuenta de que aquello no ocurre y que, en definitiva, el Parlamento ha dictado una norma que resulta del todo ineficaz para el objetivo que se persigue.”

También lo digo porque, a pesar de que la Comisión de Seguridad Ciudadana ha hecho un gran trabajo, la regla general del Congreso, cuando se trata de establecer delitos y de modificar normas específicas de alguno de los códigos de la república, es que esos proyectos siempre sean conocidos por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, en la que es posible tener una mirada que, más allá de las implicancias directas que pueda tener el delito, fije o preserve un conjunto de principios que establezcan coherencia legislativa, sobre todo en materia de tipificación de delitos.

Para terminar, deseo insistir en que el incremento de las penas no necesariamente se traduce en una disminución de los delitos, porque el delincuente, cuando toma la decisión de cometer un delito, no hace el análisis previo sobre las implicancias de su acción, no hace una prognosis de la pena, porque no le interesa, pues se ha proveído de los medios para lograr su impunidad y ha adoptado todas las medidas necesarias para impedir que la justicia cumpla su función. En consecuencia, el impacto que se busca al incrementar las penas no produce el efecto deseado.”

En cuanto al Segundo Trámite Constitucional en el Senado ocurre algo similar, pues se argumenta tratando con términos poco amigables a los y las infractoras de ley debido a que son considerados los/as “malos/as”, el “enemigo” y, además, se promueve la denominación de la ley en discusión con el nombre de una persona que sufrió una afectación por aquel crimen, que fue la muerte de un joven de nombre Fabián, cuyos padres además se encontraban presentes en la sala en el momento en que se estaba

discutiendo la actual ley. ¿Qué más prueba de que la ley fue creada en atención a casos contingentes específicos que nombrar a una ley como “Ley Fabián”? situación bastante recurrente en nuestro país y no sólo en reformas sobre delitos en contra de la propiedad como es el caso. Por ejemplo: Ley Emilia, Ley Antonia, Ley Ricarte Soto, etc.

El Senador Alejandro Guillier Álvarez,¹⁴ del partido Radical, señaló al respecto:

“(...) La actual legislación hace difícil probar ciertos móviles que puedan agravar las sentencias; y, por lo mismo, cuando estos personajes siniestros caen presos, las consecuencias prácticas son muy pocas.”

“(...) Y tercero, en la línea de lo que ha ocurrido hoy, pedimos que la iniciativa sea denominada “Ley Fabián”, en homenaje al joven Fabián González, quien este año se convirtió en el primero en perder la vida tras un “portonazo” ocurrido en la Villa Portales, de Estación Central, y fue una víctima absolutamente inocente de gente que no perdona la vida de los demás y que se solaza de no pagar penas significativas ante los tribunales.

Por esa razón, y en aras de hacer un reconocimiento a través de la legislación a aquellos que de alguna manera le dan origen, pues este proyecto surge a raíz de la muerte de Fabián González, creo que sería una manera de retribuir a la enorme pena de sus padres, familiares y amigos el que este cuerpo legal llevara su nombre.”

Siguiendo esta misma línea argumentativa la Senadora del Partido Socialista Isabel Allende Bussi¹⁵ señaló: “Por ello, si el proyecto termina siendo ley, me parece pertinente denominarla, tal como lo hemos hecho en otros casos, “Ley Fabián”, en memoria de este hijo.”

Por otro lado, el Senado argumenta casi deshumanizando a las personas que delinquen. Mencionan el aumento de las penas de privación de libertad como si fueran algo banal o sin relevancia y no como el despojo de un derecho. Además, queda clara la falta de preparación o asesoramiento de algunos parlamentarios pues en sus discursos señalan aberraciones jurídicas, incluso, contrarias a nuestra actual Constitución y a los compromisos internacionales que tiene Chile. Por ejemplo:

El Senador Juan Pablo Letelier¹⁶ del partido Socialista argumentó: “(...) Yo no soy partidario de la pena de muerte; tampoco de que les corten las manos a las personas porque roban, o de que las mutilen. Sin embargo, existe el inconveniente de que nuestras normas

¹⁴ GUILLIER, Alejandro, Sesión 11. Legislatura 367. Discusión general. Segundo trámite constitucional, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la ley 21.170*, cit. (n. 8).

¹⁵ ALLENDE, Isabel, Sesión 11. Legislatura 367. Discusión general. Segundo trámite constitucional, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la ley 21.170*, cit. (n. 8).

¹⁶ LETELIER, Juan Pablo, Sesión 11. Legislatura 367. Discusión general. Segundo trámite constitucional, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la ley 21.170*, cit. (n. 8).

penales son muy laxas, muy simples, lo que hace que los delincuentes recuperen pronto su libertad y sigan su vida delinquiendo. Es cierto lo que señaló el Senador Castro: es preciso asociar este debate con lo que pasa en las cárceles. Los presos tienen que comenzar a trabajar estando reclusos. No solo deben pagar con la privación de su libertad: también han de ayudar a su manutención, pues no hay razón para que esto solo sea responsabilidad del Estado.”

Es importante destacar, que la mayoría de los proyectos de ley influenciados por el Populismo Punitivo en nuestro país, sobre delitos contra la propiedad y reformas procesales penales, son presentados vía mensaje del poder ejecutivo al Congreso, es decir, es el gobierno el que posibilita y presiona, dando urgencia a los proyectos, para que estos sean discutidos con rapidez y sin ningún tipo de meditación de larga data que incluya un cierto análisis social o estudios serios previos que respalden la creación de estos tipos penales especiales, y tampoco posteriores, que evidencien el impacto que la creación de estos nuevos delitos traen a la sociedad chilena o las consecuencias que su implementación provocó en nuestra legislación nacional. ¿Qué tipo de fundamento serio tiene la creación de estas reformas? Ninguno, más que el miedo impuesto y la falsa visión de la realidad provocada por la televisión y los medios de comunicación masiva que en general afecta a nuestra población, situación que es aprovechada por el Estado para criminalizar exageradamente a quienes delinquen con un objetivo oportunista de mejorar la aprobación del gobierno de turno, que le hace creer a los y a las ciudadanas que “se está combatiendo la delincuencia desatada”, cuando en verdad no es así. Se aprovechan de esta sensación de inseguridad, sin pensar en las graves consecuencias que puede traer a nuestro ordenamiento jurídico. Por ejemplo, nuestro Código penal se ve seriamente afectado con esta carencia de pensamiento sistemático a la hora de crear estas reformas, pues tienden a alterar su sistemática completa. Además, siguiendo esta misma línea, una de las principales consecuencias de esta tendencia de hacer tipificaciones y crear delitos y agravar penas en base a casos concretos o a “fenómenos mediáticos del rato” es que estas reformas quedan ahí dando vueltas porque el delito comienza a disminuir, por lo que termina casi desapareciendo y acabamos teniendo un delito especial para ello, que está vigente y es útil a veces, pero que va a caer en desuso o tendrá una utilización mínima, debido a que el delito dejará de ocurrir como tal, descuadrándose del tipo penal, ya que los y las infractoras de ley adecuarán sus conductas para no tener cabida en él y la ley terminará resultando inútil e ineficaz y convirtiéndose, en el peor de los casos, en letra muerta.

En cuanto a la duración de la tramitación de esta ley, esta tuvo un tiempo de desarrollo de poco más de un año: el mensaje del ejecutivo fue presentado el 11 de junio de 2018 y la ley fue publicada el 26 de julio de 2019. Un tiempo más que reducido para tratarse de una reforma penal seria y con sustentos claros y precisos, lo que claramente no es.

En el mensaje¹⁷ enviado por el Presidente de la República, queda más que manifiesta la influencia populista que impulsa el proyecto de ley que estamos analizando. Esto, en razón a los siguientes extractos del documento enviado a la cámara de diputados:

“La última Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana 2017 (ENUSC) da cuenta que la victimización ha llegado a un 28%, alcanzando su punto más alto en los últimos cuatro años. Sólo en el último año, el aumento fue de 0,7 puntos porcentuales.”

Primero que todo, se usa de antecedente para la reforma y, por ende, la creación del tipo penal de “portonazo” a la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana (ENUSC), la que se considera como el instrumento más relevante en el país para indagar en torno a las consecuencias de la criminalidad, violencia e inseguridad. No obstante, no hay que olvidar que esta herramienta depende directamente de la Subsecretaría de Prevención del Delito del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, es decir, de un órgano vinculado directamente con el gobierno de turno y con el presidente de la República.

O sea, estamos utilizando como sustento para crear un nuevo tipo penal una encuesta hecha por quién la impulsa, lo que nos parece, por decir lo menos, carente de seriedad y transparencia, sobre todo, en un país como Chile donde los escándalos de corrupción están a la orden del día. Es preocupante la situación porque este instrumento es utilizado como fundamento para orientar políticas públicas en “beneficio” de la sociedad y las leyes en materia penal no son la excepción.

De este modo, es preocupante que una herramienta de este tipo se consolide como un referente, tanto en lo que respecta al monitoreo de la problemática como también en torno a su utilización en la definición de políticas públicas del sector, pues se ha transformado en un barómetro de la victimización e inseguridad para la sociedad chilena sesgado políticamente y, desde nuestro punto de vista, poco creíble.

En cuanto al fundamento del mensaje presidencial se puede mencionar el uso de la sensación de inseguridad y el miedo de la población para respaldar la creación del tipo penal, pero este miedo no es más que una creación en el ideario de la ciudadanía, un sentimiento impuesto por los medios de comunicación de la que es cómplice el Estado de Chile, pues el ejecutivo usa argumentación emocional para reformar nuestras leyes penales y no estudios reales sobre delincuencia y victimización ¿Cómo puede ser eso posible? Además, utiliza la encuesta de seguridad ciudadana, antes señalada, ahora como

¹⁷ PIÑERA, Sebastián, Mensaje del Proyecto de Ley, Sesión 38. Legislatura 366. Primer trámite constitucional, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la ley 21.170*, cit. (n. 8).

fundamento para su proyecto de ley populista, con todos los problemas que este instrumento posee y que ya señalamos. Por lo demás, indirectamente incentiva la autotutela en la ciudadanía, pues menciona en reiteradas ocasiones que la creación del tipo penal evitará que las personas afectadas por el ilícito sean sancionadas por agredir al delincuente en cuestión, ya que habrá un tipo penal especial que sancione el hecho con penas altas y así se evitaría la intervención de terceros en la “defensa” del bien jurídico protegido, que es derecho de propiedad sobre el automóvil, cuando el verdadero enfoque debería ser que los ciudadanos y ciudadanas no intervengan en dichas situaciones de forma excesiva y violenta, y que sólo lo hagan si se configura la legítima defensa, pero sin respaldarse en ella para cometer abusos y excesos contra quienes delinquen, pues sería una violación clara a nuestro Estado de Derecho y a los Derechos Fundamentales de aquellos/as que cometen estos crímenes. Pareciera ser que algunas personas olvidan que a pesar de la perpetración de cualquier delito estos derechos, inherentes a la persona humana, deben ser respetados y cautelados por el Estado, y esto no precisamente se cumple creando un tipo penal que los criminalice aún más y que termina siendo ineficaz pues quienes delinquen se adaptarán a él y buscarán otra forma de cumplir con su objetivo, alejándose del tipo creado para perseguir el ilícito, desencadenando como consecuencia principal que no disminuya la delincuencia, por el contrario, que aumente y se adapte porque no se ataca el problema de fondo.

¿Cómo atacamos el problema de fondo? Con políticas públicas reales que mejoren el acceso a la educación, que combata la desigualdad entre la población chilena y el flagelo que causan las drogas duras entre los ciudadanos y ciudadanas, en su mayoría, más vulnerables del país. Hay que atacar este grave conflicto político-social, con voluntad política real, y no seguir llenando nuestras cárceles con más personas y por más tiempo, demos oportunidades, dignidad y educación y así comenzaremos de a poco a mejorar y a combatir verdaderamente el problema de la delincuencia en el país, sin terminar acudiendo a reformas de tramitación exprés que sólo lo agudizan y más encima, sustentadas en una figura como lo es la criminología mediática que tanto perjudica a nuestro Derecho Penal nacional.

Esto último, ni siquiera es mencionado por el fundamento del mensaje¹⁸ del ejecutivo. Al parecer al gobierno de turno en ese momento, le importaba más que se aprobara rápido el proyecto de ley que solucionar el porqué de los delitos en nuestro país pues orienta erradamente sus políticas públicas en la materia.

“(...) En el ejercicio de dicha resistencia por parte de la víctima del delito o de terceros, no han sido pocas las ocasiones en que todos ellos se han visto expuestos a la

¹⁸ PIÑERA, Sebastián, Mensaje del Proyecto de Ley, Sesión 38. Legislatura 366. Primer trámite constitucional, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la ley 21.170*, cit. (n. 8).

posibilidad de tener que responder penalmente por las eventuales lesiones que causen a los agresores. Por consiguiente, las familias chilenas no sólo sufren el connatural temor a sufrir la pérdida de sus vehículos motorizados en las proximidades de sus hogares, sino también por la propia amenaza penal que podría devenir del ejercicio de cuidar o negarse a que se les arrebate aquello que les es suyo.”

“(...) En el marco previamente descrito, dentro de las políticas públicas vinculadas a la seguridad ciudadana, resulta indispensable no sólo sancionar en la ley penal la conducta que corresponde al fenómeno delictivo denominado públicamente como “portonazo”, sino también desincentivar el uso o la reducción de los vehículos motorizados que sean despojados a las víctimas mediante violencia o intimidación y, asimismo, entregar a éstas suficientes garantías procesales que les permitan tener la tranquilidad de que los perpetradores de los delitos recibirán una sanción adecuada a la gravedad de estos actos y, por contrapartida, que no serán sujetos de la amenaza penal por a una agresión ilegítima.”

V.- LEY N°20.931 DEL 5 DE JULIO DE 2016 QUE FACILITA LA APLICACIÓN EFECTIVA DE LAS PENAS ESTABLECIDAS PARA LOS DELITOS DE ROBO, HURTO Y RECEPTACIÓN Y MEJORA LA PERSECUCIÓN PENAL EN DICHOS DELITOS O “LEY CORTA DE SEGURIDAD PÚBLICA”.¹⁹

En cuanto al inicio de la tramitación de esta reforma procesal penal, nuevamente nos encontramos con un mensaje del ejecutivo. Al parecer este es ya un punto de encuentro entre las leyes penales populistas.

Para contextualizar, primero que todo, esta ley vino a modificar el Código Penal y el Código Procesal Penal. Se trató de un proyecto de ley muy controversial ante la opinión pública y los medios de comunicación, pues a través de él se incorporó “el control preventivo de identidad” con la creación del Banco Unificado de Datos, modificación que significó, para muchos/as, una vulneración a las garantías ciudadanas de libertad y, además, con un dejo discriminatorio y prejuicioso. Asimismo, se aumentó las penas para los/as reincidentes de los delitos de robo, hurto y receptación por medio de dos formas: se les impidió acceder a penas alternativas para cumplir sus condenas, y se restringió el beneficio de libertad condicional, exigiendo a los/as condenados/as por esos ilícitos el cumplimiento de dos tercios de su pena para acceder a él, también se restringió el efecto de la aplicación de las atenuantes, mediante la fijación de los marcos penales de estos delitos y, finalmente se eliminaron tareas de orden administrativo que en ese tiempo estaban entregadas a Carabineros de Chile con el objetivo de dar mayor eficacia del sistema de persecución, función que le es propia a dicha institución junto con la de orden público. Por otro lado, la ley es polémica en razón a que se le atribuía mayores facultades a esta última institución lo que en la práctica constituye un grave riesgo para las personas

¹⁹ Ley 20.831, de 2016.

pues posibilitarían aún más las violaciones a los Derechos Humanos, por ejemplo, aquellas perpetradas en contra de los ciudadanos y ciudadanas que participan de manifestaciones en favor de sus derechos sociales. Conocido es el poco criterio y la falta de humanidad de las Fuerzas de Orden y Seguridad en nuestro país, sobre todo, hace ya varias décadas, en la Araucanía. También, se proponía otorgar ciertas facultades a los guardias municipales, cuestión que finalmente se descartó.

En relación con su Primer Trámite Constitucional, podemos desprender que la mayoría de los parlamentarios y parlamentarias que intervienen en la discusión están de alguna u otra forma en contra del proyecto, por la vulneración a las libertades individuales que significa el polémico control preventivo de identidad, por nombrar un ejemplo. No obstante, es bastante interesante los fundamentos de algunos diputados y diputadas que argumentan a favor del proyecto, pues citan programas de televisión, señalando incluso el canal que lo emitió. Por lo que, no cabe duda, la influencia de los medios de difusión masivos en la discusión parlamentaria y no sólo en la ciudadanía, como se podría pensar. Además, se debe reconocer que este sesgo populista no está tan sólo en las bocas de las bancadas a favor del cuestionado proyecto, sino que también en la de aquellos/as que lo rechazan, pues caen en el grave error que significa utilizar argumentos en base a lo que la televisión construye como “lo cierto” ya que la influencia de esta es transversal al sector político debido a que se utiliza lo que muestran los medios a favor o en contra según la conveniencia de cada bancada.

Entonces, ¿De qué estamos hablando? Esta es una manifestación innegable de lo afectada que está nuestra agenda legislativa con “lo que aparece en la tele” aquello que, claramente, está manipulado para aumentar la sensación de inseguridad de la ciudadanía y llenarlos de temor, para que así comiencen a solicitar medidas que, a su simple entender, contribuirían a la paz social víctima de los “malos” o “injustos” que transgreden esta calma y generan el caos. No es un dato difícil de ignorar el control político-económico que existe de los medios de comunicación masiva en el país, el canal estatal respalda al gobierno de turno y el resto de las señales de televisión abierta, lo hace según los intereses que represente y no ver afectados sus negocios en esta empresa llamada Chile.

El diputado Arturo Squella²⁰ Ovalle de la Unión Demócrata Independiente señaló: *“De 176.000 hurtos, 154.000 terminaron impunes. En apenas 12 por ciento de los casos, es decir, en 21.000, sus autores recibieron condenas. Por ello, muchas personas hacen de este tipo de delitos su conducta habitual hasta que las pillan. Una vez que ello ocurre, se les aplica*

²⁰ Intervención del Sr. SQUELLA, Arturo, Diario de Sesión en Sesión 67. Legislatura 363. Discusión General. Primer trámite constitucional del proyecto de Ley, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (Eds.), *Historia de la ley 20.931, Facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos*, BCN, Valparaíso, 2016, en línea: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5088/>, consultada: 21 de septiembre de 2020.

la ley que permite cumplir las penas en libertad, momento en el que recién se van a empezar a preocupar de su situación, tal como expresaba un grupo de delincuentes no hace mucho tiempo en el programa Contacto, de Canal 13.”

Por su parte, el diputado Daniel Melo²¹ Contreras del partido Socialista señaló: *“Permítaseme citar solo un ejemplo. Tan solo ayer, según leo en la página web de Chilevisión, Roberto Flores se dirigía a continuar sus estudios de cocina en su instituto, cuando una pareja de policías requirió su identidad. Luego de ello le solicitaron abrir su mochila para comprobar si traía algún arma consigo. El cuchillo para trozar pollos y el pelapapas motivaron su detención, por lo que fue trasladado hasta la 20ª. Comisaría de Puente Alto. Luego de treinta minutos fue dejado en libertad sin ninguna explicación, por lo que no alcanzó a llegar a su clase.”*

Por otro lado, al igual que con la reforma analizada anteriormente, se argumenta en base a estudios poco serios como lo es la encuesta ADIMARK y a veces sólo se afirman hechos sin ningún sustento estadístico. Además, se cuestiona al gobierno su poca celeridad para *“legislar en contra de la delincuencia”* teniendo consideración que la ley tuvo una tramitación bastante breve: poco más de un año, situación recurrente y que también queda de manifiesto en la ley analizada anteriormente ya que el mensaje fue enviado por la Presidenta de la República a la cámara revisora el 15 de enero de 2015 y la ley fue publicada el 5 de julio de 2016 en el diario oficial.

El diputado Gonzalo Fuenzalida²² Figueroa del partido de Renovación Nacional señaló: *“No es casual que, en la última encuesta Adimark, conocida hace unos días, el 92 por ciento de los chilenos crea que el gobierno lo ha hecho pésimo en materia de delincuencia. Es una cifra histórica, porque nunca, en todas las encuestas en que se ha formulado esa pregunta, la desaprobación había alcanzado o superado el 90 por ciento en materia de combate contra la delincuencia.”*

Por otra parte, tenemos a la diputada, ahora actual senadora, Marcela Sabat²³ Fernández militante de Renovación Nacional: *“Señora Presidenta, me habría encantado hablar de todas las medidas que necesitamos adoptar como país para solucionar el gran drama que vivimos, esto es, los niveles de inseguridad históricos, transversales, que nunca antes habíamos visto. Más del 90 por ciento de los chilenos cree que este gobierno lo ha hecho pésimo en materia de delincuencia y de seguridad ciudadana. Lo digo por el tiempo que ha demorado en abordar este tema. Hemos esperado más de siete meses, empujando para que otorgara urgencia a este proyecto de agenda corta antidelincuencia.”*

²¹ MELO, Daniel, Diario de Sesión en Sesión 67. Legislatura 363. Discusión General. Primer trámite constitucional, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la ley 20.931*, cit. (n. 20).

²² FUENZALIDA, Gonzalo, Diario de Sesión en Sesión 67. Legislatura 363. Discusión General. Primer trámite constitucional, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la ley 20.931*, cit. (n. 20).

²³ SABAT, Marcela, Diario de Sesión en Sesión 67. Legislatura 363. Discusión General. Primer trámite constitucional, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la ley 20.931*, cit. (n. 20).

Debemos destacar de igual forma que varios y varias parlamentarias, orientan el debate legislativo en atención al populismo punitivo que impulsó nuevamente una reforma en materia penal. Sus fundamentos tampoco son sólidos, pero al menos son conscientes del fenómeno, como bien ya hemos mencionado, y están claros/as que se está abordando de forma equivocada el problema de la delincuencia en el país, es decir, se está poniendo un parche a una herida profunda y de larga data que tenemos como sociedad y que no se soluciona con la creación de nuevos tipos penales y la restricción de las garantías procesales, y mucho menos con la vulneración de los derechos fundamentales de los imputados e imputadas. Lo más grave de esta situación es que se termina utilizando al Derecho Penal como remedio para esa herida de forma desacertada pues acabamos con leyes ineficaces que alteran significativamente la sistemática de nuestro Código y lo alejan de uno de sus principios rectores, el de ser de ultima ratio²⁴ y no como solución rápida a los conflictos sociales de los Estados como piensan algunos/as. Además, de sostener incansablemente que el aumento de penas va a solucionar o aminorar en algo el problema, resultando en los hechos todo lo contrario, pues en realidad sólo lo acrecienta creando una falsa sensación de seguridad para un miedo e incertidumbre manipulada por los medios de comunicación y, lisa y llanamente, falso desde un punto de vista objetivo, pero que termina teniendo consecuencias reales y muy perjudiciales para todos y todas.

El diputado Giorgio Jackson²⁵ Drago militante del partido de Revolución Democrática señaló: *“Señor Presidente, uno de los problemas de la seguridad en Chile dice relación con los cuentos del tío. Un choque, un secuestro, la posibilidad de ganar un premio son formas de estafar a las personas. Pero de todos los cuentos del tío, el mayor es el que estamos escuchando hoy: el cuento que dice que basta meter más gente a la cárcel, hacer más duras las penas y reponer la detención por sospecha para que se acabe la delincuencia.*

En esta discusión se han planteado varios mitos.

Primer mito: la delincuencia se soluciona endureciendo las penas y metiendo más gente a la cárcel ¡Falso! Como solución, algunas autoridades frecuentemente nos dicen que hay que aumentar y aumentar las penas, en lo que los expertos llaman la inflación penal; pero la delincuencia sigue ahí. Basta recordar el eslogan del ex-Presidente Sebastián Piñera: “Delincuentes: se les acabó la fiesta”. ¿Tuvo resultado ese eslogan?

Más allá de esa concepción reduccionista del fenómeno de la delincuencia, uno de los problemas es que *más que cárceles en las que la gente logre iniciar su proceso de reinserción en la sociedad, lo que tenemos son verdaderas escuelas del delito, debido al*

²⁴ VARELA, José Manuel, “Populismo punitivo y neoliberalismo: una mirada crítica”, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Chile, no publicada, 2017, p.7.

²⁵ JACKSON, Giorgio, Diario de Sesión en Sesión 67. Legislatura 363. Discusión General. Primer trámite constitucional, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la ley 20.931*, cit. (n. 20).

hacinamiento que se registra en cada una de ellas. Así, le estamos haciendo la vida imposible al delincuente que, sin redes de apoyo, quiere rehabilitarse. En su lugar, le entregamos todas las herramientas a un primerizo para que reciba en la cárcel un verdadero posgrado en delito. Por eso, las estadísticas muestran que quienes cumplen pena efectiva tienen mayor reincidencia que quienes obtienen beneficios carcelarios o penas alternativas.”

“(...) Al respecto, cito las palabras del escritor chileno Óscar Contardo, quien, en su columna “Progresistas de retén, liberales de internado”, publicada el domingo pasado, señala: “más que una buena investigación para solucionar delitos o un trabajo legislativo serio y concienzudo sobre la prevención, lo que importa es el corto plazo: legislar para los matinales de televisión, dar una fachada de compromiso atizando la paranoia.” (...)”

“(...) A cambio del cuento del tío, proponemos medidas de fondo, viables, copias de las cuales dejaremos en sus escritorios y que ya están en nuestro sitio web. Ellas son educación gratuita y de calidad, condiciones de trabajo dignas para todos, reducir las brechas de desigualdad existentes en nuestro país; reingeniería de las sanciones penales, cárceles con espacios altamente diferenciados, donde los primerizos tengan espacios para verdadera rehabilitación a cargo de un servicio nacional de reinserción social. (...)”

En el Segundo Trámite Constitucional, donde se discutió en gran parte sobre el informe entregado por la Comisión Mixta, siguió casi la misma línea argumental:

El diputado Arturo Squella²⁶ Ovalle militante de la Unión Demócrata Independiente señaló: “(...) Generalmente, cuando se destinan recursos públicos a la rehabilitación de quienes delinquen, se piensa que es un acto de beneficencia. Eso no es así. Se trata de un deber ético, legal y constitucional. Sin embargo, también es importante entender que es un aspecto de seguridad pública.

La mejor política en este ámbito es invertir lo necesario para que las personas que cumplen condena al interior de los penales, una vez que recuperen la libertad, no vuelvan a delinquir. Principalmente, hay que atacar la reincidencia, pero no únicamente elevando las penas. En efecto, podemos sacar de circulación a un por dos años, pero cuando salga libre será un delincuente más avezado. (...)”

“Todos tenemos claridad de que con esto no se va a terminar la delincuencia, y sería un demagogo quien tratara de sostener lo contrario. Es efectivo que se hicieron correcciones, tanto en los procedimientos como en las herramientas con que cuentan las policías y el Ministerio Público en materia de prevención y combate de la delincuencia. Sin embargo, ningún delincuente va a dejar de delinquir, aunque seguramente habrá una suerte de adaptación en cuanto a sus conductas, dejando de lado, por ejemplo, el robo con intimidación, y optando por otro delito.”

²⁶ SQUELLA, Arturo, Diario de Sesión en Sesión 67. Legislatura 363. Discusión General. Primer trámite constitucional, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la ley 20.931*, cit. (n. 20).

Esta última parte es interesante, porque surge la pregunta: ¿Y qué pasa con el tipo penal especial que crean estas leyes de rápida tramitación? Sucede lo que ya hemos señalado, quedan ahí, a disposición para ser usado rara vez o muy utilizado al principio cuando la conducta esta “de moda” entre los/as infractores/as de ley o como así lo han hecho creer los medios de comunicación masiva, pero después de eso su utilidad descende considerablemente. O sea, sirven, pero sólo por un tiempo porque terminan cayendo en el desuso practico debido, como bien menciona el diputado, a la adecuación de la conducta de los/as delincuentes. Entonces, ¿vamos a seguir llenando el código penal nacional con estas normas o vamos a enfocar realmente el problema como debe ser? Primero, asumiendo el efecto del Populismo Punitivo en nuestra agenda legislativa nacional y segundo, trabajar para que este deje de orientar nuestras reformas y perjudicar la legislación penal chilena.

El diputado Leonardo Soto²⁷ Ferrada, perteneciente al partido Socialista señala la ineficacia práctica del “control preventivo de identidad” parte importante, en ese momento, del proyecto de ley:

“Algunos se preguntarán si se usa esta facultad de controlar la identidad. ¡Ampliamente! Cada año, más de 2 millones de chilenas y chilenos son sujetos a este control de identidad que realizan las policías desde hace varios años.

En consecuencia, para exponer la única conclusión posible en este punto, cito las palabras del director nacional de la Policía de Investigaciones, don Héctor Espinosa, quien en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados dijo textualmente: “La PDI no necesita un nuevo control de identidad preventivo para combatir la delincuencia; las herramientas policiales que tenemos son suficientes para combatir el crimen.”.

Además, esta nueva facultad policial será completamente inútil. Todos los expertos dicen que no reducirá las cifras de delincuencia -también lo dicen en las bancadas de enfrente-, porque se aplicará a personas que no tienen compromiso ni conducta delictiva. Por lo demás, para eso está el control establecido en el artículo 85 del Código Procesal Penal, al cual me referí. Por lo tanto, los nuevos controles de identidad no serán seguidos de detenciones ni, mucho menos, de procesos judiciales.”

Finalmente, seguimos argumentando con encuestas sesgadas ideológicamente y poco serias en materia delictiva las cuales son tildadas, paradójicamente, de serias y confiables en el debate parlamentario. Por ejemplo:

El Senador Alberto Espina²⁸ Otero, militante de Renovación Nacional señaló: “He visto por ahí a algunos comentaristas señalar que la delincuencia no ha aumentado. Eso no

²⁷ SOTO, Leonardo, Diario de Sesión en Sesión 67. Legislatura 363. Discusión General. Primer trámite constitucional, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la ley 20.931*, cit. (n. 20).

²⁸ ESPINA, Alberto, Diario de Sesión en Sesión 7. Legislatura 364. Discusión General. Segundo trámite constitucional, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la ley 20.931*, cit. (n. 20).

es verdad. Si uno toma todas las encuestas serias (pongo sobre la mesa, por ejemplo, la encuesta Paz Ciudadana-Adimark), verá que entre los años 2000 y 2016 la delincuencia se ha incrementado, particularmente en lo que respecta a los delitos de robos violentos -o sea, la victimización-, de un 30 por ciento (me estoy refiriendo a los robos con violencia e intimidación en las personas y a los robos con fuerza en las cosas) a un 39 por ciento, lo que significa un incremento de casi 27 por ciento.”

En esta etapa, se habló mucho de rehabilitación, de reinserción de los condenados y condenadas y de mejorar las condiciones en los recintos penales, pero esas afirmaciones quedan en el aire porque vienen de los/as mismos/as que insisten en aumentar las penas, de restringir los beneficios de sustitución de penas, ampliar cárceles y crear figuras penales en la praxis ineficaces e innecesarias. Además de que, en tiempos posteriores, rechazan proyectos de ley que tratan de paliar un poco la desigualdad social y económica, la falta de oportunidades en educación, el acceso a una salud digna, y una infinidad de proyectos en favor de los derechos sociales de las personas, que son el punto de partida para atacar correctamente la delincuencia en el país, pues al final sólo se utiliza este discurso para aprobar la ley en materia penal que se está discutiendo. Leyes de carácter populista y “reaccionarias” a las circunstancias de la contingencia, sin un verdadero sustento a través de investigaciones científicas u empíricas confiables, razonadas, libres de influencias políticas y de largo conocimiento, tanto antes como después de aprobado el proyecto. Esto último es importante porque sirve para constatar con datos certeros si la reforma fue realmente eficaz y no sólo un calmante para una enfermedad grave como lo es el populismo en nuestra cartera legislativa.

No obstante, no faltaron los discursos parlamentarios cargados exageradamente de populismo punitivo, como el del Senador Felipe Harboe²⁹ Bascuñán del partido por la democracia (PPD): *“Se establece una sanción adicional en determinadas situaciones. Por ejemplo, cuando alguien entra a una casa. El robo con violencia, el robo con fuerza en lugar habitado debe de ser de los delitos que generan más temor en la población. Y cuando ese tipo de delitos va acompañado de violación u homicidio, se aumentan las penas. Alguien dirá: “El aumento de penas no es la solución”. ¡Perdónenme, pero cuando alguien entra a una casa, viola o mata a un miembro de la familia, el bien jurídico afectado es la vida o la libertad sexual de una persona! ¡Debe recibir una sanción alta y no puede ser objeto de libertades condicionales, como ha sucedido hasta ahora! Y por eso establecimos en esta norma, en la “Agenda corta”, que, para optar a la libertad condicional, en vez de haber cumplido la mitad de la condena, tendrá que haber cumplido dos tercios de ella, porque entendemos que el delito es demasiado grave.*

²⁹ HARBOE, Felipe, Diario de Sesión en Sesión 7. Legislatura 364. Discusión General. Segundo trámite constitucional, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la ley 20.931*, cit. (n. 20).

VI.- LEY 20.587 PUBLICADA EL AÑO 2012 QUE MODIFICABA EL RÉGIMEN DE LIBERTAD CONDICIONAL Y ESTABLECERÍA, EN CASO DE MULTA, LA PENA ALTERNATIVA DE TRABAJOS COMUNITARIOS³⁰

En el caso de esta última reforma legal a analizar, la tramitación del proyecto de ley también se inició a través de un mensaje del Presidente de la República de la época. En un contexto político y social agitado, en que el gobierno de turno batallaba sin mucho éxito con las Movilizaciones Estudiantiles de la época, que tenían a gran parte de los y las estudiantes unidas trabajando en pro de demandas sociales en materia educacional, con paros y tomas en las universidades, liceos y colegios particulares subvencionados por largos meses en todo el país. El mensaje fue enviado el 10 de marzo de 2011 y la ley fue publicada en el diario oficial el 8 de junio de 2012, es decir, tuvo una tramitación de poco más de un año, igual que las leyes analizadas anteriormente con la salvedad de que ahora su tramitación fue en medio de un conflicto político-social que tiene sus vestigios hasta el día de hoy.

En cuanto a las motivaciones que impulsaron al ejecutivo a presentar el proyecto, podemos encontrar las siguientes en el texto del mensaje presidencial: la mejora de las condiciones en que las personas privadas de libertad cumplen sus condenas y combatir el alto nivel de hacinamiento y sobrepoblación que existen en nuestros recintos penales y, por lo tanto, mejorar las condiciones de habitabilidad, de rehabilitación y de reinserción de la población privada de libertad en la sociedad. En razón a esto, se propuso introducir modificaciones al marco jurídico que reglamenta el beneficio de Libertad Condicional y, además, el establecimiento en nuestro Código Penal de una sanción que constituyera una respuesta racional y proporcionada frente al incumplimiento de las penas de multa. Sin embargo, no podemos desconocer que hay un hecho detonante para la presentación del proyecto, que fue el incendio en la Cárcel de San Miguel ocurrido el 8 de diciembre de 2010. Esta fue la principal motivación que tuvo el gobierno para tratar de solucionar o, más bien, palear en algo, la grave crisis que vive nuestro sistema penitenciario, que le fue enrostrada con este hecho lamentable y que provocó también una gran conmoción pública a nivel nacional:

“(...) El primer eje del presente proyecto de ley se orienta a reformar el actual régimen jurídico de la libertad condicional contenido en el decreto ley N° 321 de 12 de marzo de 1925, modificando el órgano llamado a decidir la concesión de la libertad condicional. Se busca con ello otorgar un mayor grado de objetividad al proceso.”

³⁰ Ley 20.587, de 2012.

“(...) El segundo eje en que se basa el presente proyecto de ley dice relación con la modificación del sistema de conversión de penas para el caso que no se cumpla con la pena de multa, actualmente regulado en el artículo 49 del Código Penal. Como es sabido, nuestra legislación contempla para el caso de no pago de una pena de multa, la conversión de esta sanción por una pena que supone privación de libertad.

Esta situación implica que un número significativo de personas ingrese a los establecimientos penales por haber sido condenados al pago de multas cuyos montos no han podido enterar en arcas fiscales. Una cifra reveladora es la siguiente: al 29 de diciembre de 2010, 2.648 personas se encontraban privadas de libertad por esta causa. Se produce así un efecto acusadamente desocializador y criminógeno respecto de personas que cometen ilícitos sancionados con penas pecuniarias y que, a virtud del sistema de conversión existente y en razón de su carencia de medios económicos, deben cumplir tales penas con privación de libertad (...).”³¹

Tanto en la discusión llevada a cabo en el Primer Trámite Constitucional como en el Segundo, esto es, en el Senado y en la cámara de diputados y diputadas respectivamente, queda clara la influencia de, para efectos de este trabajo, el hecho mediático ocurrido en la Cárcel de San Miguel como impulso principal del proyecto, por lo que podemos afirmar con justas razones que también está presente el Populismo Punitivo en la tramitación de la reforma procesal penal en comento, pues se legisló en base a una situación en particular, a un hecho mediático específico o, si se quiere, a las circunstancias del momento, con la única diferencia de que esta vez el fenómeno termina motivando la creación de una ley que beneficia a la población penal y a quienes infringen la ley, como pocas veces hemos visto en el país. Esto no quiere decir que la Criminología Mediática tenga un lado positivo, por el contrario, sólo permite vislumbrar que, a pesar de que el fin último sea positivo seguimos cayendo en lo mismo, en una tramitación rápida para un problema arraigado y de solución paulatina. Por lo mismo, queda más que claro que el poder legislativo lleva, a lo menos, una década “reaccionando al momento” y orientando su agenda legislativa en razón a lo que conmociona a la población, sin tener una verdadera voluntad política orientada a solucionar a través de una agenda ordenada de proyectos de ley los conflictos sociales que presenta el país, es decir, terminamos utilizando al Derecho Penal de una forma equivocada por la extrema celeridad en la

³¹ PIÑERA, Sebastián, Mensaje del Proyecto de Ley, Sesión 1. Legislatura 366. Primer trámite constitucional, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (Eds.), *Historia de la Ley 20.587, Modifica el Régimen de Libertad Condicional y establece, en caso de multa, la pena alternativa de Trabajos Comunitarios*, BCN, Valparaíso, 2012, en línea: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4442/>, consultada: 28 de septiembre de 2020.

tramitación de proyectos que deberían ser conocidos y discutidos con mayor profundidad, sin la urgencia de las próximas elecciones o subir puntos en las encuestas de desempeño, etc. Con una investigación profunda de las problemáticas, con expertos y expertas destacadas a nivel nacional que asesoren verdaderamente a nuestros parlamentarios y parlamentarias, y con datos empíricos confiables y serios que ayuden a mejorar el derecho penal nacional y que no lo terminen hundiendo en el gran mal que significa el Populismo Punitivo o Criminología Mediática, en términos del profesor Zaffaroni.³²

En el Primer Trámite Constitucional del proyecto, en su palabra, el Senador Patricio Walker,³³ militante del Partido por la Democracia (PPD) señaló: “(...) La pregunta que cabe es la siguiente: ¿Por qué estamos legislando sobre el particular? Y es cosa de recordar la sesión especial celebrada hace poco tiempo, a raíz del incendio de la cárcel de San Miguel.

“¿Qué nos hizo presente esa tragedia? Que este es un asunto serio. Nuestro sistema carcelario hace crisis. El hacinamiento es manifiesto. Chile es el país de Sudamérica que registra mayor índice de personas privadas de libertad dentro de los recintos penitenciarios.”

“Por eso, debemos abordar este problema con responsabilidad, con visión de país, como política de Estado, del Gobierno y la Oposición, pensando en los intereses superiores del país.”³⁴

Por su parte, en el segundo trámite constitucional del proyecto, el diputado Alberto Cardemil³⁵ Herrera, perteneciente al partido de Renovación Nacional (RN) expresó: “Hace poco más de un año, el pavoroso incendio en la cárcel de San Miguel, en el que hubo decenas de víctimas y que produjo una gran preocupación y conmoción pública, evidenció un hecho que se manejaba en todos los círculos cultos e ilustrados y en las autoridades, quienes sabían que en Chile se estaba produciendo un hacinamiento carcelario, situación que había que resolver. Ese hecho fue la primera constatación del surgimiento de un gran problema. Ahora bien, gracias a un defecto muy chileno, en cuanto a preocuparnos solamente por lo que tiene connotación en un momento determinado, se reeditó la discusión entre los que sostenían que las penas debían ser rigurosas y que todos los delincuentes tenían que terminar en la cárcel y los que planteaban que había que vaciar las cárceles y soltar a todas esas personas que corrían un serio peligro de catástrofe, como las que se encontraban en la cárcel de San Miguel”.

³² ZAFFARONI, cit. (n. 2), p. 216.

³³ Intervención del Sr. WALKER, Patricio, Diario de Sesión en Sesión 17. Legislatura 359. Discusión General. Primer trámite constitucional, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley 20.587*, cit. (n. 31).

³⁴ Ídem.

³⁵ CARDEMIL, Alberto, Diario de Sesión en Sesión 86. Legislatura 359. Discusión General. Segundo trámite constitucional, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley 20.587*, cit. (n. 31).

VII.- CONCLUSIONES: COMPARACIÓN ENTRE LOS PUNTOS TEÓRICOS DEFINIDOS COMO ESENCIALES Y CARACTERIZADORES DEL FENÓMENO DE LA “CRIMINOLOGÍA MEDIÁTICA” VERSUS LA LEGISLACIÓN ANALIZADA Y PUNTOS DE ENCUENTRO ENTRE ELLAS

En síntesis, es innegable la existencia del fenómeno del populismo punitivo en la agenda legislativa nacional, al menos a lo que respecta a delitos en contra de la propiedad y reformas procesales penales de los últimos 8 años, pues están presentes ambos puntos teóricos definidos al inicio de este trabajo: la fuerte influencia de los medios de comunicación masiva en la población chilena y la falta de investigación empírica previa y posterior que sirvan de antecedentes o fundamento real para la creación de las reformas en materia penal y procesal penal.

En los tres casos analizados observamos una fuerte influencia de los medios de comunicación masiva, principalmente de la televisión, con sus matinales y noticieros amarillistas cuyas pautas se desarrollan en relación con el rating que obtengan y de los intereses económicos de sus dueños. Es por esto, que en las discusiones parlamentarias no estaban ausentes las referencias a programas de televisión de alta audiencia, que contribuyen descaradamente a la sensación de inseguridad y al miedo infundado en la población. Además, en esos mismos debates podemos observar la tendencia a recurrir a encuestas de dudosa credibilidad, algunas vinculadas al gobierno directamente y otras manejadas por quienes tienen el control político y económico del país. También, recurren a la manipulación emocional de los casos concretos, que los lleva, incluso, a bautizar los proyectos de ley y luego a las leyes con los nombres de las víctimas de los delitos que las “inspiran”, creándose nuevos tipos penales sin una fundamentación suficiente y sin prestar atención a una sistematización útil. Asimismo, se presenta la segunda característica, pues toda la discusión se centra en lo que no debería, no se escuchan expertos ni expertas en las materias a tratar, ni se investiga a cabalidad las repercusiones que podrían traer la aprobación de ciertas leyes que crean tipos penales especiales o que reforman al proceso penal, ni menos se investiga previamente y a profundidad la situación que impulsa la ley con datos concretos y empíricos, informes sociológicos, etc. Por el contrario, se acciona en base a la conmoción social provocando que nuestras leyes tengan una tramitación exprés en beneficio de la aprobación del gobierno y de las elecciones próximas.

En relación con los puntos de encuentro entre las leyes citadas podemos mencionar los siguientes:

1. Las tres comenzaron su tramitación legislativa mediante un mensaje del presidente/a de la República.

2. Las tres fueron reacciones a situaciones o casos concretos que causaron una gran conmoción en la opinión pública nacional, acrecentada por la influencia maliciosa de los medios de comunicación masiva.

3. Las tres poseen un periodo de tramitación breve y muy similar entre ellas: poco más de un año.

4. Las tres carecen de una investigación político-social previa y pormenorizada que les sirva de antecedente para crear los tipos penales y menos una posterior que aborde las consecuencias o efectos que su implementación significará para la sociedad chilena, ya sean positivos o negativos, y para la eficacia y sistematización del Derecho Penal. Esto pues hay que diferenciar dos cosas: una es la política criminal específica, que en tanto parte de la política es siempre debatible y se trata de un espacio en que no aplica mucho el binomio correcto/incorrecto; pero otra cosa es la seriedad y el rigor con que se aborda la implementación de la política criminal desde un punto de vista metodológico.

5. De las tres se desprende, que las críticas se deben dirigir al Estado de Chile como tal, más que a los gobiernos de turno porque claramente es transversal la pésima forma de legislar en materia penal, independiente de los colores políticos en particular de cada administración.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

a) Doctrina

MARTÍNEZ, Mauricio, “Populismo punitivo, mayorías y víctimas”, *Revista de Derechos Fundamentales* (ex Nomos), 2009, N° 183-199, p.184.

VARELA, José Manuel, “Populismo punitivo y neoliberalismo: una mirada crítica”, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Chile, no publicada, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *La Cuestión Criminal*, Editorial Planeta, Buenos Aires, 2012, 1° ed. Actualizada, Vol. 1.

b) Legislación

Ley 20.587, 2012.

Ley 20.831, 2016.

Ley 21.170, 2019.

c) antecedentes legislativos

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (Eds.), *Historia de la ley 21.170*, Modifica el tratamiento de las penas de los delitos de robo y receptación de vehículos motorizados o de los bienes que se encuentran al interior de éstos, y establece las medidas que indica, BCN, Valparaíso, 2019, en línea: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7679/>, consultada: 18 de agosto de 2020.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (Eds.), *Historia de la ley 20.931*, Facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos, BCN, Valparaíso, 2016, en línea: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5088/>, consultada: 21 de septiembre de 2020.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (Eds.), *Historia de la ley 20.587*, Modifica el Régimen de Libertad Condicional y establece, en caso de multa, la pena alternativa de Trabajos Comunitarios, BCN, Valparaíso, 2012, en línea: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4442/>, consultada: 28 de septiembre de 2020.