



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**“¿POPULISMO PENAL EN CHILE? UN ANÁLISIS A ALGUNAS DE LAS
LEYES PENALES DICTADAS A COMIENZOS DEL AÑO 2023 COMO
PARTE DE LA AGENDA DE SEGURIDAD, A LA LUZ DEL FENÓMENO
DEL POPULISMO PENAL”**

Tesis para optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y
Sociales

Trinidad Andrea Muñoz García

Profesor Guía: Felipe Abbott Matus

Santiago de Chile

2023

A María José, que con un abrazo suyo todo miedo se desvanece, mi ejemplo constante de esfuerzo y dedicación; a Hernán, que siempre me empujó a ir más allá y me inculcó lo importante que es tener una opinión; a Amalia y Tito, su fe en mí me desafía a superarme cada día; y a mis girasoles, que cuando no hubo sol, me compartieron de su luz.

“Me vi a mí misma sentada en la bifurcación de ese árbol de higos, muriéndome de hambre sólo porque no podía decidir cuál de los higos escoger.”

-Sylvia Plath, La Campana de Cristal.

ÍNDICE

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN.....	4
CAPÍTULO II: POPULISMO PENAL. CONCEPTO. POPULISMO PENAL EN CHILE.....	10
II.1. Concepto y Características.....	10
II.1.A. Conceptualización de populismo.....	11
II.1.B. Conceptualización del Populismo Penal.....	12
II.2. Causas y Consecuencias.....	17
II.3. Populismo Penal en Chile.....	28
CAPÍTULO III: CRITERIOS DE ANÁLISIS.....	29
1.Respuestas y discurso excesivamente punitivista.....	30
2.Omisión del experto o manifiesta contradicción con lo propuesto por expertos en la materia, en pos de la opinión pública (aparente).....	32
3.Justificación de la medida en un aumento de la criminalidad o en casos emblemáticos que dan pie a la dictación de la medida legislativa.....	33
4.Utilización/instrumentalización oportunista de la figura simbólica de la víctima y un interés aparente en sus intereses.....	34
5.Invocación de sentimientos para conseguir apoyo y legitimidad (miedo, inseguridad, resentimiento, venganza).....	35
6.Respuestas precipitadas y dictadas de forma rápida, con soluciones inmediatas, o más bien de tipo “parche”.....	37
7.Influencia de los medios de comunicación.....	38
8.Problemas de proporcionalidad de las sanciones, constitucionalidad y vulneración de derechos.....	41

9. Dan pie o se fundan en discriminación o marginalización de algún grupo social..43

CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE LEYES DICTADAS EN CHILE DURANTE EL AÑO 2023.....45

IV.1. Ley N°21.555 que: “Refuerza las competencias de Gendarmería de Chile y crea un delito general de extorsión”.....48

IV.2. Ley N°21.556 que “Modifica la Ley N°17.798, sobre control de armas, para aumentar la pena del delito de porte de armas en lugares concurridos”.....62

IV.3. Ley N°21.557 que “Modifica el Código Penal para agravar la pena del delito de secuestro en el caso que indica”.....77

IV.4. Ley N°21.560 que “Modifica textos legales que indica para fortalecer el ejercicio de la función policial y de Gendarmería de Chile” o Ley “Naín-Retamal”.....87

CAPÍTULO V: ALTERNATIVAS, CONCLUSIONES Y PREDICCIONES.....109

BIBLIOGRFÍA.....113

RESUMEN

Desde hace un par de años y sobre todo a comienzos del presente año, ha habido una creciente actividad legislativa que se enmarca en una agenda de seguridad impulsada por el gobierno. Esto se ha presentado como respuesta al aumento del delito y a la crisis de seguridad que estaría enfrentando nuestro país. Como consecuencia de ello, se han dictado numerosas leyes penales, las cuales se han dictado en periodos bastante cortos de tiempo, y apuntan a medidas como el aumento de penas, la tipificación de nuevos delitos y el reforzamiento de las atribuciones de las policías.

Todo esto llama la atención y hace preguntarnos si acaso se tratarán de medidas que caigan en lo que se conoce como el fenómeno del Populismo Penal, el cual presentaría un gran riesgo en caso de aplicarse en la legislación de un país. Es por ello que en este trabajo nos proponemos analizar cuatro leyes dictadas a comienzos de este año para determinar si ellas pueden ser calificadas, a nuestro respecto, dentro del fenómeno Populista Penal.

Para ello, desarrollaremos el concepto, definiéndolo e indagando en sus causas y consecuencias, para luego seleccionar una serie de indicadores que nos permitirán concluir cuándo alguna de estas leyes pueda ser calificada como Populista Penal. Luego, entraremos en el análisis de cada una de estas leyes, haciendo especial énfasis en su contenido, el contexto de su dictación, sus fundamentos, el cómo fue cubierto por los medios de comunicación, la discusión dentro del Congreso y sus posibles efectos.

Al final de este trabajo, haremos una breve referencia a las alternativas que puedan existir para poder legislar de una forma que escape al Populismo Penal, y dónde estarían los puntos clave para seguir dichos caminos. También haremos una lectura de lo que probablemente vaya a ocurrir en el país en esta materia.

I. INTRODUCCIÓN:

Es un hecho que la Ley Penal cambia frecuentemente. Existe una suerte de dinamismo Legislativo-Penal, pues siempre se están dictando nuevas normas y se realizan modificaciones a la legislación vigente. Si nos fijamos en las modificaciones del Código Penal en los últimos años, notaremos que son constantes. Este dinamismo encuentra entre sus causas el hecho de que, al igual como la sociedad evoluciona (con nuevas tecnologías e invenciones), también lo hace la forma de comisión de delitos. Es decir, pueden surgir nuevas formas de conducta que requieran ser tipificadas como delitos. Tal es el caso, por ejemplo, de los delitos informáticos. Con la Ley N°21.459, promulgada el 9 de junio de 2022, se establecieron normas sobre delitos informáticos, se derogó la Ley N°19.233 y se modificaron otros cuerpos legales, con el fin de adecuarlos al Convenio de Budapest. Lo anterior, se hizo con el propósito de combatir los delitos ya mencionados y actualizar la legislación vigente respecto a dicha materia.

Otra de las causas de este dinamismo es que, las materias que regula el Derecho Penal cambian dependiendo de distintos factores. La época, el lugar, la cultura, la sociedad que regula y las necesidades de dichas sociedades (en relación al fenómeno delictual), influyen directamente en la legislación penal de un país. Es así, que podemos ver cómo conductas que antiguamente constituían delito dejan de serlo y cómo en ciertos Estados se tipifican determinadas conductas como delitos mientras que, en otros, dichas conductas no constituyen delito.

Los gobiernos y personas de distintos países, se han tenido que ir adaptando y reaccionando frente a nuevos riesgos, inseguridades y oportunidades, inherentes a la organización social de la vida cotidiana, bajo condiciones de lo que David Garland conceptualiza como “modernidad tardía”. El autor afirma que, estos cambios en la forma de llevar nuestra vida cotidiana, nos llevan a generar adaptaciones y respuestas en cada plano social. Esto significaría que, como mencionamos

previamente, afectarían las respuestas adaptativas de la gestión en materia del delito¹. Sin embargo, y siguiendo con la idea del autor:

“(…) desafíos similares pueden generar respuestas muy diferentes y diferentes países presentarán variaciones en las prácticas e instituciones de control del delito que se desarrollen en esta nueva coyuntura histórica.”²

Ahora bien, esta constante evolución de la legislación penal, puede caer en una **trampa**, a la que en breves instantes le daremos nombre, y es sobre eso de lo que hablaremos en este trabajo. Revisemos entonces, qué ha sucedido en nuestro país en esta materia a comienzos de este año 2023.

Hace ya un par de años, parece ser que el tópico de la seguridad es el principal en la discusión, se dice incluso que en el país hoy sufrimos una “crisis de seguridad”. Es por ello que, desde comienzo de 2023, vemos un creciente movimiento legislativo por regular en esta materia. Se estableció una agenda de seguridad, donde se puso urgencia a diferentes proyectos de ley que apuntan a enfrentar esta situación, y como consecuencia de ello, se han aprobado numerosas leyes y reformas. Entre ellas, se encuentran las siguientes:

<p>Ley N°21.555, que “Refuerza las competencias de Gendarmería de Chile y crea un delito general de extorsión”</p>	<p>Ley que refuerza las competencias de Gendarmería de Chile y crea un delito general de extorsión dentro del sistema penal³. Fue dictada con 41 votos a favor y ninguno en contra en Discusión en Sala del Senado. El proyecto de ley fue ingresado con fecha 12 de diciembre de 2022 y la ley fue publicada el 10 de abril de 2023.</p>
---	--

¹GARLAND, D. 2005. La cultura del control. Barcelona, Gedisa, S.A. pp. 26.

² Ibidem.

³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL Ley 21555 [en línea] <<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1191006>>. [consulta: 08 septiembre 2023].

<p>Ley N°21.556, que “Modifica la Ley N°17.798, sobre control de armas, para aumentar la pena del delito de porte de armas en lugares altamente concurridos”</p>	<p>Ley que modifica la ley sobre control de armas a fin de aumentar la pena de los delitos de porte y tenencia de arma de fuego, en caso de que su comisión se realice en lugares de alta concurrencia, los cuales enuncia.⁴ El proyecto de ley fue ingresado con fecha 12 de diciembre de 2022 y la ley fue publicada el 10 de abril de 2023.</p>
<p>Ley N°21.557, que “Modifica el Código Penal para agravar la pena del delito de secuestro en el caso que indica”</p>	<p>Ley que modifica el artículo 141 del Código Penal, agravando la pena del delito de secuestro. Lo que hace es agregar dentro de las formas de comisión del delito de secuestro, la que consiste en que la detención o encierro dura más de 24 horas. Además, modifica la pena para este delito cuando con motivo u ocasión del mismo se cometiere además homicidio, violación u alguna de las lesiones descritas en contra del ofendido, aumentando su grado inferior, resultando entonces que sea de “presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado”, en circunstancias que antes consistía en “presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo”⁵.</p>

⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL Ley 21556 [en línea] <<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1191003>> [consulta: 08 septiembre 2023].

⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL Ley 21557 [en línea] <<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1191004&tipoVersion=0>> [consultado: 08 septiembre 2023].

	<p>Fue dictada con 141 votos a favor, 0 votos en contra y 1 abstención en Discusión en Sala de la Cámara de Diputados. El proyecto de ley fue ingresado con fecha 12 de diciembre de 2022 y la ley fue publicada el 10 de abril de 2023.</p>
<p>Ley N°21.560, que “Modifica textos legales que indica para fortalecer y proteger el ejercicio de la función policial y de Gendarmería de Chile”, mejor conocida como “Ley Naín Retamal”</p>	<p>Ley que modifica los siguientes textos legales: el Código de Justicia Militar; el Código Procesal Penal; el Código Penal; leyes orgánicas de Carabineros de Chile, etc. Lo anterior, en miras de fortalecer la acción estatal ante delitos cometidos en contra de funcionarios policiales, de las Fuerzas Armadas y de Gendarmería de Chile en el ejercicio de sus funciones⁶. Esta ley fue dictada con 103 votos a favor, 36 votos en contra y 2 abstenciones en Discusión en Sala de la Cámara de Diputados. El proyecto original de ley fue ingresado con fecha 23 de marzo de 2022 y la ley fue publicada el 10 de abril de 2023.</p>

Como dijimos, estas son algunas de las leyes que se han dictado, sin embargo, hay muchas más, pero para efectos del análisis de este trabajo, estas son las que hemos seleccionado.

Sin necesidad de hacer una lectura muy exhaustiva, rápidamente podemos notar que todas estas leyes fueron dictadas en un periodo bastante corto de tiempo.

⁶. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL Ley 21560 [en línea] <<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1191005>> [consultado: 08 septiembre 2023].

Desde el ingreso de sus proyectos hasta su publicación, todas fueron dictadas entre diciembre de 2022 y mayo de 2023. Esto resulta curioso, ya que muchos proyectos de ley generalmente tardan más tiempo en tramitarse. Otra cosa que llama la atención en relación a la discusión parlamentaria de estas leyes, es que, fueron aprobadas por unanimidad o por amplia mayoría de los legisladores. Por otro lado, todas ellas apuntan a regular en materia penal, temas como: tipificar nuevos delitos, agravar la penalidad de delitos ya existentes o reforzar las atribuciones de las fuerzas policiales y Gendarmería de Chile.

Ahondemos un poco más en el contexto en que se dictaron estas leyes. Podría decirse que fueron dictadas en un escenario profundamente influido por los medios de comunicación. En el último tiempo, estos medios han generado en la población chilena un incremento en la sensación de inseguridad. Si hoy encendemos la televisión o escuchamos la radio, lo más probable es que nos encontremos con noticias que relaten la cantidad de delitos que se han cometido, y con especial brutalidad. Noticias que apelan a las emociones y al pánico. Respecto a la sensación de miedo en la población, no nos sorprende entonces que, de acuerdo a los Resultados del Índice Paz Ciudadana del año 2022, se hubiera obtenido lo siguiente:

“Los encuestados con alto temor alcanzan su máximo histórico, 7 puntos porcentuales sobre el segundo mayor valor del año 2015 y 7,6 sobre el año anterior.”⁷

Esto va acompañado con el hecho de que los porcentajes de delito parecen efectivamente haber aumentado:

“Así lo confirmó el estudio realizado por el Centro de Estudios y Análisis del Delito (CEAD), donde informaron que los Delitos de Mayor Connotación Social (DMCS), incrementó un 44,6% en 2022, respecto al año 2021.”⁸

⁷ PAZ CIUDADANA. [2022]. Resultados Índice Paz Ciudadana 2022. [en línea] <https://pazciudadana.cl/proyectos/documentos/indice-paz-ciudadana-2022/> [consulta: 08 septiembre 2023].

⁸ VALENCIA, J. 2023. Informe del Gobierno confirma explosivo aumento en la delincuencia: Macrozona Norte es la más afectada. [en línea] BioBioChile. 15 de febrero, 2023.

Este contexto, nos da algunos indicios de las razones que hay detrás de la dictación de las leyes señaladas anteriormente. No resulta extraña esta respuesta gubernamental. Porque, en general, contando con bajos niveles de aprobación ciudadana, las respuestas legislativas se han visto impulsadas por la urgencia y la emergencia. Trayendo como consecuencia, que, para enfrentar el fenómeno del delito, las legislaciones tiendan a: el aumento y endurecimiento de las penas, la creación de nuevos delitos y medidas similares. Es aquí donde este dinamismo legislativo penal se entrecocha con otro fenómeno, al que se le conoce como: **“Populismo Penal”**. Esto es lo que nos convoca, **esta es la trampa** de la que hablábamos antes, y es sobre lo que nos interesa analizar: la circunstancia de que, frente a las nuevas necesidades o a los nuevos contextos, la respuesta legislativa se convierta en una respuesta que caiga en el Populismo Penal. Se trata de respuestas que, en el fondo y a grandes rasgos, no toman en cuenta las opiniones y recomendaciones de expertos para la elaboración de las normas, dado que se ven superados por la opinión pública, que exige que se tomen medidas⁹. Esto se explica muy bien en esta idea expuesta por Andrés Gómez:

“(…) se han venido encontrando con mayor frecuencia análisis con respecto al interés de políticos y gobernantes por mantener su popularidad en encuestas o en aumentar la preferencia de voto a su favor por medio de propuestas consistentes a castigos más fuertes y represión que se resumen en medidas como el incremento de penas, la eliminación de la prisión preventiva, la reducción de la edad de imputabilidad penal, el encarcelamiento a autores de delitos menores, la eliminación de los mecanismos de caducidad penal, la reducción de penas y el visado a extranjeros o la pena de muerte.”¹⁰

Este fenómeno no es nuevo. Viene dándose desde hace tiempo en nuestro país y en occidente en general:

<https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2023/02/15/informe-del-gobierno-confirma-explosivo-aumento-en-la-delincuencia-macrozonas-norte-es-la-mas-afectada.shtml> [consulta: 08 septiembre 2023].

⁹ JIMENEZ, M.A., SANTOS, T. y MEDINA, P. 2014. Un nuevo tiempo para la justicia penal. Tensiones, amenazas y desafíos. Santiago, Universidad Central de Chile. 387p.

¹⁰ GOMEZ, A. 2012. ¿Populismo Penal o Falta de Creatividad? URVIO: 7-8.

“En buena parte del mundo occidental se han politizado los temas delictivos y penales, lo que ha procreado un llamado «populismo penal» a través del cual los gobiernos, no teniendo capacidad ni comprensión experta de lo que en esas esferas sucede, optan por políticas criminales que satisfagan simbólicamente las demandas de penalidad y de intervención penal, so pena de resultar impopulares ante la opinión pública.”¹¹

Teniendo en vista todo lo expuesto, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿Cae la agenda legislativo-penal chilena del año 2023 en la trampa del Populismo Penal? En este trabajo ahondaremos un poco en este fenómeno, sus características, causas y consecuencias. Luego, analizaremos las leyes señaladas al comienzo, para determinar si pueden ser manifestaciones legislativas del Populismo Penal.

¿Por qué es importante hacerse esta pregunta? Es importante, dado que, como se verá, tener una legislación impulsada por el Populismo Penal puede llegar a ser una amenaza o constituir un gran riesgo, que generalmente aparentará resolver los problemas, cuando en realidad, se trata de promesas vacías que, a largo plazo, no resuelven nada e incluso pueden contribuir a agravar el problema.

II. POPULISMO PENAL. CONCEPTO. POPULISMO PENAL EN CHILE:

II.1. Concepto y Características:

¿Qué es el Populismo Penal? Si bien, ya dimos algunas ideas sobre el concepto en la parte introductoria, ahora lo precisaremos. Pero, antes de entrar en aquello, veamos en qué consiste el populismo como idea general. Luego, entraremos más precisamente en la definición que nos convoca.

II.1.A. Conceptualización de populismo:

Como señala Loris Zanatta, el populismo es un concepto que suele aparecer constantemente durante la historia universal. No tiene una única respuesta en

¹¹ JIMENEZ, M.A., SANTOS, T. y MEDINA, P. 2014. Un nuevo tiempo para la justicia penal. Tensiones, amenazas y desafíos. Santiago, Universidad Central de Chile. Pp. 301.

cuanto a su contenido.¹² Al tratar de definirlo, vemos que es más bien difuso. En palabras del mismo autor:

*“El populismo es, de hecho, un término de destino variable, que como un río cárstico, aparece y desaparece del léxico político y del imaginario colectivo.”*¹³

Rubén Marciel, elabora dos ideas que parece interesante mencionar y que nos permitirán acercarnos a lo que luego intentaremos definir. La primera, se refiere a que, para la construcción del populismo como modelo normativo de praxis política y de discurso político, se elabora, mediante la articulación de identidades sociales, la creación del “sujeto popular”. Según el autor -siguiendo la idea de Mouffe-, para el populismo, la identidad de los sujetos sociales, se construiría a partir de la identificación con un “exterior constitutivo”. Esto significaría que, la persona o el grupo social adquiere su identidad, mediante la oposición a otro grupo o individuo, viéndolo como un opuesto que le resulta esencialmente diferente y que se establece como su rival¹⁴. La segunda idea, tiene relación con lo que señalábamos el comienzo de este trabajo:

*“Dada la naturaleza de la praxis política promovida por el populismo, parece claro que el discurso populista habrá de ser más pasional que racional, y que habría de dar prioridad a la información capaz de movilizar las emociones por encima de aquella que contenga argumentos o datos veraces.”*¹⁵

Si traemos estas dos ideas al plano del Derecho Penal, podríamos asimilar la creación de un “exterior constitutivo” (del rival distinto a nosotros, que forma una identidad propia que nos apela directamente) al discurso existente hoy respecto a la figura del llamado “delincuente”, por ejemplo. También resuena, en relación al Populismo Penal, el discurso pasional más que racional que señala Marciel. Se apela al miedo al delito y a la sensación de inseguridad para la respuesta gubernamental, en lugar de, a expertos en materia criminógena. Estas dos ideas,

¹² ZANATTA, L. y VILLEGAS, F. 2014. El populismo. Buenos Aires, Katz. 288p.

¹³ Ibidem. pp. 19.

¹⁴ MARCIEL, R.P. 2022. Populismo y discursos de odio: un matrimonio evitable (en teoría). Isegoría: 1-11.

¹⁵ Ibidem. pp. 7.

se mezclan y se utiliza al “exterior constitutivo” en el discurso populista, apelando a movilizar las emociones del grupo social, generando la mencionada identidad propia.

II.1.B Conceptualización del Populismo Penal:

Con lo dicho, hicimos un acercamiento al concepto de populismo y lo aterrizamos ligeramente al terreno que nos interesa. Ahora nos concentraremos en las definiciones mismas del concepto de Populismo Penal. Aquí, al contrario de lo anterior, existen diversas aproximaciones y definiciones. Nos centraremos en la conceptualización que elabora Máximo Sozzo. Luego, añadiremos algunas características aludidas al fenómeno por otros autores.

Sozzo, señala que el concepto de Populismo Penal proviene de lo que, en un comienzo, Anthony Bottoms denominó: *Populism Punitiviness* (Punitividad Populista). Según el autor, dicho concepto se refiere a una tendencia más bien marginal y oportunista, que aparece y desaparece de acuerdo a las coyunturas. No es exactamente lo que hoy entendemos por Populismo Penal, pero es el inicio de un debate acerca de cómo juega la estrategia populista en el ámbito penal. Este avance, permitió que el concepto se haya ido precisando y sofisticando con el tiempo. Siguiendo en la línea temporal, uno de los autores que más desarrollo el tema fue David Garland, en su libro *La Cultura del control*. Respecto a este avance, Sozzo considera que sería una contribución que comienza a dar una mayor entidad teórica a lo escrito por Bottoms. Luego, hay otras colaboraciones importantes en esta materia, tales como, el libro *Penal Populism and public Opinion*, escrito por Julian Roberts y el libro *Penal Populism*, escrito por Jhon Pratt.¹⁶

Ya hablamos de que el concepto de Populismo Penal lleva arraigado el nombre “populismo”, por lo que, al comienzo de este capítulo intentamos definirlo y llevarlo al plano penal. Sin embargo, para entender su conexión de forma aún más precisa,

¹⁶ SOZZO, M. 2012. Entrevista a Máximo Sozzo: “Qué es el populismo penal?”. URVIO: 117-122.

preguntémosnos: ¿Qué es lo populista del Populismo Penal?¹⁷ Sozzo responde a esta pregunta enfatizando en algunos puntos importantes.

En primer lugar, lo fundamental que podemos identificar, es que, las iniciativas que se proponen como medidas o políticas penales, estarían legitimadas, porque ellas responderían a lo que la gente piensa, siente y quiere. Lo que haría el carácter populista es desplazar el ideal rehabilitador y socializador, que consistía en la manera establecida de pensar, reivindicando otras justificaciones para la pena. Entonces, las demandas de la sociedad se comienzan a interpretar como algo contrario a lo que ya se encuentra establecido y se produce un choque entre ambas cosas.¹⁸

Otro punto importante, en palabras del mismo autor, es que:

“(...) además, en cierto sentido lo populista del populismo penal, no es solamente el elemento de reivindicar como legitimación de lo que se propone de las medidas e iniciativas que se planteen esa apelación a la gente y a sus sentimientos, pensamientos, demandas; sino también que todo aquello es antagónico o contradictorio con un modo establecido de pensar y actuar.”¹⁹

Finalmente, el autor señala una idea que ya hemos venido esbozando. Otro componente del Populismo Penal que se ha desarrollado es la oposición al experto. Generalmente, los expertos sobre todo en criminología tenían un rol central en la toma de decisiones en materia de control del delito. Sin embargo, el experto resulta desplazado por el giro populista, disminuyendo su capacidad de influencias en las decisiones. Lo que sucede es que la voz del experto choca con la voz de la gente y lo que ellos sienten, piensan y quieren.²⁰ Siguiendo con la misma línea de ideas, el ya mencionado, David Garland, establece que las medidas de política pública populistas, son aquellas que:

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ibidem.

“(...) se constituyen privilegiando la opinión pública y no la visión de los expertos y de las élites profesionales de la justicia penal. (...) Las iniciativas se anuncian en escenarios políticos, es decir, en la convención o el congreso del partido político, en la entrevista televisada. Se las encapsula en frases pegadizas: «La cárcel funciona», «Tres strikes y estás afuera», «Verdad en la condena», «Cárceles sin comodidades», «Duro con el delito, duro con las causas del delito». Frecuentemente, estas iniciativas no se fundan en los resultados de la investigación científica y carecen de las proyecciones estadísticas y financieras que son habituales en otras áreas de política pública.”²¹

A estas medidas, las caracteriza como aquellas que tienden a la severidad en tanto respuestas frente al delito. Son condenas más duras y de aumento del encarcelamiento. Consisten en: Leyes que establecen condenas obligatorias mínimas; restricciones a la libertad condicional; Leyes que autorizan las prisiones “sin comodidades” y las “cárceles austeras”; La introducción del castigo en tribunales juveniles y el encarcelamiento de niños; La expansión de la pena de muerte a otros delitos; las políticas de “tolerancia cero”, entre otras medidas.²²

Una última particularidad que señala el autor, es que, mediante estas medidas, pareciera darse un lugar privilegiado a las víctimas. Decimos “pareciera”, porque, en realidad, lo que se privilegia es una imagen proyectada y politizada de «la víctima», en lugar de los intereses y opiniones de las mismas. Se invocan “sus” sentimientos para conseguir el apoyo y legitimidad.²³

“La necesidad de reducir el sufrimiento actual o futuro de las víctimas funciona hoy en día como una justificación de cualquier tipo de medida de represión penal y el imperativo político de mostrarse sensible ante los sentimientos de las víctimas sirve ahora para reforzar los sentimientos retributivos que influyen cada vez más en la legislación penal.”²⁴

²¹ GARLAND, D. 2005. La cultura del control. Barcelona, Gedisa, S.A. pp. 240.

²² Ibidem.

²³ Ibidem.

²⁴ Ibidem, pp. 241.

Es así como surgen, por ejemplo, lo que se conoce como leyes de nombre y apellido²⁵. Al nombrar una ley con el nombre de una víctima, se dice que se intenta honrarla, aunque en realidad, además de aquello, se explota el nombre del individuo, utilizándolo para neutralizar las objeciones a medidas que generalmente tienen trasfondos vengativos y que permiten obtener ventajas políticas²⁶.

En términos generales, se utiliza esta figura simbólica de la víctima, la cual tiene entonces, un rol clave en el debate político y en la argumentación en torno a políticas públicas. Sin embargo, y paradójicamente, los intereses de la víctima ya no se incluyen dentro del interés público que orienta las decisiones en materia penal. Porque, lo que se considera, es a la víctima como esta especie de “personaje”, cuya experiencia se entiende en tanto, común y colectiva²⁷. Esto, evidentemente repercute y permite explicar el carácter severo que tienen las respuestas de políticas públicas como las que mencionamos previamente.

Con esto, hemos esbozado algunas ideas importantes que definen el concepto. Aterricemos aún más y veamos algunas definiciones de otros autores para ver qué otras características podemos extraer del fenómeno. Luego, intentaremos hacer un recuento de ellas.

Ruíz López y Arenas Ávila, exponen que, de acuerdo a la literatura académica, el Populismo Penal es un fenómeno que implica la expansión irracional del derecho penal, basada en tres presunciones: 1) mayores penas podrían reducir el delito; 2) las penas ayudan a reforzar el consenso moral existente en la sociedad; 3) existirían ganancias electorales producto de este uso. En otras palabras, una politización del derecho penal.²⁸

²⁵ Algunos ejemplos de este tipo de ley en nuestro país son: Ley 20.770, conocida como Ley Emilia; Ley 20.609, conocida como Ley Zamudio; y Ley 21.212, conocida como Ley Gabriela.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibidem.

²⁸ RUIZ, C.E.L. y ARAVENAS, R.A. 2022. Populismo punitivo: manifestación política vs. Derecho penal. La cadena perpetua en Colombia. Revista de Derecho: 220-252.

Arriagada y Nespolo, por su parte, entienden el fenómeno como una reacción política al aumento de la criminalidad y la percepción de inseguridad.²⁹

En la misma línea, Mouzo señala que, el Populismo Penal, sería una promesa, que consiste en que, mediante un endurecimiento del sistema penal, se podría acabar con el delito.³⁰

Llevando el concepto al contexto nacional, Oliva Rocha nos dice que:

“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.”³¹

Luego de todo lo dicho, ¿qué características podríamos ver que se van repitiendo en todas estas concepciones del fenómeno? Es un fenómeno que se desenvuelve en un contexto de aumento del crimen y del delito. Donde la sociedad, se encuentra en un estado permanente de miedo e inseguridad, sensación que es incrementada por los medios de comunicación. De aquello, surgen demandas sociales para combatir tal escenario. Entonces, las respuestas a dichas demandas, son aquellas que provienen de un discurso pasional, que apela al miedo e inseguridad y que se justifica en lo que la gente quiere y siente; ignorando las recomendaciones de expertos en la materia. Serían discursos que instrumentalizan a la víctima, utilizándola como figura simbólica, que permite justificar un trasfondo más bien vengativo en la respuesta penal. Y que, se concretan en medidas reactivas, que desplazan el ideal socializador, por justificaciones que tienden a la retribución y a

²⁹ ARRIAGADA, M.A. y NESPOLO, R. 2012. ¿Qué evade el populismo penal? En busca de su antónimo. URVIO: 52-65.

³⁰ MOUZO, K. 2012. Inseguridad y “populismo penal”. URVIO: 43-51.

³¹ OLIVA, I.R. 2020. El populismo punitivo: “el gran mal que afecta la agenda legislativa chilena”. DJS: 185-210.

un aumento en la severidad del castigo penal. Mediante: condenas más duras, un aumento del encarcelamiento, la creación de nuevos tipos penales, el reforzamiento de las policías, etc. Prometiendo que, como consecuencia de aquello, se produciría una reducción del delito. Donde, además, de este tipo de respuestas, sus autores y promotores, se beneficiarían con ganancias electorales.

Con ello, pareciéramos haber cubierto gran parte del contenido de este fenómeno y de lo que nos servirá más tarde para la elección de criterios e indicadores de análisis.

II. 2 Causas y Consecuencias:

Una vez que hemos entendido en qué consiste el fenómeno, resulta pertinente cuestionarnos respecto a cuáles son las causas de su nacimiento y cuáles son las consecuencias que traería aparejada su manifestación.

Primero, veremos a rasgos generales las causas del cambio en las respuestas legislativas en materia penal. Luego veremos particularmente las causas que llevan a la implementación del Populismo Penal.

Garland, habla de un cambio en las respuestas relativas al control del delito, y señala una serie de indicadores que representarían este cambio. A este respecto, nos parece que algunos de estos indicadores podrían consistir también en causas generales de porqué nace y se utiliza el populismo penal como impulsor de políticas públicas. Por lo tanto, al explicar las causas, utilizaremos algunas de las ideas del autor, en conjunto con las que exponemos por nuestra parte.

Una primera causa, y que pareciera relacionarse con todas las demás, es el aumento del crimen y del delito, o más bien, la creencia en el aumento del crimen y el delito. Esta circunstancia da pie a que se dicten nuevas medidas y por donde empiezan a colarse las soluciones Populistas Penales. Veremos un poco de esto en el desarrollo de las restantes causas.

Una segunda causa, (que nace en parte por la anterior) es lo que el autor expone como: un declive en el ideal rehabilitador. Se ha reducido el énfasis puesto en la rehabilitación como objetivo de las instituciones penales. Si bien, hoy siguen

existiendo los programas de rehabilitación, estos ya no pretenden expresar la ideología dominante del sistema penal ni ser su propósito principal. A mayor abundamiento, el autor señala que, cuando se vino abajo la fe en el ideal rehabilitador, que había sido el soporte estructural central del campo y la pérdida basal de una serie de prácticas e ideologías que se sostenían recíprocamente, comenzaron entonces a perderse y desvanecerse todos esos supuestos valores y prácticas en los que se había construido la penalidad moderna.³²

Este declive del ideal rehabilitador, y la pérdida de fe en su eficacia, abre la puerta a propuestas en materia penal de corte populista. Es decir, respuestas que tienden a la severidad de la pena y a la limitación de las salidas alternativas en pos de un uso intensivo de la pena privativa de libertad. Para entender mejor, pongámoslo de este modo: Si como ciudadanos, ya no creemos en el ideal rehabilitador, ¿qué nos queda? ¿qué otras alternativas se nos presentan como las más accesibles en este caso? Y la respuesta suele ser: aquellas que tienden a centrarse en el ideal retributivo.

La idea anterior, va íntimamente conectada con otro de los indicadores que desarrolla Garland, que podemos tomar y entender como causa del fenómeno que nos convoca. Es, el resurgimiento de las sanciones punitivas y la justicia expresiva. El declive del ideal rehabilitador, trae consigo, que las ideas de retribución como forma de reparación y de merecimiento justo, como un objetivo político generalizado hayan ido en creciente aumento³³. El restablecimiento de la legitimidad de un discurso explícitamente retributivo, ha facilitado a los políticos y legisladores expresar abiertamente sentimientos punitivos y aprobar leyes más severas. El contenido expresivo de la pena como castigo se presenta en el discurso como la expresión del sentimiento público. Entonces, es claro ver cómo este retorno a la aplicación sanciones punitivas y justicia expresiva, permite un contexto que favorece la aparición del Populismo Penal. Lo que sucede es que, para apoyar la normativa (Populista Penal) que se comienza a impulsar, el discurso político se

³² GARLAND, D. 2005. La cultura del control. Barcelona, Gedisa, S.A.

³³ Ibidem.

impregna del resentimiento público e invocan (como comentamos previamente) los sentimientos de la víctima, su familia y el miedo que siente la sociedad³⁴. En el fondo, lo que se hace es: utilizar el contenido expresivo de la pena como castigo, en un sentido retribucionista, con un trasfondo vengativo, para promover medidas de política pública en materia penal.

Otro indicador, son los cambios en el tono emocional de la política criminal, y en el desarrollo de este indicador, Garland hace referencia a temor al delito. En este aspecto, nos parecería que lo que cabría más propiamente como causa en lo que nos interesa, es justamente aquello: el aumento del temor al delito. Desde la década del setenta, el temor al delito ha ido creciendo en relevancia. Antes, se veía como una ansiedad situacional y localizada, que afectaba a aquellos en peores condiciones. Sin embargo, con el paso del tiempo, se ha instalado en el centro de las discusiones y ha llegado a considerarse como un problema social fundamental y una característica de la cultura contemporánea. Este temor al delito, que se considera hoy como un problema en sí mismo, distinto del delito y de la victimización reales, ha hecho que se desarrollen políticas particulares que no apuntan a reducir el delito, sino los niveles de temor.³⁵ Entonces, la sensación de temor, a la que además agregaremos la de inseguridad, dan pie a medidas Populistas Penales. Por un lado, porque en base al miedo e inseguridad, comienzan a surgir demandas sociales que exigen que se haga algo al respecto y se tomen “cartas en el asunto”. Frente a esto, una salida fácil es justamente caer en el Populismo Penal, es decir, en medidas reactivas que tratan de calmar a las masas con respuestas extremas que dan la impresión y prometen resolver todos los problemas (cuando en realidad, como veremos más adelante, no suele ser tal). Lo anterior, queda bastante claro en la siguiente hipótesis que explica Gómez haciendo alusión a lo que sostiene Gutiérrez:

“En tanto el aumento del delito y de la inseguridad se ha instalado como una verdad en las sociedades, la denominada opinión pública también genera agencia

³⁴ Ibidem.

³⁵ Ibidem.

*o influencia y ejerce una presión sobre aquellos políticos y gobernantes. La confusión por las medidas a construir, está revelando más bien que los políticos se quedaron sin ideas y recurren a las soluciones punitivas (...).*³⁶

Por otro lado, los autores de estas medidas, se aprovechan del temor y la inseguridad para promover estas medidas y recibir beneficios electorales. Por eso hace sentido lo que dice Garland respecto al “tono emocional de la política criminal”, pues las medidas populistas se caracterizan por ello.

Relacionado con lo anterior, otro punto que contribuye como causa en la aparición del fenómeno populista, es la influencia de los medios de comunicación. Sozzo hace referencia a ellos y los considera como actores fundamentales en la construcción de las condiciones que posibilitan el Populismo Penal. Las ideas que instalan, son un punto de partida para el fenómeno populista. Los medios difunden un discurso que enfatiza en el aumento del delito, independientemente de la realidad de ese enunciado. Afirmar el crecimiento del fenómeno delictual, de la forma que lo hacen los medios, puede ser una herramienta u oportunidad para que los actores políticos sostengan la necesidad de incrementar la punitividad para responder al presunto aumento de criminalidad.³⁷

*“(…), los medios de comunicación juegan un rol muy importante no solo en la producción de noticias dramáticas y sensacionalistas acerca de la criminalidad, que por lo general son noticias de delito violento y que tienen como ofensor a un sujeto económico y socialmente débil. No solo en la producción de esos estereotipos, sino en la producción de mensajes que funcionan también legitimando las bases de justificación del impulso de medidas dentro de la Punitividad.”*³⁸

Es decir, los medios de comunicación influyen directamente y cumplen un rol fundamental, tanto así, que su influencia puede propiciar el surgimiento del Populismo Penal. Ahora bien, el autor nos recuerda que no debemos olvidar que los medios no son el único autor que está en juego, y que tampoco son ellos quienes

³⁶ GOMEZ, A. 2012. ¿Populismo penal o falta de creatividad? URVIO: 7-8.

³⁷ SOZZO, M. 2012. Entrevista a Máximo Sozzo: “Qué es el populismo penal?”. URVIO: 117-122.

³⁸ Ibidem.

toman las decisiones, sino que aquellos actores que participan en el mundo político y de la autoridad estatal.³⁹

Otro indicador relevante es, en nuestras palabras (para efectos de explicarlo como causa), la politización de la política criminal. Garland nos confirma que la política criminal ha dejado de ser un asunto que puede delegarse en expertos profesionales y se ha convertido en cambio, en un asunto central en la competencia electoral. Ello trae como consecuencia, que el discurso en relación al control del delito sea altamente politizado. Esto nos lleva a que, el proceso de generación de las políticas públicas se haya vuelto politizado y populista⁴⁰. Un contexto que ha desplazado al experto, politizando la discusión, es perfectamente proclive a ser aprovechado para el impulso de medidas Populistas Penales.

Estas ideas, nos permiten explicar algunas causas fundamentales del nacimiento del Populismo Penal y su utilización al momento de dictar medidas de política pública. Una vez que hemos entendido cómo nace el fenómeno, veamos cuáles son las consecuencias que trae aparejada su implementación mediante leyes y políticas públicas. Es importante hacernos la pregunta respecto a sus consecuencias porque la respuesta nos permitirá hacer un análisis crítico sobre este fenómeno, y ver, qué otras alternativas existen para no caer en él. Sobre ello hablaremos más adelante.

La gran consecuencia del Populismo Penal, a juicio de este trabajo, es que, distorsiona el proceso de formación de leyes penales. Queda muy adecuadamente explicado en la siguiente idea:

“El populismo punitivo se presenta como un fenómeno que genera serias interferencias en el procedimiento de emisión de leyes penales, sin rigurosidad en la evaluación criminológica, en tanto distorsiona o suple el análisis criminológico y económico que debería realizarse antes de la promulgación de una ley, a fin de garantizar que las medidas establecidas sean eficaces.”⁴¹

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ GARLAND, D. 2005. La cultura del control. Barcelona, Gedisa, S.A.

⁴¹ RODRIGUEZ DE LA TORRE, W. M. 2022. Consecuencias prácticas del populismo punitivo en la eficacia de la reacción penal frente a la criminalidad. Lima, Universidad de San Martín de Porres, VOX JURIS. 143-151.

A su vez, dichas medidas populistas, traen consecuencias más específicas, que veremos a continuación.

El escenario en que nos encontramos, como ya vimos, consiste en la existencia de un mecanismo de atención formal de necesidades que demanda la sociedad, mediante emisión de leyes que materialmente no brindarán una solución adecuada. Pero que, se dictan para obtener respaldo político inmediato. Concretamente, se trata de la adopción de medidas que aparentemente buscan o prometen reducir los índices de criminalidad, mediante: el establecimiento de penas más altas, criminalizando nuevas conductas y otras medidas similares. El problema es que, ello se realiza sin previa preocupación de la eficacia que tendrán dichas medidas en la práctica⁴². Una medida que busca aparentes soluciones inmediatas y que no está fundada en un interés real de poder apuntar a las necesidades de desarrollo de un país, de poder efectivamente tener aplicación⁴³ y de concretar sus objetivos mediante ello, claramente llama la atención.

Entonces, en vista de todo lo anterior, podemos decir que, una de las grandes consecuencias de estas medidas populistas es su ineficacia. Arriagada y Nespolo, haciendo referencia a lo expresado por Pavarini, nos dicen que, estas medidas que tienden al exceso de penalidad frente al exceso de criminalidad, en el sentido de una penalidad simbólica, solo nos llevarán a encontrarnos con un segundo escenario donde constataremos que: “más penalidad no produce más seguridad frente a la criminalidad”.⁴⁴

No es raro que esta sea una de las consecuencias, pues, ya comentamos que estas medidas no toman en consideración los análisis que apunten a las causas de la criminalidad. Esto también se relaciona con que, claramente estas medidas no logran resultar preventivas respecto del fenómeno del delito. Tienen más bien, el efecto contrario:

⁴² Ibidem.

⁴³ Ibidem

⁴⁴ ARRIAGADA, M.A. y NESPOLO, R. 2012. ¿Qué evade el populismo penal? En busca de su antónimo. URVIO: 52-65.

“Se refuerzan las divisiones sociales existentes al optar por segregar y castigar en vez de intentar desarrollar los controles sociales, regular la economía y desarrollar políticas públicas que promuevan la inclusión e integración social.”⁴⁵

Es decir, la implementación del fenómeno Populista Penal, supone una amenaza para la disminución del delito y la violencia, porque se concentra en el enfoque teórico de la elección racional, privilegiando estrategias de control sobre el individuo responsable, como lo es el encarcelamiento, y desconoce otras causas del crimen y la violencia, y sus distintos niveles e interacciones.⁴⁶

Otra consecuencia de estas medidas, relacionada con su tendencia al aumento de la respuesta penal es que las sanciones dejan de ser proporcionales. En nuestro derecho penal, se encuentra consagrado el principio de proporcionalidad⁴⁷, en este sentido entendemos que:

“Cabe precisar que el principio de proporcionalidad se erige en un elemento definidor de lo que ha de ser la intervención penal, desde el momento en que se trata de traducir el interés de la sociedad en imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de los comportamientos delictivos, y por el otro, el interés del individuo en la eficacia de una garantía consistente en que no sufrirá un castigo que exceda el límite del mal causado, en otros términos, la minimización de la violencia en el ejercicio del ius puniendi. Así,

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Véase FUENTES C., H. 2008. El principio de Proporcionalidad en Derecho Penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena. *Ius et Praxis* 12(2): 1-21.: “(...) El principio de proporcionalidad se encuentra subsumido o integrado en el ordenamiento constitucional chileno en aquella regla que declara la prohibición general de la arbitrariedad, así como aquella que consagra la garantía genérica de los derechos establecida en las bases de la institucionalidad que dan forma al Estado de Derecho (art. 6 y 7 y 19 n°2 de la Carta fundamental) y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos (art. 19 n°26), además del valor justicia inherente al Derecho. Por ello, lo que no puede dar lugar a dudas es que el límite al despliegue de cualquier actividad legislativa que pretenda regular o limitar dicho contenido esencial, viene dado por el art. 19 número 26 y el art. 5 inciso segundo de la Carta fundamental, quedándole proscrito cruzar esa frontera sin afectar al derecho en sí mismo, lo que siempre es inconstitucional. (...)”

la justa medida de la pena se configura como un principio rector de todo el sistema penal.”⁴⁸

Sin necesidad de ahondar más en este principio, resulta evidente que la tendencia del fenómeno del Populismo Penal, referente a el aumento excesivo de las penas y la creación de nuevos delitos, atentan directamente contra la proporcionalidad. Un ejemplo de ello, es, propuestas que impulsan volver a la implementación de la pena de muerte, propuestas que apuntan al aumento de la pena de delitos ya existentes, o propuestas que sugieren eliminar o modificar el tope de las penas en delitos cometidos por adolescentes. Es por ello que resulta de vital importancia que, al encontrarnos con medidas de este tipo, no se deje de lado la pregunta por la proporcionalidad. Olvidar este tipo de consideraciones nos lleva a otras dos de las consecuencias (que se encuentran ligadas entre sí), que tiene el fenómeno del que hablamos, y es que, su implementación mediante la dictación de leyes, puede conllevar la vulneración de derechos fundamentales y que, por ello, muchas veces derivan en su inconstitucionalidad.

“(…) los organismos internacionales han mostrado preocupación en la protección de los derechos humanos de las personas; sin distinción alguna. Sin embargo, estos criterios no vienen siendo tomados en cuenta por los legisladores al emitir sus proyectos de ley; lo que evidencia que la formulación de incremento de penas o instauración de penas de muerte pretenden mantener falsas expectativas en la sociedad con la finalidad de obtener su respaldo mediante votos; haciéndoles creer que con su elección estarán coadyuvando para la adopción de medidas concretas que permitan la reducción de los índices de la criminalidad.”⁴⁹

Es decir, debido al contenido extremadamente punitivista de estas medidas populistas, su aplicación puede traer como consecuencia la vulneración de derechos humanos consagrados tanto a nivel nacional como internacional, y esto a

⁴⁸ FUENTES C., H. 2008. El principio de Proporcionalidad en Derecho Penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena. *Ius et Praxis* 12(2): 1-21.

⁴⁹ RODRIGUEZ DE LA TORRE, W. M. 2022. Consecuencias prácticas del populismo punitivo en la eficacia de la reacción penal frente a la criminalidad. Lima, Universidad de San Martín de Porres, *VOX JURIS*. 143-151.

su vez, trae como consecuencia que estas leyes terminen siendo derechamente inconstitucionales.

Otra consecuencia que deriva de este tipo de medidas es su posible dificultad de aplicación. Muchas de estas leyes, al ser tan reactivas - en el sentido que surgen como respuestas rápidas a casos concretos que causan revuelo en la sociedad - tienden a ser poco trabajadas en cuando a su futura aplicación. Muchas veces esto ocurre con las ya mencionadas leyes de “nombre y apellido”. Por ejemplo, si revisamos el caso de la Ley Zamudio, se ha planteado que es una ley mal diseñada y carente de densidad conceptual, por ello, la jurisprudencia emanada de ella tiende más a la aplicación del “sentido común” de los jueces más que a la sofisticación dogmática.⁵⁰ Díaz de Valdés, nos dice que, respecto a los problemas que presenta esta ley:

“Los tribunales se encuentran firmemente anclados en la noción tradicional de discriminación arbitraria, i. e., aquella carente de razón, propia del capricho o sin justificación. (...). Existe una deficiente conceptualización y aplicación de las categorías sospechosas, de sus efectos, y de su importancia para configurar una discriminación. (...). En términos generales, se aprecia el impacto negativo sobre los tribunales del pobre y confuso contenido dogmático de la Ley Zamudio. En contraste, se observa que los jueces han avanzado en la definición de elementos procesales de esta acción (e. g., carga de la prueba, caducidad, legitimación pasiva).”⁵¹

Concluye entonces que, resulta indispensable una reforma a la Ley comentada.⁵² Esto suele suceder generalmente con este tipo de leyes, ya que la deficiencia en el contenido de ellas dificulta extremadamente su aplicación, pudiendo incluso llevar al desuso.

⁵⁰ DÍAZ DE VALDÉS J., J. M. 2017. Cuatro años de la Ley Zamudio: análisis crítico de su jurisprudencia. Estudios constitucionales 15(2).

⁵¹ Ibidem.

⁵² Ibidem.

Otra consecuencia, es que estas medidas tienden a limitar la aplicación de salidas alternativas o de las penas sustitutivas⁵³, por lo tanto, fomentan la implementación de sanciones privativas de libertad (cárcel). Ya comentamos que los legisladores mediante la redacción de este tipo de leyes tienden a tratar a las personas que cometen delitos como enemigos, que, como tales, deben ser desplazados de la sociedad. Para esto: incrementan las penas, establecen nuevos delitos, restringen la aplicación de beneficios penitenciarios y la posibilidad de acceder a salidas alternativas o a penas sustitutivas. Con ello se alejan de los fines preventivos de la pena y del principio de resocialización.⁵⁴ Esto resulta curioso e incluso contraintuitivo, puesto que, se ha planteado que, en miras a la prevención del delito y a la disminución de la reincidencia, las penas sustitutivas vendrían a ser una de las grandes alternativas, y se han ido favoreciendo por sobre la sanción privativa de libertad. En cambio, las medidas Populistas Penales que fomentan las penas carcelarias, solo producen un incremento en la crisis de dicho sistema, al contrario de lo que harían las salidas alternativas.

Una última consecuencia que nos parece importante recalcar, es que estas medidas traen como consecuencia el aumento de la discriminación, marginalización y estigmatización de ciertos grupos sociales, por ejemplo: migrantes o adolescentes que cometen delitos, a los que denominan “jóvenes delincuentes”. Las medidas populistas generan división en la sociedad, generando sentimientos de discriminación, estereotipos y marginalización, dificultando la interacción entre sus miembros e intensificando las brechas entre los distintos grupos sociales⁵⁵. El populismo tiende en efecto a:

⁵³ Véase: POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre, RAMIREZ, María Cecilia, “Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General”, Jurídica de las Américas: 2009, pp. 543: “*se plantean como penas principales excluyentes de la pena de prisión, en los casos de mediana y baja gravedad, de modo que su imposición no es condición para no cumplir una pena privativa de libertad, por lo que su incumplimiento no se encuentra amenazado con la imposición de la pena privativa de libertad suspendida condicionalmente.*”

⁵⁴ RODRIGUEZ DE LA TORRE, W. M. 2022. Consecuencias prácticas del populismo punitivo en la eficacia de la reacción penal frente a la criminalidad. Lima, Universidad de San Martín de Porres, VOX JURIS. 143-151.

⁵⁵ Ibidem.

“(...) discriminar, marginalizar o propagar el odio contra ciertos grupos sociales minoritarios.”⁵⁶

A modo de resumen. Analizamos, por un lado, que las medidas populistas penales no resultan eficaces. Lo que nos confirma, por ejemplo, la siguiente información respecto de la experiencia en Perú:

“Los índices de criminalidad recientes evidencian que las medidas impuestas por los legisladores que incrementan las penas no han conseguido su finalidad, debido a que, por ejemplo, la cantidad de personas procesadas y condenadas por los delitos de robo agravado y violación de la libertad sexual de menores de edad (los delitos de mayor incidencia) mantienen una progresión constante.”⁵⁷

Y, por otro lado, que traen en sí mismas una serie de consecuencias negativas que nos parecen especialmente graves, tales como vulneraciones de derechos, inconstitucionalidad, discriminación y marginalización, etc. Y que incluso, pueden llegar a ser contraintuitivas, no logrando disuadir y contribuyendo en la congestión carcelaria. Es por ello que:

“Resulta indispensable visibilizar esta problemática y establecer mecanismos que permitan controlar la presentación de proyectos de ley con una motivación aparente, a fin de que no se promulguen más leyes que atenten contra los derechos fundamentales de las personas procesadas y condenadas a procesos penales, debido a que aun habiendo delinquirido no pierden su condición de ciudadanos; y en el mismo sentido, tener leyes que puedan realmente mostrar eficacia frente al crimen.”⁵⁸

Mas adelante nos haremos la pregunta respecto a qué alternativas son más beneficiosas en el proceso de motivación y elaboración de leyes penales frente a las propuestas Populistas Penales.

⁵⁶ MARCIEL, R.P. 2022. Populismo y discursos de odio: un matrimonio evitable (en teoría). Isegoría: 1-11.

⁵⁷ RODRIGUEZ DE LA TORRE, W. M. 2022. Consecuencias prácticas del populismo punitivo en la eficacia de la reacción penal frente a la criminalidad. Lima, Universidad de San Martín de Porres, VOX JURIS. 143-151.

⁵⁸ Ibidem

II.3 Populismo Penal en Chile:

Habiendo conceptualizado lo que entenderemos por Populismo Penal, es importante entender cómo este logra infiltrarse en el proceso de formación de la ley.

La Constitución Política de la República a partir de su artículo 65 se refiere al proceso de formación de la ley. Sabemos que cuando el Presidente de la República envíe un proyecto al Congreso Nacional para su discusión se denomina “mensaje presidencial”. Y que, por su parte, se denomina “moción” cuando el proyecto de ley es generado por los parlamentarios.

Luego, en los distintos trámites constitucionales, se dan distintas etapas de discusión parlamentaria donde se exponen distintas ideas, se realizan revisiones y modificaciones, se consulta con expertos, etc.

Otro aspecto importante de recalcar relativo al proceso de formación de la ley, son las urgencias. El Presidente de la República puede recalcar la urgencia que exista para que se despache un proyecto de ley. Estos plazos se denominan urgencias y determinarán el orden en la tabla de discusión. Dependiendo del caso, existen 3 tipos de urgencias. La simple urgencia, en cuyo caso, el proyecto deberá ser conocido y despachado en el plazo de 30 días. La suma urgencia, en cuyo caso, el proyecto debe ser conocido y despachado en el plazo de 15 días. Y la discusión inmediata, en cuyo caso, el proyecto debe ser conocido y despachado en el plazo de 6 días.

¿Por qué nos detenemos a mencionar estos tres puntos del proceso de formación de la ley? Es importante entender este contexto, porque el Populismo Penal (y este es el trasfondo de este trabajo) influye o puede influir dicho proceso. Los legisladores, frente a las demandas sociales infundidas por la sensación de miedo e inseguridad (junto a los demás factores y características que tratamos anteriormente), ya sea por verse sobrepasados o por aprovechar de ganar beneficios electorales, tienden a legislaciones del corte populista. El escenario queda claro en el siguiente extracto:

“(...) 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 (...).”⁵⁹

Entonces, un proyecto de ley al ser presentado, puede esconder en su motivación un propósito populista penal. Un proyecto de ley, al ser discutido por los parlamentarios en los trámites constitucionales, puede adquirir el carácter populista penal pues este comienza a impregnar los discursos políticos. Y, las urgencias, pueden ser utilizadas como una herramienta que permita que se despachen proyectos de legislación populista penal, aprovechando la sensación de inseguridad y el miedo que conllevan las demandas sociales, como justificación de la urgencia.

“Las nuevas iniciativas se anuncian en contextos políticos (...) y se las encapsula en frases altisonantes: «La prisión funciona», «Tres strikes [golpes] y estás fuera», «La verdad en la condena», «Prisiones sin lujos», «Condenas adultas para delitos adultos», «Tolerancia cero», «Duro con el delito, duro con las causas del delito».”⁶⁰

Sobre esto, ya vimos lo que considera Garland. La política criminal ha dejado de delegarse a expertos profesionales, convirtiéndose en un asunto de importante impacto en la competencia electoral. Por lo que, todo lo relacionado con el control del delito se ha impregnado en un discurso politizado. Entonces, el proceso de generación de políticas públicas se ha vuelto politizado y populista.⁶¹ A esto nos habíamos referido, en relación a las causas del fenómeno.

III. CRITERIOS DE ANÁLISIS:

⁵⁹ OLIVA, I.R. 2020. El populismo punitivo: “el gran mal que afecta la agenda legislativa chilena”. DJS: 185-210.

⁶⁰ GARLAND, D. 2005. La cultura del control. Barcelona, Gedisa, S.A. pp. 49.

⁶¹ Ibidem.

Si bien se pueden plantear problemas metodológicos para calificar una medida como Populista Penal, por ejemplo, por la vaguedad del concepto y porque en general, el Derecho Penal obtiene una alta atención de la sociedad, dada su función como medio de control social destinado a conductas graves, por lo cual, tiende a tener una alta dosis de populismo.⁶² Es por lo mismo que, en este trabajo nos encargamos de definir y detallar la definición del concepto – como Populismo Penal, más allá del amplio y vago concepto de populismo *per se* - y todo lo que éste conlleva, para efectos de nuestro análisis.

Entonces, habiendo entendido el fenómeno en cuestión, su definición, sus causas, sus consecuencias y los peligros que éste acarrea; podemos por fin llegar a la parte metodológica de este trabajo. Nos encargaremos en este capítulo de seleccionar los criterios que utilizaremos en el análisis de las leyes mencionadas al comienzo, para determinar si ellas forman parte del fenómeno Populista Penal. Desde un principio, queremos dejar en claro que no nos parece necesario que las leyes cumplan todos estos criterios en cada caso, ya que ellos apuntan a distintos puntos, así como tampoco es suficiente con que cumplan sólo uno. Entenderemos entonces que, con que cumplan al menos 3 de ellos, ya podremos a nuestro respecto, catalogar dichas leyes como Populistas Penales. También, hacemos la prevención de que sobre todos estos indicadores ya hemos hablado algo durante este trabajo, pues consisten en partes de la definición del concepto, en sus características o en sus efectos; en fin, constituyen al fenómeno como tal. Pero son éstos los que nos parecieron como altamente reveladores o fundamentales para catalogar una medida como Populista Penal.

1. Respuestas y discurso excesivamente punitivista:

Un primer indicador, que es el más fácil de determinar a primera vista, es que la medida apunte a una severidad en tanto respuesta o prevención frente al delito, es decir, a un endurecimiento de las penas, a la creación de nuevos tipos penales, fortalecimiento de las policías, etc. En el sentido de que este tipo de legislaciones

⁶² FERNANDEZ C., J.A. y GONZALEZ G., C. 2022. ¿Cuál es el modelo político criminal en Chile? *Política Criminal* 17(33).

finalmente terminan desplazando al ideal rehabilitador⁶³. Prometiendo, además, que dichas medidas reducirán la comisión de delitos.

“Las ganas de mantenerse en sus cargos los lleva a terminar aprobando y legitimando leyes (...) exageradamente castigadoras (...). 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.”⁶⁴

Este indicador se entiende no solo en el contenido de la medida, sino también en el discurso previo a su dictación. La narrativa que subyace la dictación de estas leyes Populistas Penales, es siempre mediante grandes discursos que apuntan al punitivismo, no es raro escuchar frases de tipo *slogan* refiriéndose al combate contra el delito.

“(...) es interesante reconocer el nivel de politización del debate en materia del control del delito, (...), y observar cómo ha sido utilizado éste en la estrategia electoral. (...), es importante destacar la influencia de discursos asociados a demandas de la ley y el orden en la configuración de la política criminal. (...) en la actualidad más que diferencia, se observa una convergencia en los discursos, lo que muchas veces a llevado a los candidatos a enfrascarse en competencias sobre quién se muestra más enérgico en el combate al delito.”⁶⁵

Entonces, al utilizar este indicador, debemos fijarnos no solo en lo que efectivamente haga la ley en cuanto a su contenido, ya sea aumentar una pena o crear un nuevo delito; también debemos buscar en el discurso previo a su dictación para ver si encontramos este tipo de discurso punitivo, y ver, además, si se tomó o no alguna consideración del ideal rehabilitador.

⁶³ GARLAND, D. 2005. La cultura del control. Barcelona, Gedisa, S.A.

⁶⁴ OLIVA, I.R. 2020. El populismo punitivo: “el gran mal que afecta la agenda legislativa chilena”. DJS: 185-210.

⁶⁵ MORALES P., A. M. 2012. La política criminal contemporánea: Influencia en Chile del discurso de la ley y el orden. *Política Criminal* 7(13): 94-147.

2. Omisión de la opinión del experto o manifiesta contradicción con lo propuesto por expertos en la materia, en pos de la opinión pública (aparente):

Otro indicador sumamente relevante es determinar si para la dictación de la medida se utilizó o no evidencia entregada por la criminología, si se recibió o no recomendaciones entregadas por expertos criminólogos u otro tipo de expertos en la materia.

Ya hemos hablado de la politización que se ha dado en el debate relacionado con el control del delito y la utilización del tema para fines de estrategia electoral. Y que, en ese sentido, los discursos que toman fuerza son aquellos que, aparentando representar la respuesta a las demandas sociales, llaman al endurecimiento de la respuesta penal para la configuración de la política criminal. Lo anterior se suma y trae como resultado el abandono del juicio de expertos, culminando en que las propuestas en la materia, generalmente disten bastante de las líneas de las investigaciones criminológicas contemporáneas que han identificado estrategias de reducción del delito, principalmente en cuanto a prevención y ejecución penal, y que se elaboran basadas en la evidencia de lo que efectivamente funciona.⁶⁶

Nos parece importante mencionar la idea de que estas medidas, que ignoran las recomendaciones de expertos, se tienden a justificar en la opinión pública, cuando en realidad lo más probable es que ello sea más bien aparente. Se han realizado estudios nacionales intentando comprobar si es que efectivamente la introducción de medidas más severas en materia de delincuencia cuenta con apoyo popular. Una de ellas, midiendo a un total de 1.476 personas, obtuvo que un 96% se encontraba de acuerdo con aplicar “mano dura” a los delincuentes. En dicho estudio, los propósitos del castigo que más se mencionaron fueron: “proteger a la comunidad” y “aumentar la seguridad y el orden”. Si se hace una lectura rápida de dichos resultados, en cierta forma legitimarían la introducción de medidas punitivas. Por ello, no extraña que los legisladores, citen a la opinión pública al momento de justificar o de proponer una determinada medida, como lo puede ser una ley. Sin

⁶⁶ Ibidem.

embargo, si hacemos una lectura más profunda respecto a este tipo de estudios, veremos que ellos, a su vez, desconocen buena parte de los descubrimientos de la criminología moderna que buscan entender las actitudes públicas respecto del castigo y la importancia de realizar investigaciones en dicha materia. En ese sentido, se ha demostrado que, si bien, con encuestas que consistan en preguntas generales y abstractas, se puede encontrar un importante apoyo popular a las políticas punitivas; el resultado es distinto cuando las preguntas se hacen en relación a situaciones específicas donde las personas tienen información más detallada, inclusive cuando los consultados son víctimas. Se ha concluido incluso que, en el caso en que se consulta a sujetos que han sido victimizados, las penas sugeridas por ellos, se acercan mucho más a aquellas que efectivamente imponen los jueces. De hecho, hay autores que sostienen que, si los miembros de la población son informados de un determinado delito, su respuesta tiende a ser menos punitiva que la de los jueces en el momento hipotético de dictar sentencia.⁶⁷

Entonces, entendiendo dicho contexto, para aplicar este criterio, debemos centrarnos en el momento de elaboración y discusión de la ley para determinar si se aplicaron consideraciones criminológicas, ya sea mediante el consejo de expertos en la materia o mediante la aplicación de teorías y resultados de investigaciones criminológicas. También al momento de analizar el contenido mismo de la ley, pues veremos si éste coincide con lo que se recomienda en materia criminológica contemporánea. Otro punto importante en el que nos fijaremos, es en las demandas sociales al momento de dictarse la ley y si estas son utilizadas en el discurso. Pues, a pesar de que, como ya mencionamos, estas puedan ser a veces aparentes, efectivamente se utilizan.

3. Justificación de la medida en un aumento de la criminalidad o en casos emblemáticos que dan pie a la dictación de la medida legislativa:

Normalmente, el contexto en que se dicta este tipo de medidas es uno en el cual existe por lo menos, una sensación de aumento en la criminalidad. Ya sea, el que se hayan dado una serie de casos continuos o el que se haya dado un caso

⁶⁷ Ibidem.

particular de mucho revuelo en el contexto nacional, lo que puede llevar a este tipo de respuestas.

“(...) el surgimiento a nivel político de los discursos con retóricas asociados a la "ley y el orden" o un "populismo punitivo" en Chile, se encuentra estrechamente relacionado con un aumento de la criminalidad entre 1998 y 2003, destacando el incremento de las denuncias de los "delitos de mayor connotación". Así, en dicho período comenzaron a emerger los discursos políticos asociados a las exigencias de "mano dura" con un fuerte contenido populista en materia de seguridad ciudadana.”⁶⁸

Son una serie de casos o un caso en particular los que se utilizan como justificación para la dictación de la medida, como respuesta “fuerte” a este tipo de sucesos. Se utilizan y se politizan en el discurso para la dictación de medidas y para agradar al público electoral. Entonces, para utilizar este indicador, debemos fijarnos en el contexto previo a la dictación de la ley, luego en el discurso de los legisladores al momento de elaborarla. De esta forma, si generalmente hay un caso muy conocido y hablado o un tema muy recurrente (por ejemplo, de algún tipo de delito en particular), y si rápidamente luego de ello se dicta una ley, existe una alta probabilidad (si a ello se le suman otros indicadores) de que ésta sea de carácter Populista Penal.

4. Utilización/instrumentalización oportunista de la figura simbólica de la víctima y un interés aparente en sus intereses:

Relacionado con el indicador anterior (cuando se utiliza un caso determinado para la dictación de una ley), otro, que es revelador de una medida Populista Penal, es la utilización de la figura simbólica de la víctima ⁶⁹de manera oportunista. Esto puede tratarse de una víctima determinada en un caso específico o de la víctima en un sentido más general.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ GARLAND, D. 2005. La cultura del control. Barcelona, Gedisa, S.A. pp. 240.

“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.”⁷⁰

No nos referimos a un interés sincero por responder a la protección a la víctima y sus intereses, sino a la apropiación de su narrativa, a la utilización de su figura simbólica como pretexto para dictar este tipo de medidas, mediante un discurso vengativo que busca apelar a esos sentimientos y así justificar respuestas excesivamente punitivas y ganar beneficios electorales en este aparente apoyo a las víctimas. Cuando en realidad, en ningún momento se toma efectiva consideración de lo que las víctimas realmente buscan -tal como vimos en relación con el segundo indicador-. Por eso decimos que es una utilización o instrumentalización de la figura de la víctima, como símbolo.

Entonces en la aplicación de este indicador, debemos claramente fijarnos en el contexto en que se dicta la ley, en los discursos que se utilizan en su discusión, y una pista muy relevante será el nombre de la ley, ya que puede llegar a delatar su posible carácter Populista Penal, si existe alguna utilización del nombre de la víctima (ya lo mencionamos con respecto a las leyes de nombre y apellido).

5. Invocación de sentimientos para conseguir apoyo y legitimidad (miedo, inseguridad, resentimiento, venganza):

Ya hicimos referencia al hecho de que el fenómeno del Populismo Penal apela directamente a los sentimientos de la comunidad. En particular al miedo y la inseguridad (no nos haremos cargo en este trabajo de la diferencia entre ambos conceptos). Los miedos e incertidumbres de la población en relación al fenómeno delictual, son aprovechados por los legisladores populistas para dictar normas

⁷⁰ OLIVA, I.R. 2020. El populismo punitivo: “el gran mal que afecta la agenda legislativa chilena”. DJS: 185-210.

penales, con ello obtienen la aprobación de la población, que les brinda beneficios electorales⁷¹.

El miedo impuesto, junto con una falsa visión de la realidad propiciada por los medios de comunicación (sobre lo que volveremos a tratar dentro de este capítulo), es aprovechado e instrumentalizado por los legisladores populistas para criminalizar en extremo a quienes delinquen, intentando obtener rápidos índices de aprobación mediante el mensaje de que “se está luchando contra la delincuencia desatada que ataca a la sociedad”, siendo esto en realidad más bien aparente. Esto se hace sin ninguna consideración referente a las consecuencias que ello puede traer a nuestro ordenamiento jurídico.⁷²

Respecto al miedo al delito y a la sensación de inseguridad tomaremos en cuenta que:

“Tanto el temor al delito como el sentimiento de inseguridad ciudadana son percepciones, y a la vez sentimientos o emociones subjetivas del ser humano, las cuales no tienen por qué necesariamente corresponderse con índices objetivos de criminalidad, victimización, o parámetros de seguridad.”⁷³

Pero esos no son los únicos sentimientos que se invocan para fundamentar leyes Populistas Penales, se puede incluso apelar a sentimientos de resentimiento y venganza. Garland sugiere que se ha dado en la argumentación referente a la discusión legislativa un intento explícito por expresar sentimientos de ira y resentimiento públicos para tomar medidas en materia penal. Una vuelta a la idea del castigo en un sentido expresivo que transmite el sentimiento del público, y que se traduce en el aumento de las respuestas penales⁷⁴.

⁷¹ RUIZ, C.E.L. y ARAVENAS, R.A. 2022. Populismo punitivo: manifestación política vs. Derecho penal. La cadena perpetua en Colombia. Revista de Derecho: 220-252.

⁷² OLIVA, I.R. 2020. El populismo punitivo: “el gran mal que afecta la agenda legislativa chilena”. DJS: 185-210.

⁷³ CRUCES R., S. M. 2019. Inseguridad y temor al delito: rol de las redes sociales como actual fuente de consumo y masificación de información. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 6-62.

⁷⁴ GARLAND, D. 2005. La cultura del control. Barcelona, Gedisa, S.A.

Entonces, para aplicar este indicador, debemos revisar el discurso que se dio durante la fundamentación y la discusión de los proyectos de ley antes de ser aprobados, para ver si los legisladores apelaron a este tipo de sentimientos con el fin de justificar medidas más duras y extremas en relación al delito.

6. Respuestas precipitadas y dictadas de forma rápida, con soluciones inmediatas, o más bien de tipo “parche”:

Otro indicador, es la inmediatez o rapidez con que se hayan dictado las medidas. Son medidas que se dictan generalmente en contextos de “urgencia”, se dice que “mientras más rápido mejor”, para apaciguar las demandas sociales y con ello ganar beneficios electorales. El pensamiento legislativo que hay detrás de esto es el siguiente:

“(…) 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.”⁷⁵

En general, el proceso legislativo no suele ser rápido y expedito, pensemos, por ejemplo, en el proyecto de ley que establece un nuevo Código Procesal Civil que se encuentra en tramitación desde 2012. No estamos diciendo que esto sea algo bueno o malo ya que, incluso, hay proyectos que debieran ser tramitados con prioridad y urgencia y en cambio tardan un tiempo extremadamente largo en aprobarse, solo nos interesa hacer notar la drástica diferencia que existe en comparación con la duración de la tramitación de leyes populistas que tiende a ser incluso de un par de meses, siendo que los contenidos que trata (materia penal) son bastante complejos y requieren un alto nivel de trabajo. Lo que suele suceder en estos casos es que:

⁷⁵ OLIVA, I.R. 2020. El populismo punitivo: “el gran mal que afecta la agenda legislativa chilena”. DJS: 185-210.

“(…) 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.”⁷⁶

Otra manera en que pueden aprobarse de forma tan expedita es cuando vemos que hay una amplia mayoría de aprobación. Esto no es extraño, pues ya hablamos que en este tipo de contextos, los discursos suelen converger y el debate suele ser “quien es más duro con el delito”⁷⁷. Los legisladores buscan obtener beneficios electorales con estas medidas populistas, por lo que, suelen estar rápidamente de acuerdo en su mayoría.

Entonces, para aplicar este indicador, debemos fijarnos en la duración de la tramitación de estas leyes desde su ingreso a su aprobación; También será interesante ver en si en la práctica de tramitó mediante la figura de las “urgencias” que mencionamos en un capítulo anterior. Otra arista a revisar en este punto es el porcentaje de aprobación que tuvo el proyecto de ley y si se vio expuesto a revisiones por parte de las distintas cámaras.

7. Influencia de los medios de comunicación:

Los medios de comunicación son un elemento de extrema importancia y juegan un rol preponderante en la formación de la opinión pública. Pueden surgir una serie de vicios y malas prácticas que pueden ser utilizados por los distintos medios de comunicación, donde se terminan manipulando los procesos de confección de la información. Por ejemplo, la elección de ciertos testimonios o declaraciones sobre otros en la elaboración de piezas informativas, puede constituir un elemento que podría llegar a sesgar profundamente cualquier noticia, lo que puede conllevar a su

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ MORALES P., A. M. 2012. La política criminal contemporánea: Influencia en Chile del discurso de la ley y el orden. *Política Criminal* 7(13): 94-147.

vez, la conformación de una opinión pública sesgada. Dentro del mismo ejemplo, se ha señalado incluso que, la consideración de determinadas preocupaciones particulares que hacen los medios cuando realizan una selección de opiniones “aleatoriamente” en la calle, en realidad, no se corresponden con las preocupaciones reales de los miembros de esa comunidad.⁷⁸ Esto culmina en que:

“(...) la sociedad acaba conformando su opinión sobre multitud de temas en base a criterios erróneos o inexactos que surgen de la interpretación que hacen los medios. (...) la selección de los emisores y de los mensajes les otorga un poder significativo en la construcción de la realidad social simbólica (...).”⁷⁹

Sumado a las practicas descritas anteriormente, y en relación a cómo se trata particularmente el tema del fenómeno delictual:

“(...) los medios de comunicación informan a la sociedad, en su mayoría acerca de delitos que acaecen en el día a día y con énfasis en aquellos de mayor violencia y gravedad. Diversos estudios internacionales plantean que los medios de comunicación inciden en el temor que sufre la población.”⁸⁰

Entonces, los medios, junto con dar cuenta sobre los acontecimientos delictivos, tienen cierta capacidad para influir en la percepción de la realidad criminal. Una de las estrategias de manipulación social utilizada para ejercer control social masivo es la de apelar al elemento emocional antes que a la reflexión. Esta apelación a lo emocional constituye una estrategia clásica para evitar el análisis racional y crítico de la población. Este uso de elementos que apelan a la emoción, permite plantar ideas, deseos, miedos, impulsos e incluso comportamientos en el inconsciente de las personas.⁸¹

⁷⁸ MARQUEZ, J. 2016. Política y Propaganda. Medios de Comunicación y Opinión Pública. Barcelona, UOC. 270p.

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ CRUCES R., S. M. 2019. Inseguridad y temor al delito: rol de las redes sociales como actual fuente de consumo y masificación de información. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 6-62.

⁸¹ Ibidem.

Es decir, los medios de comunicación, al enfocarse excesivamente en reportar noticias relacionadas con altos índices de criminalidad, pueden implantar en la población sentimientos de miedo e inseguridad, impactando en la opinión pública. Lo cual, puede generar la impresión de que el sistema judicial no está funcionando y que, por ello, los legisladores respondan con un endurecimiento de las penas, estableciendo una supuesta “imagen de firmeza” frente al ojo público.⁸² Los medios, al descalificar las leyes penales y tildarlas de ineficaces, construyen una verdad de miedo e inseguridad que se implanta en la sociedad, lo que culmina en la debilitación de los vínculos sociales y en estas demandas de respuestas más duras a las que hicimos referencia. Lo anterior, además, permite a los medios una instrumentalización del miedo para la construcción de nuevos enemigos, ya que, tienen la capacidad de modificar o impactar en la opinión pública en relación con la figura del “delincuente”, si antes era una persona que debía recibir ayuda y que debía reinsertarse en la sociedad, ahora es alguien desviado y peligroso a quien debemos neutralizar. Esto, como ya hemos mencionado en este trabajo, es un punto de partida para que se puedan promover legislaciones populistas⁸³.

Se han elaborado dos técnicas en que los medios de comunicación podrían utilizar para incidir en la política criminal, los mencionaremos brevemente a fin de utilizarlas como guía en la aplicación de este criterio. Una de ellas es la llamada “*agenda-setting*”. Consiste en que se selecciona un tema que será abordado fuertemente por los medios de comunicación, seleccionando, por ejemplo, determinado tipo de delito y poniéndolo reiteradamente como noticia principal (atención mediática a determinados tipos de delito), para convertirlo en un asunto de interés nacional. Esto, generaría impacto en la población produciendo debate público y demandas sociales que presionan a respuestas estatales⁸⁴. Una segunda técnica es el “*framing*”. Esto es, que los medios al transmitir cierta información, lo hacen de tal forma que existe una intención en influir el cómo sea interpretada por quien la recibe. De esta forma, les permite desarrollar diferentes mitos en relación con la

⁸² RUIZ, C.E.L. y ARAVENAS, R.A. 2022. Populismo punitivo: manifestación política vs. Derecho penal. La cadena perpetua en Colombia. Revista de Derecho: 220-252.

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ Ibidem.

delincuencia y el sistema penal, las cuales impactan luego en el diseño de la legislación.⁸⁵

Entonces, para aplicar este criterio, debemos revisar la información y el tipo de noticias que se dio en el contexto previo y durante la dictación de las leyes, para ver si existió por parte de los medios de comunicación una preponderancia a las sensaciones de miedo e inseguridad, que permitían un correlato de respuesta penal endurecida. Poniendo atención también en las técnicas que expusimos y tratando de determinar si ellas son utilizadas por los medios para generar este tipo de respuestas.

8. Problemas de proporcionalidad de las sanciones, constitucionalidad y vulneración de derechos:

Este indicador consiste en determinar si el contenido de la ley y su aplicación conllevan, ya sea, algún problema de proporcionalidad, de constitucionalidad o de vulneración de derechos.

“En términos prácticos, esto se traduce, por una parte, en una afectación grave de algunos principios limitadores del ius puniendi: la proporcionalidad y la mínima intervención. Por otra parte, la actitud punitiva de los políticos repercute negativamente en los derechos y beneficios del procesado durante su enjuiciamiento o durante la ejecución de su castigo.”⁸⁶

De todas formas, nos parece importante recalcar que los problemas de proporcionalidad son a la vez, vulneración de derechos y que, al mismo tiempo, tanto los de proporcionalidad como los de vulneración de derechos son, a su vez, problemas de constitucionalidad. En el fondo, se trata de:

“(…) 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

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ Ibidem.

migrantes, supresión de todas las garantías penales y procesales, destitución de los jueces y juezas, etc.”⁸⁷

Entonces, tenemos, por un lado, los problemas de proporcionalidad en las penas. La proporcionalidad, permite un límite al Estado en la imposición de las penas, en el sentido de que, bajo el presupuesto de que el derecho penal implica infligir daño a quien cometió un delito, la proporcionalidad permite compatibilizar el ejercicio del *ius puniendi* con la dignidad humana, a fin de evitar castigos excesivos y crueles. Entonces, una medida Populista Penal, podría afectar este principio, implementando un endurecimiento irracional de las penas, con lo que se pierde el foco de su finalidad y de su proporcionalidad.⁸⁸

Por tanto, encontraremos la presencia de este indicador en el caso en que nos encontremos con medidas que consistan en estas penas extremas, cuando exista, por ejemplo, un aumento en la penalidad de un delito sin justificación ni atención a estudios expertos ya sea de criminólogos, sociólogos o juristas que la respalden. También, cuando una conducta ya penalizada por un tipo existente sea convertida en un nuevo tipo penal independiente con un castigo mayor⁸⁹. Todo ello nos dará pie a preguntarnos si podría existir un problema de proporcionalidad entre el delito y la sanción.

Como dijimos, este problema de proporcionalidad puede constituir una vulneración de derechos a los imputados. Pero ella no es la única vulneración de derechos que este tipo de medidas puede producir. Con las medidas Populistas Penales se pueden llegar a desconocer una serie de derechos y garantías procesales que incluso se encuentran consagradas a nivel constitucional, tras un discurso que sugiere que son dichas garantías las responsables de la ineficacia del sistema penal

⁸⁷ OLIVA, I.R. 2020. El populismo punitivo: “el gran mal que afecta la agenda legislativa chilena”. DJS: 185-210.

⁸⁸ RUIZ, C.E.L. y ARAVENAS, R.A. 2022. Populismo punitivo: manifestación política vs. Derecho penal. La cadena perpetua en Colombia. Revista de Derecho: 220-252.

⁸⁹ Ibidem.

de justicia. Sin embargo, lo que se hace mediante esos discursos es desconocer la dignidad humana y abrir la posibilidad a abusos del poder punitivo.⁹⁰

No solo hablamos de vulneración de derechos procesales, sino también medidas de este tipo pueden traer la vulneración de derechos fundamentales dentro del sistema carcelario, al aumentar la utilización de la pena privativa de libertad y limitar las salidas alternativas y beneficios dentro de las cárceles. Este tipo de medidas terminan aumentando la presión sobre el sistema carcelario, contribuyendo o generando un mayor riesgo al hacinamiento en las cárceles, el cual, dificulta la posibilidad de implementación de programas de resocialización, lo que hace que la medida termine siendo contraintuitiva y obteniendo efectos contrarios a los que debería buscar. Es decir, estas reformas no responden a los fines de la pena y culminan en reiteradas violaciones a los derechos humanos de las personas que se encuentran cumpliendo una pena privativa de libertad.⁹¹

Por tanto, para aplicar este indicador tenemos que fijarnos en el contenido de estas leyes y en los efectos que puedan tener o hayan tenido en su aplicación práctica (es decir, un examen *ex post*), para determinar si se produce algún problema de proporcionalidad, de vulneración de derechos o inclusive de constitucionalidad.

9. Dan pie o se fundan en discriminación o marginalización de algún grupo social:

Ya nos hemos referido al hecho de que el Populismo Penal mediante sus discursos presenta al criminal o delincuente como un otro malvado, como un enemigo irreformable al que hay que neutralizar y apartar de la sociedad, ya que debido a su actuar no merece segundas oportunidades y la única solución para enfrentarlos es la “mano dura” y el encarcelamiento.⁹²

⁹⁰ Ibidem.

⁹¹ Ibidem.

⁹² CIGÜELA S., J. 2020. Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 22(12): 1-40.

“(...) populismo punitivo, materializando el discurso del populismo en general, también estigmatiza al delincuente, catalogándolo como un enemigo que merece todo el peso de la ley”⁹³

Esto, entre otras cosas, permite y lleva a implantar y promover discriminaciones y marginalización de distintos grupos sociales que no se limita a su encarcelamiento y, sino que se manifiesta a nivel cultural:

“(...) como también al surgimiento, en paralelo al encarcelamiento, de múltiples formas de justicia paralela que discurren principalmente por las redes sociales y la prensa digital, en las que el boicot, el linchamiento y el hostigamiento de determinadas personas o colectivos (delincuentes, presuntos delincuentes, personas las que se identifica con los anteriores, colectivos criminalizados) se normalizan como formas de lucha contra la injusticia o como reversión de la opresión del colectivo victimizado.”⁹⁴

El discurso Populista Penal, promueve el antagonismo entre diferentes grupos sociales, específicamente entre quienes denomina “el pueblo” y aquellos que califica como enemigos (suelen ser las personas en condición de pobreza, los migrantes, adolescentes que han cometido delitos catalogándolos como “jóvenes delincuentes”, etc.), a quienes se les culpa del malestar social. Lo que hacen para conseguir una cohesión emocional que los apoye es, construir a un antagonista y proponer la exclusión de éste.

No es raro ver o escuchar actualmente en nuestro país, por ejemplo, que los extranjeros en Chile son los culpables del aumento del crimen y que, por tanto, merecen mayor castigo. Sin embargo, este es un claro ejemplo de estigmatización infundada de un grupo social que lleva a la marginalización y discriminación de dicho grupo. Decimos que es infundada, ya que, si se analizan los datos obtenidos por el

⁹³ RUIZ, C.E.L. y ARAVENAS, R.A. 2022. Populismo punitivo: manifestación política vs. Derecho penal. La cadena perpetua en Colombia. Revista de Derecho: 220-252.

⁹⁴ CIGÜELA S., J. 2020. Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 22(12): 1-40.

5° Boletín de la Mesa de Acceso a la Justicia de Migrantes y Extranjeros, veremos que, en realidad, las cifras demuestran lo contrario:

“Por ello resulta interesante verificar que si se suprime del total de las detenciones practicadas a extranjeros aquellas asociadas a delitos contra la salud pública, constatamos que en 2019 la cifra correspondería a 27.260 detenidos, y que al año siguiente no se observa un alza sino que una disminución (a un total de 26.205 personas).”⁹⁵

Entonces, para la aplicación de este criterio debemos ir al contexto previo a la dictación de la ley, ver el discurso que se dio para impulsar su promulgación y el debate que se dio en su tramitación. Ver más allá del debate legislativo, ir a lo que se dijo en redes y en la prensa digital, si existió acaso algún grupo especialmente afectado de manera injustificada por la dictación de la ley o un grupo que se vio especialmente utilizado y estigmatizado como fundamento para la dictación de la ley u otras medidas que acompañaron a la dictación de la ley.

IV. ANÁLISIS DE LEYES DICTADAS EN CHILE DURANTE EL AÑO 2023:

En este capítulo entraremos de lleno en el análisis de las leyes. Este análisis no contendrá meramente su contenido escrito, sino también el contexto de su dictación y algunos de sus efectos inmediatos o que podemos predecir a futuro.

El esquema que seguiremos para el examen será el siguiente: primero, daremos una explicación de la ley en sí misma y de sus efectos (ya sea los que ya se hayan manifestado en la práctica o los que podamos predecir). Luego, hablaremos sobre el contexto en que fue dictada, haciendo mención al respectivo Mensaje o Moción, junto con su discusión en el Congreso. Habiendo hecho todo aquello, intentaremos concluir, en relación con los criterios a los que nos referimos en el capítulo anterior, si la ley puede catalogarse o no como Populista Penal.

⁹⁵ RIOS A., R. 2022. Los mitos en el debate sobre migrantes, extranjeros y delincuencia. [en línea] CIPER. 21 de octubre, 2023 <<https://www.ciperchile.cl/2022/07/27/los-mitos-en-el-debate-sobre-migrantes-extranjeros-y-delincuencia/>> [consulta: 21 octubre 2023].

Pero, antes de entrar en ese proceso, indagemos sobre el contexto político y social en general, previo a la dictación de estas leyes. Ellas se enmarcan, como ya dijimos en un comienzo, en una agenda de seguridad impulsada por el gobierno. ¿Por qué se ha impulsado esto con tanta urgencia y tanto énfasis? ¿Se podría decir que existió algún hecho que gatillara toda esta respuesta legislativo penal a comienzos de este año 2023?

La semana del 15 de marzo de este año, el Gobierno ingresó 78 urgencias a distintos proyectos de ley, donde 16 de ellos estaban vinculados con materias de seguridad y orden público. Tres de los proyectos de leyes que analizamos en este trabajo, que habían sido presentados en diciembre del año 2022, fueron calificados de Suma, lo que quiere decir, que debían ser conocidos y despachados por la respectiva Cámara en el plazo de 15 días⁹⁶. De esta forma, distintos parlamentarios y parlamentarias suspendieron su semana distrital para poder tramitar estos proyectos de ley, los cuales fueron aprobados el día martes 28 de marzo de este año⁹⁷. Por su parte, respecto de la ley N°21.560, mejor conocida como Ley Nain-Retamal, tal como la concebimos ahora (pues como veremos más adelante tiene antecedentes en los años anteriores), el día 27 de marzo la Comisión de Seguridad de la Cámara de Diputadas y Diputados, acordó fusionar los proyectos “Ley Nain 2.0” y la “Ley Retamal”⁹⁸, para luego ser promulgada el día 6 de abril.

No podemos dejar de considerar que días antes de todo este movimiento del aparataje legislativo, el día 26 de marzo, sucedió un hecho que no pasó para nada desapercibido, ni por la sociedad chilena ni mucho menos por los medios de

⁹⁶ MINISTERIO SECRETARIA DE LA PRESIDENCIA. 2023. Esta semana el gobierno puso urgencia a 16 iniciativas de seguridad. [en línea] < <https://www.minsegpres.gob.cl/archivo/noticias/esta-semana-el-gobierno-puso-urgencia-a-16-iniciativas-de-seguridad> > [consulta: 09 de diciembre de 2023].

⁹⁷ MINISTERIO SECRETARIA DE LA PRESIDENCIA. 2023. La Cámara de Diputados aprobó hoy 5 proyectos de ley relativos a seguridad que pasaran a segundo trámite al Senado. [en línea] <<https://www.minsegpres.gob.cl/archivo/noticias/la-camara-de-diputados-aprobo-hoy-5-proyectos-de-ley-relativos-a-seguridad-que-pasaran-a-segundo-tramite-al-senado>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

⁹⁸ ORTIZ, F. 2023. Oposición logra fusionar leyes Nain y Retamal en comisión de la Cámara ante el disgusto del Gobierno. [en línea] biobiochile.cl. 09 de diciembre, 2023. <<https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2023/03/27/oposicion-logra-fusionar-leyes-nain-y-retamal-en-comision-de-la-camara-ante-el-disgusto-del-gobierno.shtml>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

comunicación: el asesinato de la carabinera Rita Olivares. Los hechos se dieron tras acudir a un procedimiento por un asalto en una casa en Quilpué en la región de Valparaíso. Al llegar al lugar, 5 sujetos salieron efectuando múltiples disparos, uno de los cuales impactó en la cabeza de la sargento Olivares, quien a raíz de ello perdió la vida⁹⁹. Este acontecimiento causó mucho revuelo a nivel nacional y tanto los legisladores como los medios de comunicación no tardaron en reaccionar:

*“Con un minuto de silencio en honor a la sargento segunda Rita Olivares Raio. Así empezó, pasadas las 10.00 horas de este martes, la intensa jornada que se vivirá en la Sala de la Cámara de Diputados y Diputadas donde se votarán cinco proyectos de ley -que están en su primer trámite constitucional- relacionados a seguridad pública, para así entregar una señal de apoyo a Carabineros en medio del nuevo hecho que enluta a la institución: el asesinato de otra funcionaria policial.”*¹⁰⁰

Los medios de comunicación cubrieron la noticia de forma bastante similar, con titulares como este: *“21 años de servicio y madre de dos hijos: la vida de Rita Olivares, la carabinera asesinada en Quilpué”*¹⁰¹. La población chilena tampoco se quedó al margen. Por ejemplo, durante funeral de la sargento Olivares, se produjeron manifestaciones en contra del Presidente Gabriel Boric, quien al asistir fue recibido con abucheos de personas que se encontraban expresando su descontento con los hechos¹⁰².

⁹⁹PERIODISTA DIGITAL: COOPERATIVA.CL. 2023. Carabinera fue asesinada tras acudir a operativo por asalto en Quilpué. [en línea] cooperativa.cl. 09 de diciembre, 2023. <<https://cooperativa.cl/noticias/pais/ff-aa-y-de-orden/carabineros/carabinera-fue-asesinada-tras-acudir-a-operativo-por-asalto-en-quilpue/2023-03-26/085445.html>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

¹⁰⁰ VERDEJO, R., QUIÑONES, N. y PALACIOS, C. 2023. Secuestro, porte de armas, extorsión, sicariato y control migratorio: Cámara aprueba cinco proyectos de seguridad. [en línea] La tercera. 09 de diciembre, 2023. <<https://www.latercera.com/nacional/noticia/en-vivo-camara-de-diputados-votara-esta-jornada-cinco-proyectos-de-seguridad-tras-acuerdo-de-gobierno-y-congreso/JQMOJ56EQ5HY7PZIPRE3E6BTKQ/>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

¹⁰¹ZAMARIN, F. 2023. 21 años de servicio y madre de dos hijos: la vida de Rita Olivares, la carabinera asesinada en Quilpué. [en línea] biobiochile.cl. 09 de diciembre, 2023. <<https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2023/03/26/21-anos-de-servicio-y-madre-de-dos-hijos-la-vida-de-rita-olivares-la-carabinera-asesinada-en-quilpue.shtml>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

¹⁰²SEPULVEDA, F. 2023. Presidente Gabriel Boric asiste a funeral de carabinera Rita Olivares: fue recibido entre pifias. [en línea] T13.cl. 09 de diciembre, 2023.

Si hacemos una línea del tiempo de los eventos clave que hemos tratado, tenemos que: el asesinato de Rita Olivares, fue el día 26 de marzo, el día 27 de marzo la Comisión acuerda la fusión de los proyectos relativos a la ley 21.560, el día 28 de marzo se aprueban las otras tres leyes que analizamos en este trabajo, para culminar con la aprobación de la ley Nain-Retamal en el mes de abril.

El caso de la sargento Olivares, se sumó a otros hechos similares y connotados del momento. Pero parece ser éste, el que fue “la gota que colmó el vaso” (en palabras de los mismos legisladores) y que, podríamos considerar como el gatillante de esta respuesta legislativa y de la implementación inmediata de esta agenda de seguridad, que, si bien, se venía gestando desde años anteriores, luego de este hecho tuvo un aceleramiento considerable.

Entendiendo este contexto, es más fácil entrar en el análisis de cada ley, que es lo que haremos a continuación.

IV.1 Ley N°21.555 que “Refuerza las competencias de Gendarmería de Chile y crea un delito general de extorsión”:

Tal como lo dice su nombre, esta ley tiene dos funciones principales. Por un lado, reforzar las competencias de Gendarmería de Chile en el ejercicio de sus funciones, y, por otro, crear un delito general de extorsión. Para ello, modifica los siguientes cuerpos legales: el Código Procesal Penal; la Ley 19.665, que reforma el Código Orgánico de Tribunales; el Código Penal; y la Ley 20.931, 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. Revisemos las modificaciones que más nos interesan para efectos de este análisis:

1) Modificaciones al Código Procesal Penal (en adelante CPP):

El artículo primero de esta Ley N°21.555, reemplaza el inciso final del artículo 79 del CPP por el que allí establece. Recordemos que el artículo 79 hace referencia a

<<https://www.t13.cl/noticia/nacional/valparaiso/presidente-gabriel-boric-asiste-funeral-carabinera-rita-olivares-28-3-2023>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

la función de la policía en el procedimiento penal. Compararemos el inciso anterior con el nuevo inciso. El inciso antiguo establecía lo siguiente:

*“Sin perjuicio de lo previsto en los incisos anteriores, **tratándose de la investigación de hechos cometidos en el interior de establecimientos penales**, el ministerio público también podrá impartir instrucciones a Gendarmería de Chile, que actuará de conformidad con lo dispuesto en este Código.”¹⁰³*

Mientras que el nuevo inciso establece lo siguiente:

*“Sin perjuicio de lo previsto en los incisos anteriores, **tratándose de investigaciones en las que apareciere necesario el carácter auxiliar de Gendarmería de Chile para la realización de diligencias de investigación en el interior de establecimientos penales**, el Ministerio Público también podrá impartirle instrucciones. En estos casos Gendarmería de Chile deberá actuar de conformidad con lo dispuesto en este Código.”¹⁰⁴*

Aquí podemos ver un claro refuerzo a las competencias de Gendarmería de Chile, ya que, si antes podía realizar diligencias al interior de los establecimientos penales cuando el objeto de la investigación fueran hechos cometidos dentro de dichos establecimientos. Ahora, este requisito no es necesario. Puede hacerlo bastando que se considere necesario en una investigación, sin importar que esta sea sobre hechos cometidos dentro o fuera del establecimiento penitenciario.

En este punto, nos quedan dudas respecto a lo siguiente: ¿Cuándo puede determinarse que resulta necesario este carácter auxiliar de Gendarmería de Chile? Antes se podría decir que resultaba necesario, cuando los hechos investigados se hubieren cometido dentro de los mismos establecimientos penitenciarios. Ahora, al haberse eliminado este requisito, pareciera no quedar claro, no se dejó un margen preciso, quedando más bien a discrecionalidad del ministerio público.

2) Modificaciones al Código Penal (en adelante CP):

¹⁰³ CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. Ley N°19.696: Establece Código Procesal Penal, octubre, 2000.

¹⁰⁴ Ibidem.

El artículo tercero de esta ley, agrega un nuevo inciso al artículo 304 bis del CP. El artículo 304 bis del CP se refiere al delito consistente en el ingreso no autorizado de intercomunicadores, teléfonos, partes de ellos, chips telefónicos u otros elementos tecnológicos que permitan comunicarse con el exterior, a un establecimiento penitenciario, sancionándolo en su inciso primero, con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio. El nuevo inciso dice lo siguiente:

*"Si la conducta descrita en el inciso primero fuere cometida por el empleado público para facilitar la perpetración de alguno de los crímenes o simples delitos previstos en el artículo 27 letra a) de la ley N° 19.913, artículos 1, 2, 3 y 4 de la ley N° 20.000, y en los artículos 141, 142, 268 ter, 391, 438, 467 y 468 del presente Código, se aumentará la pena del inciso primero en un grado y además conllevará la inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos."*¹⁰⁵

Es decir, establece una agravante en el caso de que el delito sea cometido por empleado público, ya que se trata de un incremento de un grado de la respuesta penal, pasando de una pena de presidio menor en su grado mínimo a medio a presidio menor en su grado medio a máximo que, además, conllevará la inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos. Vemos como nuevamente se implementa el aumento de la penalidad, es decir, un mayor uso de la pena privativa de libertad, ¿es esto coherente con el discurso? Veremos más adelante.

Otra modificación que se hace al CP es que se reemplaza el artículo 438 por uno nuevo. El antiguo artículo 438 decía lo siguiente:

*"El que para defraudar a otro lo obligare con violencia o intimidación a suscribir, otorgar o entregar un instrumento público o privado que importe una obligación estimable en dinero, será castigado, como culpable de robo, con las penas respectivamente señaladas en este párrafo."*¹⁰⁶

¹⁰⁵ CHILE. Ministerio de Justicia. 1874. Código Penal, 12 de noviembre, 1874.

¹⁰⁶ Ibidem.

El nuevo artículo 438 versa de la siguiente forma:

*“El que **para obtener un provecho patrimonial para sí o para un tercero** constriña a otro con violencia o intimidación a suscribir, otorgar o entregar un instrumento público o privado que importe una obligación estimable en dinero, o a **ejecutar, omitir o tolerar cualquier otra acción que importe una disposición patrimonial en perjuicio suyo o de un tercero**, será castigado con las penas respectivamente señaladas en este párrafo para el culpable de robo.”¹⁰⁷*

De esta forma, se consagra el **delito general de extorsión**, como una disposición patrimonial mediante coacción, en términos amplios, ya que no se limitan sus medios comisivos; y cuyas penas se corresponden con las penas asignadas para el delito de robo¹⁰⁸. La pregunta será luego, si la creación de este delito era realmente necesaria. ¿No se podría platear que acaso estos supuestos quedaban cubiertos bajo delitos ya existentes, como, por ejemplo, el de amenaza y el de coacción? ¿Entregará los objetivos esperados? Sobre esto hablaremos a continuación.

Nos toca ahora examinar el contexto en que se dictó esta ley y los fundamentos que ella tiene. Para esto, revisaremos el Mensaje del Presidente de la República, las discusiones en sala durante la tramitación de la ley y lo que a este respecto se dijo en los medios de comunicación.

Los antecedentes que se toman en consideración para la dictación de esta Ley están claramente detallados en el Mensaje del Presidente de la República. Por un lado, se toma como un hecho de vital importancia el nacimiento y el aumento de la “delincuencia organizada” en nuestro país, particularmente la “delincuencia organizada” dentro de las cárceles:

“Si bien la presencia de estos fenómenos delictuales al interior de las cárceles no es novedad, es en el último tiempo que se ha observado una intensificación y

¹⁰⁷ Ibidem.

¹⁰⁸ DIARIO CONSTITUCIONAL. 2023. Ley N°21.555, que refuerza las competencias de Gendarmería de Chile y crea un delito general de extorsión, fue publicada en el Diario Oficial. [en línea] <<https://www.diarioconstitucional.cl/2023/04/11/ley-no21-555-que-refuerza-las-competencias-de-gendarmeria-de-chile-y-crea-un-delito-general-de-extorsion-fue-publicada-en-el-diario-oficial/>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

complejización de los mismos, afectando fuertemente la propia persecución de los delitos cometidos extramuros, a causa de la organización original dentro de los recintos y particularmente por la continuidad de los vínculos existentes respecto de personas que operaban delictualmente en el medio libre. Tal modus operandi obstaculiza la persecución penal, principalmente de los cabecillas de las bandas criminales, ya que tales organizaciones se valen de personas en un especial grado de vulnerabilidad para llevar a cabo sus propósitos delictivos, las que, generalmente, se encuentran en los niveles jerárquicos más bajos, y, por tanto, fungibles.”¹⁰⁹

Por otro lado, en lo referente al delito de extorsión, se mencionan en dicho Mensaje, dos hechos que causaron mucho revuelo. Se trata de la visita de un juez en dos ocasiones al Centro de Detención Preventiva de Santiago 1 y lo que salió a la luz en base a dichas visitas.

“Recientemente, en el marco un procedimiento de cautela de garantías, ha sido posible constatar que en un recinto penitenciario de la capital existía una banda organizada de personas privadas de libertad dedicada a extorsionar imputados “primerizos”, a quienes amenazaban con atentar contra su vida si es que, sus familias, no les entregaban sumas de dinero diarias. Tales hechos no han sido aislados, ya que, lamentablemente se ha podido constatar que agrupaciones de personas privadas de libertad continuaban ejerciendo extorsión en contra de personas imputadas. Estas formas de extorsión, al interior de los recintos carcelarios nacionales, no tienen precedentes y requieren normas penales precisas para materializar su reproche.”¹¹⁰

Los medios de comunicación no han pasado por alto estos casos, por lo que podemos ver titulares como estos: “Extorsión en Santiago 1: juez descubre mafias que torturan a imputados primerizos y piden dinero a sus familias”¹¹¹ y “Siguen

¹⁰⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2023. Historia de la Ley N°21.555. [en línea] <<https://www.bcn.cl/historiadela/nc/historia-de-la-ley/8145/>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

¹¹⁰ Ibidem.

¹¹¹ AYALA, L. 2022. Extorsión en Santiago 1: juez descubre mafias que torturan a imputados primerizos y piden dinero a sus familias. [en línea]. La Tercera. 09 de diciembre, 2023. <<https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/extorsion-en-santiago-1-juez-descubre-mafias->

extorsiones en Santiago 1: nueva visita de juez motivó inéditas medidas para enfrentar a bandas extranjeras en las cárceles"¹¹².

Llama la atención cómo los medios frecuentemente en sus noticias hacen referencia al número de imputados extranjeros, y a las bandas criminales extranjeras, en relación a estos delitos, como si dicha característica fuera intrínseca de la comisión de estos delitos. Resulta aún más extraña esta insistente mención al número de extranjeros en estos recintos cuando incluso, en la misma noticia, se relata como este mismo tipo de delito es realizado también por chilenos¹¹³.

Continuando con la creación del delito general de extorsión, el Mensaje justificó su necesidad señalando que el derecho chileno no contaba con un delito amplio para enfrentarlo, pues lo que se contenía en el artículo 439 del Código Penal era una figura que limitaba los medios comisivos¹¹⁴.

*"Si bien pueden apreciarse hipótesis de extorsión parciales en otras estructuras delictivas, como en el robo respecto de la entrega o el señalamiento que realiza la víctima o en las amenazas para obtener una suma de dinero, la disposición patrimonial mediante coacción no encuentra una consagración normativa como sucede con la apropiación mediante coacción (robo) o la disposición patrimonial mediante engaño (estafa), siendo así necesario salvar esa deuda histórica del sistema jurídico nacional."*¹¹⁵

Respecto de la modificación al artículo 79 del CPP, en el Mensaje se sostiene que esta se hace necesaria y se fundamenta en el hecho de que, con la legislación antigua, la competencia de Gendarmería de Chile en lo referente a su función investigativa dentro de los recintos penitenciarios se encontraba determinada

[que-torturan-a-imputados-primerizos-y-piden-dinero-a-sus-familias/7WKA27KWIFCP7CZLC2TJK3JJIJM/](#)> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

¹¹² AYALA, L. 2022. Siguen extorsiones en Santiago 1: nueva visita de juez motivó inéditas medidas para enfrentar a bandas extranjeras en las cárceles. [en línea]. La Tercera. 09 de diciembre, 2023. <<https://www.latercera.com/nacional/noticia/siguen-extorsiones-en-santiago-1-nueva-visita-de-juez-motivo-ineditas-medidas-para-enfrentar-a-bandas-extranjeras-en-las-carceles/MSPUHD7X55GRDHIPSJ6M4ATRM4/>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

¹¹³ Ibidem.

¹¹⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2023. Historia de la Ley N°21.555. [en línea] <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/8145/>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

¹¹⁵ Ibidem.

rígidamente respecto del espacio físico donde se hubiere llevado a cabo el delito investigado, en el sentido de que debía haberse llevado a cabo dentro de aquellos recintos. El problema surgiría, según la lógica del Mensaje, respecto de los hechos acaecidos fuera del recinto¹¹⁶, casos como los siguientes:

“(...) muy relevante la determinación del lugar dónde se comete un delito, generando complejidades en casos en que el principio de ejecución no es claro, o donde el resultado acaece en un lugar distinto de donde se comenzó a perpetrar el hecho. A este respecto pueden considerarse, por ejemplo, los casos de estafas o extorsiones cuyo engaño o intimidación se producen vía remota desde la cárcel, pero que tanto la disposición patrimonial como su perjuicio se verifican fuera de sus márgenes.”¹¹⁷

La idea sería entonces, que frente a estas nuevas formas de criminalidad (principalmente el crimen organizado) que son más complejas, debe dictarse normativa para enfrentarlas, una de ellas sería flexibilizar esta competencia de Gendarmería de Chile respecto de la investigación dentro de los recintos penitenciarios. De esta forma podrían investigarse de mejor forma estos delitos.

Por último, nos gustaría referirnos a que, en cuanto al aumento de la pena para el delito cometido por funcionario público, no se habló mucho al respecto.

Con ello, ya revisamos en gran parte el contexto en que se dictó esta ley y sus fundamentos, también el cómo influyeron los medios de comunicación respecto de los delitos que aquí se tratan. Veamos ahora la discusión del proyecto de ley.

En las discusiones de la Sala del Senado y de la Sala de Diputados, los discursos convergieron y se votó de forma unánime a favor del proyecto de ley. Algunas de las ideas y frases más repetidas tienen que ver con los siguientes puntos:

- i. Crisis del sistema carcelario:

¹¹⁶ Ibidem.

¹¹⁷ Ibidem.

Llama mucho la atención que en ambas salas se expresó y pareció haber consenso en que el problema central, y que sería el origen del resto de los problemas, sería el relativo a la situación carcelaria. Se comenta respecto de las deficiencias de los recintos penitenciarios en materia de rehabilitación, aludiendo a la necesidad de que el sistema penal sea distinto para menores y adolescentes, e incluso se hace mención de que el tener más presos en las cárceles o aumentar las penas no significa la disminución de delitos.¹¹⁸ También se hace referencia en más de algún discurso, a que la cárcel, debido a sus malas condiciones, termina culminando en convertirse en un lugar donde nace el delito:

“Además, el hacinamiento en las cárceles es un problema serio por las condiciones infrahumanas en que se encuentra la población carcelaria y porque en el último tiempo hemos visto cómo aparecen organizaciones criminales al interior de tales recintos, intensificando y diversificando la actividad criminal”¹¹⁹

Se señala que el implemento de esta nueva legislación avanzaría en contrarrestar estos efectos:

“Debemos entender que la extorsión, como una nueva forma de delito, afecta fuertemente el funcionamiento de nuestras cárceles. En ellas se produce lo que se llama el contagio criminógeno entre avezados delincuentes (...). Esta iniciativa avanza en esa materia.”¹²⁰

Pero aquí surge la siguiente duda, si esta ley aumenta las penas en determinados delitos y además crea nuevos delitos, ello implicaría un mayor uso de la cárcel, por lo tanto, contribuiría a que se congestionen aún más. Entonces, ¿Por qué si existe un acuerdo respecto a que hay una crisis en el sistema carcelario, y que dentro de las mismas cárceles se da un fenómeno de contagio criminógeno, se propone luego el mayor uso de ella? Resulta aún más curioso cuando los mismos legisladores hacen referencia a este problema:

¹¹⁸ Ibidem.

¹¹⁹ Ibidem.

¹²⁰ Ibidem.

“Hoy, en muchos casos, el ingreso de una persona a la cárcel trae consigo la continuación del delito; la cárcel es donde funciona el delito. No se puede desbaratar bandas pensando que solo metiendo a los delincuentes a la cárcel el problema se va a solucionar.” (...) “Muchas veces la carrera delictual comienza al interior del penal.”¹²¹

La conclusión que extraemos de esto es que, pareciera haber una contradicción en el discurso. No parece convincente, en este caso al menos, el cómo la implementación del aumento de penas o la creación de nuevos delitos ayudaría con el problema de la crisis y congestión del sistema carcelario, a la que los mismos legisladores aluden como principal.

ii. La “Lucha contra el crimen”:

En los discursos se hace una constante referencia a la lucha contra el crimen y en específico, contra el crimen organizado, vemos como, por ejemplo, la Diputada Paula Labra, usa la frase: *“trabajar y legislar sin piedad contra la delincuencia”*¹²². Esta forma de hablar se tiende a repetir en ambas salas.

iii. Promesas de eficiencia y de “única solución”:

Existe una especie de discordancia en los discursos pues, un número importante de legisladores hace referencia a que esta Ley contribuiría y sería un aporte en conseguir los fines propuestos, pero que, no bastaría en sí misma para ello, sino que tiene que ir acompañada de otras medidas para ser realmente eficiente. Mientras que, otros señalan que esta vía sería la “única forma” o la “única solución” a los problemas de la ciudadanía, y que, además, dejan la impresión de que traerá por sí sola, los efectos esperados y de forma eficaz. Así habló el Diputado Fernando Bórquez, quien señaló que:

*“Las extorsiones se han convertido en un verdadero negocio lucrativo al interior de las cárceles, y **la única manera de poner orden en esta materia y brindar seguridad** a los familiares de los reos es que los funcionarios de*

¹²¹ Ibidem.

¹²² Ibidem.

*Gendarmería puedan apoyar la labor del Ministerio Público para investigar esos hechos.”*¹²³

Por su parte, el Diputado Christian Matheson señala lo siguiente:

*“Los chilenos exigen mayor seguridad y **que se traten con urgencia los proyectos de ley que realmente son más eficientes para responder ante una delincuencia, un crimen organizado y un narcotráfico (...)**”*¹²⁴

Es interesante a su vez, el análisis que hace el Senador Chahuán respecto del contenido de la Ley:

*“Nos parecen muy acertadas tanto la norma que permite actuar a Gendarmería como auxiliar del Ministerio Público en caso de que así se disponga por ese organismo, porque **ello se traducirá en la disminución de las conductas delictivas intercarcelarias, como la que crea el delito de extorsión, ya que dicha conducta no estaba normada hasta ahora en nuestra legislación penal y se hace necesario que así se tipifique y sancione.**”*¹²⁵

Efectivamente, la lógica detrás de la norma que permite actuar a Gendarmería como auxiliar del ministerio público responde a la idea de tener una herramienta más eficaz en la investigación y prevención del delito, pues permite agilizar las investigaciones, aun así, nada se habla de la amplia discrecionalidad que se le entrega al Ministerio Público para hacer uso de esta, ahora ampliada, facultad investigativa de Gendarmería. Parecieran no haber límites claros para su uso, lo que deja la puerta a un posible abuso de ella., lo que podría implicar una vulneración a los derechos de las personas que se encuentran privadas de libertad.

Además, si bien se reitera constantemente la necesidad de la creación del delito de extorsión, aun no se explica satisfactoriamente de qué forma contribuiría realmente, considerando otras formas penales ya existentes. No se explica cuál era la verdadera necesidad de la creación de este nuevo tipo penal, más allá de hacer

¹²³ Ibidem.

¹²⁴ Ibidem.

¹²⁵ Ibidem.

referencia a ciertos límites de forma comisiva, pero poca o nada mención se hace a, como ya mencionamos antes, los delitos de coacción o los delitos de amenaza. En términos simples, no nos parece que haya una justificación realmente elaborada para la creación de este nuevo delito y la promesa de su eficacia.

Parece que las soluciones que se plantean, excluyendo la de las facultades investigativas) apuntan en general a un aumento del uso de la cárcel, que como mencionamos previamente, contribuye a la crisis del sistema carcelario y también, en consecuencia, al origen de un contexto ideal para que se puedan producir este tipo de conductas extorsivas; lo que sería un efecto contraproducente respecto a los fines de esta norma.

- Víctimas, miedo e inseguridad:

Otra cosa que suele repetirse en los distintos discursos, son los nombres y las referencias a las víctimas. Uno pensaría que al tratarse de una ley que plantea la creación del delito general de extorsión, las referencias serían a las víctimas de dichos delitos. Pero la realidad es que, si bien se habla sobre ellas en un par de discursos, la mayoría de las referencias a víctimas tienen que ver con el caso de la sargento Olivares. Hacen la relación de que, en base a tales hechos, deben aumentarse las facultades de las policías, lo que resulta nuevamente extraño, ya que aquí nos encontramos con una ley que, si bien lo que hace es efectivamente ampliar las facultades de Gendarmería de Chile, lo hace sólo en su labor investigativa al interior de los recintos penitenciarios, no fuera de ellos y recordemos que el caso de la sargento Olivares sucedió fuera. Esto nos vuelve a confirmar la idea esbozada anteriormente, respecto a que dicho caso fue el gatillante que dio paso a esta respuesta legislativa de forma tan tempestiva.

“Es desolador que para la tramitación de estos proyectos de ley con suma urgencia el gobierno esperara la pérdida de una mártir más de Carabineros, además de tener que lamentar el sentir de impotencia e inseguridad de millones de chilenos.

(...)

*“Señor Presidente, estamos en la semana Rita Olivares; pero hemos tenido que pasar por la semana David Florido, la semana Carlos Retamal, la semana Álex Salazar y la semana Breant Rivas para escuchar hoy al Presidente de la República en diversos medios de comunicación.”*¹²⁶

Estas son solo algunas de las múltiples referencias a este caso, pero dan cuenta bastante bien de lo que estamos analizando. Además, podemos ver como se hace referencia directamente al miedo y la inseguridad.

Teniendo toda esta información en consideración ¿podríamos decir que esta Ley es o tiene algo de Populismo Penal? Analicemos a la luz de nuestros indicadores.

En primer lugar, es posible sostener que hay una evidente omisión del experto, en el sentido de lo que se plantea respecto al uso de la cárcel. Las recomendaciones criminológicas de los últimos tiempos apuntan a una disminución del uso de la pena privativa de libertad.

*“Hoy en día, el precario funcionamiento de las cárceles chilenas está obstaculizando la reinserción social de quienes están ahí reclusos, quienes a su vez representan uno de los grupos sociales de mayor vulnerabilidad. La persistente vulneración de derechos en las cárceles y las condiciones precarias de vida generan así un aumento del riesgo de reincidencia.”*¹²⁷

Por lo demás, en los discursos que ya comentamos se prometía la eficacia de este aumento de penas o creación de delitos con penas privativas de libertad altas para combatir con la delincuencia, sin embargo, no existe real evidencia de que esto vaya a ser así:

*“Para muchos, la **cárcel** sería una manera eficaz para enfrentar la delincuencia. No obstante, no existe evidencia sólida de la efectividad de las cárceles para disminuir los índices de delincuencia en una sociedad.”*¹²⁸

¹²⁶ Ibidem.

¹²⁷ PEREZ, F t SHANHUEZA, G. E. 2018. Cárceles chilenas: ¿espacios para la reinserción social? Revista de Derecho Universidad San Sebastián. Ciencias Sociales y Jurídicas (24): 1-15.

¹²⁸ Ibidem.

De todas formas, la ley parece redimirse, en cierta forma, en la parte que se refiere a la labor investigativa pues puede ayudar con los fines preventivos, pues al facilitar y agilizar la investigación hay una mayor probabilidad para el sujeto que comete el delito, de ser descubierto, por lo que contribuye como desincentivo a iniciar la actividad delictiva. Sin embargo, aún tenemos el problema de la ambigüedad respecto a su regulación.

En segundo lugar, es innegable el claro uso de casos emblemáticos para justificar la propuesta y la utilización simbólica de la víctima. En particular, de la sargento Rita Olivares. En este caso, es bastante claro su invocación simbólica, pues, la propuesta en sí misma, poco tiene que ver con el caso en sí. Lo que se hace es utilizar el asesinato de la sargento, como el hecho que justifica este movimiento del aparataje legislativo. Se busca apelar a la sociedad en base al revuelo que tuvo este caso en particular.

En tercer lugar, hay una directa invocación a los sentimientos de miedo e inseguridad. Se habló reiteradamente del miedo e inseguridad que tienen hoy los chilenos al salir a la calle, el miedo de las familias que sufren estos delitos de extorsión. Todo ello como fundamento de estas medidas, sin embargo, por todo lo que hemos hablado aquí, podemos plantear que en realidad se está apelando a esos sentimientos de miedo e inseguridad para intentar convencer que esta medida será eficaz para disminuirlos.

“(...) estas medidas se enfocan más en entregar soluciones a corto plazo que en torno a la re-socialización, educación y capacitación socio-laboral de quienes están privados de libertad. Es por ello, se constituye como una medida efectiva para reducir la sensación de inseguridad y contar con un mayor resguardo policial, sin un énfasis en lo que ocurre posteriormente con quienes quedan privados de libertad.”¹²⁹

Por último, es posible sostener que se trata de una respuesta precipitada y, por tanto, poco elaborada. Esto por varias razones a las que ya aludimos en este

¹²⁹ Ibidem.

análisis. El hecho de que no se haya fijado un margen o algún límite respecto de la facultad investigativa de Gendarmería al interior de los recintos penitenciarios, quedando esto enteramente a discrecionalidad del ministerio público, en el sentido de que podrá utilizarse cuando éste lo considere necesario. Pasamos de una norma sumamente restringida respecto de dicha facultad, que requería que el hecho investigado se hubiere cometido dentro del establecimiento penitenciario, a una norma sumamente abierta. El objetivo de esta norma es enfrentar los delitos que comienzan a cometerse dentro de las cárceles pero que tienen sus resultados fuera de ellas, pero este cambio de norma puede llegar a ir mucho más allá de esto. Demás está decir que si se hubiere hecho una interpretación más laxa de la norma anterior no se descarta la posibilidad de que se hubiera podido aplicar la facultad investigativa de Gendarmería en estos casos. Esta ley es apresurada también, porque no considera el efecto a largo plazo que tendrá el aumento del uso de la pena privativa de libertad y las consecuencias contrarias que ello puede traer.

Antes de continuar, no podemos dejar de mencionar que, tanto en los discursos como en los medios de comunicación, hay una clara referencia a los inmigrantes, mostrándolos como los culpables de este tipo de delitos (los de extorsión). También, aparece la influencia de los medios en relación a esta visión de los extranjeros como comentamos al comienzo haciendo reiterada mención al número de extranjeros que se encuentran en los recintos penitenciarios, dando la impresión de que su presencia es correlativa a este tipo de delitos, cuando incluso en las mismas noticias vimos como se hacía referencia a un grupo de chilenos que también habían cometido estos hechos. Es importante poner ojo en este punto pues, vemos cómo se va instalando esta idea de la creación del enemigo común, que puede terminar en la marginalización de un grupo social, característica típica del fenómeno Populista Penal.

En conclusión, luego de todo lo dicho, nos parece que esta ley (por lo menos en los aspectos revisados en este trabajo) cae, en general, en la trampa del Populismo Penal. Es una ley en la que se pretende, junto a otras cosas, aumentar la utilización de la cárcel cuando una medida mucho más coherente con los fines que pretende

obtener, como intentar prevenir y evitar los delitos que se cometen dentro de las cárceles, sería, por ejemplo, una ley de ejecución de la pena, o una reforma al sistema penitenciario:

*“(...) el evidente y dramático hacinamiento o sobrepoblación carcelaria, generalizado en los Estados de nuestro entorno cultural, y en todo aquél que **basa su sistema carcelario principalmente en la aplicación de la pena privativa de libertad, con carácter retributivo y como vía principal de sanción penal, es un síntoma de un problema más esencial y profundo que entronca más bien con la corrección, mejora o reforma que debe realizarse del Derecho Penitenciario en el respectivo sistema jurídico penal que lo acoge, con su concepto, su rol y los fines que se le pretendan atribuir.**”¹³⁰*

Si en los mismos discursos se reconoce la crisis del sistema carcelario, el hacinamiento, el problema del contagio criminógeno y la perpetración de delitos dentro de ella, ¿Por qué no se regula en materia de ejecución de la pena? ¿Por qué no hay intentos de regular las sanciones alternativas a la pena privativa de libertad? ¿O, reforzar el implemento de salidas alternativas para infractores primerizos (con fines de reinserción social), para evitar tanto el contagio criminógeno como de protegerlos de las practicas extorsivas descritas anteriormente?

Hemos constatado que, por lo menos a nuestro juicio, esta ley posee al menos 3 de los indicadores que elaboramos anteriormente, por lo que reiteramos que, en los términos analizados, creemos que es una medida más bien Populista Penal. No descartamos que esta ley pueda sorprendernos y redimirse, tal vez acompañándose de otras medidas, para ello, quedará ver si en la práctica, luego de haber entrado en vigencia ha conseguido o no los fines que se propone, de esa forma podremos volver a confirmar o des confirmar esta caracterización.

IV.2 Ley N°21.556 que “Modifica la Ley N°17.798, sobre control de armas, para aumentar la pena del delito de porte de armas en lugares altamente concurridos”:

¹³⁰DURAN, M y PRADO, G. 2020. Recomendaciones y propuestas para una reforma penitenciaria. Apuntes para su sistematización y delimitación. Revista de Derecho (54): 151-181.

Esta ley modifica el artículo 17 B de la Ley N°17.798 sobre control de armas, agregándole un inciso tercero. El artículo 17 se refiere a determinadas materias en relación con las penas establecidas por los delitos tipificados en dicha ley. Con el nuevo inciso establece lo siguiente:

“(..).Si los delitos de porte de armas o artefactos descritos en el inciso primero del artículo 9 y en el artículo 14 se cometieren en lugares altamente concurridos, tales como la vía pública, edificios públicos o de libre acceso al público, establecimientos educacionales públicos o privados, centros de salud públicos o privados, ferias libres, mercados, centros comerciales, eventos deportivos o espectáculos, o dentro de medios de transporte público, instalaciones sanitarias, de almacenamiento o transporte de combustibles, de instalaciones de distribución o generación de energía eléctrica, portuarias, aeropuertos o estaciones ferroviarias, incluyendo las de trenes subterráneos, estaciones de buses y, en general, todo medio de transporte de carga o personas u otros lugares semejantes, se impondrá al responsable la pena señalada al delito con exclusión de su grado mínimo, si ella consta de dos o más grados, o de su mitad inferior, si la pena es de un grado de una divisible.”¹³¹

Entonces, lo que hace este nuevo inciso tercero es, aumentar la pena al delito de porte de armas en lugares altamente concurridos para, de esta forma, establecer una diferencia penológica entre los delitos de: tenencia de armas prohibidas o no autorizadas y su porte en lugares altamente concurridos. Entonces, cuando los delitos de porte de armas y otros elementos prohibidos se realicen en estos lugares, serán castigados con exclusión del grado mínimo, según corresponda, de la pena originalmente prevista para el delito.¹³² Obtendríamos lo siguiente:

¹³¹ CHILE. Ministerio de justicia. 1978. Decreto N°400: Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°17.798, sobre control de armas, abril, 1978.

¹³² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2023. Historia de la Ley N°21.556. [en línea] <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/8144/>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

“Así, la pena del porte de armas de fuego y sus partes, dispositivos y piezas, descritas en el literal b) del artículo 2 de la ley sobre Control de Armas, realizada sin la correspondiente autorización, subiría de presidio menor en su grado máximo, es decir, tres años y un día a cinco años de presidio, a una pena mínima de cuatro años y un día ; mientras la pena por el porte en un lugar altamente concurrido de un arma de fuego adulterada, que hoy tiene asociada una pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, es decir, de tres años y un día a diez años, subiría a presidio mayor en su grado máximo, esto es, de cinco años y un día a diez años. Lo anterior, sin perjuicio de las penas que correspondan por los delitos que se cometan con esas armas.”¹³³

En relación al contexto en que fue dictada, y a sus justificaciones, veamos que dice el Mensaje del Presidente de la República. Comienza planteando que en los últimos años se han hecho cada vez más frecuentes los casos de uso de armas de fuego o de balaceras en lugares altamente concurridos, tales como calles, centros comerciales y ferias libres; lo que ha traído como resultado la muerte o lesiones graves de personas¹³⁴. El caso al que se hace referencia como ejemplo de aquello fue una balacera que se produjo en la Plaza de Maipú donde se realizaba una feria navideña, la cual dejó 2 heridos y 3 muertos¹³⁵. Lo que sucedió fue que dos sujetos que se movilizaban en un vehículo efectuaron al menos 10 disparos a un grupo de personas en la intersección de la calle 5 de abril con avenida Pajaritos¹³⁶. Luego, el Ministerio Público confirmó que uno de los heridos era el objetivo de los disparos, que el hecho se habría tratado de un ajuste de cuentas entre bandas rivales que operan en Maipú.¹³⁷

¹³³ Ibidem.

¹³⁴ Ibidem.

¹³⁵ EDITOR LVDM. 2022. Caso balacera en Plaza de Maipú en 2020: mañana será formalizado el imputado por triple homicidio. [en línea]. <<https://lavozdemaipu.cl/caso-balacera-en-plaza-de-maipu-en-2020/>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

¹³⁶ ROJAS, T. 2020. Balacera en Plaza de Maipú en medio de compras navideñas: 4 heridos y una mujer muerta. [en línea]. biobiochile.cl, 09 de diciembre, 2023. <<https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-metropolitana/2020/12/22/reportan-balacera-en-plaza-de-maipu-en-medio-de-compras-navidenas-habrian-al-menos-3-heridos.shtml>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

¹³⁷ DÍAZ MONTERO, F. 2020. Fiscalía confirma que uno de los heridos era el “objetivo” de quienes dispararon en Plaza de Maipú. [en línea]. biobiochile.cl, 09 de diciembre, 2023.

El Mensaje señala que estos casos dan cuenta de que el porte de armas prohibidas o sin la correspondiente autorización continúa representando un riesgo altamente preocupante, que debe ser enfrentado con mayor rigurosidad. Haciendo mención también del problema que existe respecto de las armas inscritas, pues más de un 84% de las armas incautadas corresponden a armas inscritas; implicando que el problema no recaería solo en que las armas estén debidamente inscritas o no, sino que también, en el porte de ellas por parte de sujetos que no son titulares de dicha inscripción o que las portan sin la debida autorización. Por ello, plantean este proyecto de ley, con el objeto de castigar con mayor severidad a quienes, en lugares que haya gran número de personas, porten armas u otros elementos prohibidos sin la autorización correspondiente, por el serio riesgo que ello implicaría para la vida e integridad física de las personas que se encuentren en dichos lugares.¹³⁸

Señalan que el fundamento recaería en que la Ley N°17.798, sobre Control de Armas, cuyo texto es refundido, coordinado y sistematizado por el Decreto Ley N°400, de 1987, del Ministerio de Defensa Nacional; que tipifica diferentes delitos asociados a la posesión, tenencia y porte de armas y otros elementos prohibidos (entre otros ilícitos), asigna la misma pena a los delitos de posesión y tenencia de armas y otros elementos prohibidos y el de porte. Los delitos de tenencia y la posesión, consisten en estar en posesión o tenencia de un arma dentro de un inmueble privado, mientras que el delito de porte, consiste en la acción de llevar consigo un arma, sin la debida autorización. En este sentido, se quiere corregir el hecho de que parece poco lógico que una conducta que representa un mayor peligro para el bien jurídico protegido, como lo es el porte de armas, sea castigada con la misma pena que la mera tenencia del arma, cuando incluso respecto de dicha conducta se establecen requisitos considerablemente más estrictos. Se pone de

<<https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-metropolitana/2020/12/22/fiscalia-confirma-que-uno-de-los-heridos-era-el-objetivo-de-quienes-dispararon-en-plaza-de-maipu.shtml>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

¹³⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2023. Historia de la Ley N°21.556. [en línea] <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/8144/>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

ejemplo el sistema español, el cual sanciona con mayor intensidad el porte que la tenencia de armas y otros elementos prohibidos. La lógica tras esto es que, cuando el porte de arma prohibida o sin autorización se verifica en un lugar altamente concurrido, el peligro potencial es mayor, dado que, un mayor número de personas se encuentran expuestas al mismo, y que, en consecuencia, se trata de casos donde la sanción debiera ser especialmente severa. Para dicha afirmación, se apoyan en lo establecido por la profesora Myrna Villegas, quien recomienda, respecto de la tipificación de los delitos de porte y tenencia de armas, seguir el modelo español o uno similar, para que, de tal forma, la pena se ajuste a la peligrosidad de la conducta para el bien jurídico protegido según las circunstancias en que se porta el arma. Pues, el porte de armas en la vía pública constituye una conducta *per se* idónea para poner en peligro el bien jurídico de la seguridad colectiva, lo que establecería la necesidad de incorporar esta diferencia de pena al porte de armas, cuando en relación al contexto en que se realiza el delito, represente un mayor potencial de lesividad.¹³⁹

Entendiendo el contenido, contexto y justificaciones de esta Ley, veamos ahora los discursos que motivaron el debate en su discusión.

- i. Se alude a los sentimientos de miedo e inseguridad:

En los discursos hay una constante reiteración y énfasis del miedo y la inseguridad que sienten los chilenos frente al aumento del delito y a ser víctima de aquel. Se describe como un miedo paralizante que no permite el curso normal de sus vidas. Es muy clara la alusión a estos sentimientos. La diputada Marcia Raphael habla con estas palabras:

“(...) duele Chile, duele sentir el miedo de millones de compatriotas, quienes cuando salen muy temprano a trabajar, no tienen claridad de si volverán a sus casas, no tienen certezas de que no serán víctimas de un asalto o de una encerrona,

¹³⁹ Ibidem.

y no tienen certeza de lo más importante: de que no serán víctimas de un homicidio.”¹⁴⁰

La diputada Yovana Ahumada, también sigue la misma línea:

“Acá lo más importante son los chilenos que cada día están perdiendo la seguridad y la tranquilidad con la que vivían. Hay padres de familia que no pueden llegar tranquilos a sus hogares y alumnos que tampoco pueden ir tranquilos al colegio.”¹⁴¹

Los discursos hacen referencia a que, es tarea legislativa hacer frente a estos sentimientos y que el pueblo chileno lo demanda a gritos, así se manifiesta en las palabras de la Diputada María Francisca Bello y el Senador Van Rysselberghe, consecutivamente:

“Cada vez que ocurre un hecho de violencia en el que está involucrado el uso de armas somos testigos del dolor y del temor que genera en la población, ante la amenaza de la vida y de la integridad física de quienes nos rodean. Es labor de los que estamos aquí presentes reducir dicho temor y crear las condiciones para que cada uno de los chilenos y las chilenas pueda disfrutar de una vida digna, pero por supuesto más segura.”¹⁴²

“La sociedad chilena, angustiada por la crisis de seguridad que desde hace años azota a nuestro país, y con mayor fuerza en estos últimos meses, se cansó y este fin de semana levantó la voz y dijo: “¡No más!”; les expresó al Gobierno y a este Congreso: “¡No más!”.”¹⁴³

ii. Se hace referencia a víctimas:

¹⁴⁰ Ibidem.

¹⁴¹ Ibidem.

¹⁴² Ibidem.

¹⁴³ Ibidem.

Nuevamente tenemos una alusión directa a las víctimas, que se repite de discurso en discurso. Continuando con las palabras de la diputada Raphael:

“También duele pensar que para que estemos aquí hoy tuvimos que esperar la muerte de dos carabineros; tuvimos que esperar que una madre de dos niños, como la sargento segundo Rita Olivares, nunca más volviera a ver a su familia.”¹⁴⁴

El Diputado Félix Bugueño, también se manifestó en este sentido:

“(...) hoy estamos reunidos con urgencia para fortalecer la seguridad de nuestra gente. El lamentable deceso de la carabinera sargento Rita Olivares es la gota que rebasó el vaso.”¹⁴⁵

En la misma línea el Diputado Francisco Pulgar:

“Hoy, lamentablemente, tuvo que morir un nuevo carabinero para que estos benditos proyectos de seguridad estén en tabla de manera excepcional.”¹⁴⁶

También, la Diputada Flor Weisse:

“Tuvieron que morir dos carabineros asesinados en estos últimos días: Alex Salazar, de mi distrito, de la comuna de Cañete, y la carabinera Rita Olivares, cuyos restos están siendo sepultados en estos momentos, para llegar a esta instancia (...) ahora la ciudadanía nos exige que lo que decimos en los discursos lo manifestemos en las votaciones; que en ellas se respalde a las víctimas, a los carabineros y a los miembros de nuestras instituciones armadas que hoy son víctimas de la delincuencia”¹⁴⁷

¹⁴⁴ Ibidem.

¹⁴⁵ Ibidem.

¹⁴⁶ Ibidem.

¹⁴⁷ Ibidem.

Todas estas palabras de los diferentes legisladores, parecen volver a confirmarnos la idea que hemos venido planteando respecto a que se trata de medidas sumamente reactivas, se habla de urgencia, de “la gota que colmó el vaso”, etc. Y también de que esta respuesta se hace necesaria porque la ciudadanía así lo exige.

iii. Discursos con mirada punitivista:

Nos encontramos con discursos extremadamente punitivistas. Se habla de la necesidad del aumento de las penas, de que se acaben los privilegios, de la cadena perpetua. Se insta a implementar “mano dura contra la delincuencia”, a no tener compasión. Se señala que eso es lo que hoy demanda Chile. Volvemos al discurso del Diputado Bugeño:

“Hago un llamado a fortalecer las penas. Por ello, apoyo este proyecto, que votaré a favor, pero siento que no es suficiente. El porte de armas en manos de inescrupulosos es uno de los males más peligrosos en nuestra sociedad. Las policías deben hacer su trabajo y los delincuentes homicidas, pagar con cadena perpetua. ¡No más facilidades ni premios por buena conducta! (...) Pido mano dura para el delincuente que es capaz de disparar un arma de fuego contra su víctima; si él no tuvo compasión al apretar el gatillo, no la tengamos tampoco al momento de juzgar su actuar.”¹⁴⁸

Resulta, por lo menos preocupante que, cuando estamos hablando de un delito de porte de armas en lugares concurridos, que mediante esta ley ahora tiene una pena bastante grave, de presidio mayor en su grado máximo (es decir, de 5 años y un día a 10 años), se esté hablando de la cadena perpetua en las discusiones del Congreso. Incluso, estemos o no de acuerdo con la lógica del aumento que se hace con esta ley, de todas formas, nos hace cuestionarnos y preocuparnos por la proporcionalidad de las medidas que se quieran implementar a futuro. Parece incoherente que, como justificación de esta ley, para el aumento de las penas, se

¹⁴⁸ Ibidem.

haga referencia a la proporcionalidad en relación al peligro potencial, para luego hablar derechamente de cadenas perpetuas. Esto pareciera indicar que está la puerta abierta a que se dicten nuevas medidas aún más punitivas.

Se habla bastante también, de la implementación de más medidas a futuro, incluso se cuestionan algunas de las que ya se encuentran en proceso, por ejemplo, el Diputado Luis Sánchez se refiere a los siguiente:

*“Mientras discutimos estas iniciativas, avanza en comisión la elaboración de un nuevo Código Penal que rebaja las penas y aumenta las circunstancias en que ellas se cumplen en libertad. La cadena perpetua casi desaparece. El gobierno le puso urgencia al proyecto sobre nuevo Código Penal. ¿Cómo se entiende eso? ¿Qué creen que me decía la gente cuando estuve en la tenencia de El Belloto, donde se desempeñaba la sargento Rita Olivares? Que están cansados; quieren mano dura, quieren que Carabineros cuente con el poder de fuego que necesita. Necesitamos que Carabineros pueda usar sus armas sin temer futuras querellas. (...) se enfrente a los delincuentes con mayor poder de fuego que el que tienen estos y con la tranquilidad de que todo el país los está apoyando. (...) Ahí tienen un gran acuerdo nacional. Démosles a nuestros carabineros, a los carabineros de todos los chilenos, las herramientas, el apoyo y las armas para poder recuperar la paz y dar la tranquilidad a quienes hoy están muertos de miedo encerrados en sus casas. Eso es lo que Chile demanda.”*¹⁴⁹

Es claro el carácter punitivista de este discurso. Se habla de cadena perpetua, de “mano dura”, se propone abandonar las intenciones de propuestas que apunten a una disminución de la respuesta penal o a medidas alternativas de la pena privativa de libertad. Vemos también el reiterado énfasis en fortalecer las facultades de las policías. Estas cosas van mucho más allá de lo que se está discutiendo en esta ley, y vimos antes que para algunos incluso, esta ley resultaría insuficiente. ¿Serán estos entonces los próximos pasos de la agenda de seguridad? Es un punto que,

¹⁴⁹ Ibidem.

como ya mencionamos, nos alerta bastante.

No podemos tampoco dejar de mencionar el hecho de que se alude a que serían este tipo de medidas, las que se estarían demandando por parte de la población chilena.

iv. Armas de fuego y su regulación, su circulación continúa siendo un problema:

Se habla bastante del tema relativo al control de armas y el problema que existe respecto a su regulación, pues parece haber una creciente facilidad para obtenerlas. En contraste con los discursos punitivistas que acabamos de revisar, otros legisladores aluden a tener cierta conciencia de que el aumento de penas y esta ley en sí misma no es lo único que va a solucionar esto, que, por sí sola no sirve de nada. De esta forma habla la Diputada Sara Concha:

“Este proyecto afecta esa situación en un punto necesario, pero absolutamente insuficiente por sí solo. ¿De dónde salen esas armas? ¿Qué se hará al respecto para que dejen de ingresar este tipo de armas y cualquier otro al país? ¿Cuándo se modernizará el sistema de escáner fronterizo en aeropuertos y puertos marítimos de nuestro país? Es muy importante que los delitos tengan la sanción racional y proporcional que merecen, pero es tan difícil que el delincuente llegue a ser juzgado que son urgentes medidas en toda la cadena del delito.”¹⁵⁰

En la misma línea va lo que dice el Diputado Jorge Rathgeb:

“En todos los discursos que aquí se han pronunciado ya se ha hecho mención al aumento de armas a nivel nacional, en particular de las armas ilegales, y esta iniciativa va en la línea de controlarlo. No obstante, debemos preguntarnos cómo se va a fiscalizar, porque el aumento de penas no produce ningún efecto si las policías no tienen las facultades, los medios, las condiciones y la protección necesaria para realizar la fiscalización, y si los órganos que juzgan tampoco tienen las facultades y

¹⁵⁰ Ibidem.

las condiciones para llevar a cabo su labor. Si no cuentan con aquello, este tipo de iniciativas se transforman al final en letra muerta.”¹⁵¹

Se proponen medidas sobre todo respecto a la fiscalización y se recalca el hecho de que esta ley podría llegar a tener un impacto prácticamente nulo si no se implementan estas medidas complementarias. Ellos no son los únicos, otros legisladores también hacen referencia a esto y a su vez, proponen de forma adicional a esta ley: el desarrollo de la inteligencia policial en el desarme a los criminales, aumentando su capacidad de fiscalización y control, una ley de control de armas, la creación de un catastro de armas adquiridas, robadas y extraviadas; la elaboración de un registro nacional de autos blindados, etc.¹⁵² De todas formas, nos parece importante señalar que en este punto, será importante que estas nuevas propuestas que vayan a implementarse (si es que efectivamente se llegan a implementar), no caigan por su parte, en el fenómeno Populista Penal, ya que de esta forma los esfuerzos serán en vano.

De todas formas, teniendo presente lo anterior, estos legisladores parecen reconocer que hay otro problema de fondo del que es necesario hacerse cargo, que es, como ya mencionamos, el problema del control de armas. Sin embargo, ello nuevamente contrasta con otros que plantean esta ley como una solución que promete mucho. Y aquí la discusión se vuelve aún más interesante pues, este contraste de ideas, también se manifiesta en que, mientras algunos están a favor del acceso de armas a privados que cuenten con autorización para fines de defensa personal, otros, están en contra de ello, y estiman que debería hacerse una ley de control de armas que apunte al desarmamiento general de la población, con la idea de establecer cada vez más restricciones y que idealmente no se tenga acceso a armamento. El Senador Elizalde propone en este sentido:

“(…) voy a votar a favor de este proyecto; pero además quiero reivindicar la

¹⁵¹ Ibidem.

¹⁵² Ibidem.

postura que tenemos algunos respecto a construir un país sin armas. Esto no tiene que ver con quienes practican deportes o la caza, eso es parte de otro debate, sino que se relaciona con que exista la mayor cantidad de dificultades para acceder a las armas. Es más, soy partidario -ya se hizo en el Gobierno de la Presidenta Bachelet- de estudiar un aumento adicional a los requisitos que existen en la legislación actual para el porte de armas”¹⁵³

La Diputada Emilia Schneider, también en apunta en el mismo orden de ideas:

“En esta Sala algunos dicen que siempre hay que subir las penas. Me pregunto: ¿hay algún delito que haya bajado por el solo efecto de aumentar las penas? Ninguno. Dejen de mentirle a la gente; no tienen evidencia, porque lo suyo es para la tele. Hago un llamado a la responsabilidad a quienes hacen de la seguridad su negocio político. Exaltar el miedo de esta forma daña la democracia. (...) A los sectores que se abanderan por los vendedores de armas y por armar a la población, sepan que la evidencia está en su contra. Necesitamos un país con menos armas en las calles y en las casas.”¹⁵⁴

En contra de esto tenemos, por ejemplo, la opinión del Diputado Roberto Arroyo:

“Debemos avanzar en una ley que haga más fácil el porte legal de armas para la legítima defensa de nuestra población.”¹⁵⁵

Este debate de ideas, dificulta enormemente la discusión de una posible ley de control de armas, lo que podría explicar por qué los legisladores han sido tan reticentes en avanzar en dicha materia legislativa. Distinto es, en cambio, con este tipo de leyes como de la que estamos hablando ahora, cuyo propósito es aumentar las penas, pues respecto a ellas parece ser mucho más fácil llegar a acuerdo. Por ello, nos queda la duda de si se dictarán efectivamente o no futuras medidas

¹⁵³ Ibidem.

¹⁵⁴ Ibidem.

¹⁵⁵ Ibidem.

complementarias como se propone en los discursos, para que esta ley no quede, en mismas palabras de los legisladores, “en letra muerta”.

v. Ambigüedad del término “lugares concurridos”:

Como vimos, esta ley aumenta la pena del delito de porte de armas en lugares concurridos, sin embargo, omite definir qué se entiende por lugares altamente concurridos, dando en cambio una serie de ejemplos. Esto no pasó desapercibido por los legisladores quienes debatieron tanto argumentando los beneficios de esto, como los posibles efectos perjudiciales al momento de su aplicación.

Por un lado, se expone una visión negativa de esta falta de definición, señalándose que puede traer efectos no deseados y dificultades al momento de su interpretación. Puede llevar a que se interprete lo que se entiende por “lugar concurrido” de una forma extremadamente laxa, lo que puede significar la aplicación de estas penas más altas en casos no previstos al momento de redactarse la ley. El Diputado Schubert parece percatarse de este problema:

“(...) problema: que alguien esté en un lugar no mencionado en el proyecto y luego sea sancionado de manera más dura porque el tribunal estime que estaba en un “lugar como” un lugar altamente concurrido. Por eso, esta norma debe ser fuertemente monitoreada. Esperamos, por cierto, una aplicación criteriosa de la misma por los tribunales de justicia.”¹⁵⁶

Sin embargo, no todos pensaron de esta forma, sino que hay quienes estimaron como beneficiosa esta carencia de definición, pues de esta forma será el juez quien lo determine en relación al caso concreto¹⁵⁷.

A pesar de este debate, la ley fue aprobada, quedando el concepto de “lugares

¹⁵⁶ Ibidem.

¹⁵⁷ Ibidem.

concurridos” sin definición establecida. Esto nos preocupa pues, como señalamos, puede abrir el camino para una interpretación que supere los límites razonables, con el efecto de poder aplicar sanciones más altas en un mayor número de casos para los que fue prevista.

Pasaremos ahora al análisis mediante nuestros indicadores para determinar si consideramos que esta ley es Populista Penal o no.

En primer lugar, consideramos que contiene el indicador de un discurso excesivamente punitivista. Si bien, el fundamento de la norma apunta a la temática de la proporcionalidad, en lo que tiene relación con las penas asociadas al delito de tenencia de armas versus las penas del delito de porte de armas, y que incluso, se hace referencia a expertos en la materia, como lo es la profesora Myrna Villegas. Esta consideración de proporcionalidad no se encuentra en los discursos que se dieron en el debate dentro del Congreso. Se habló de cadena perpetua en un contexto de un delito de porte de armas. Es decir, de una pena que llega a los 10 años, a una pena de cadena perpetua, esto es algo que no podemos dejar pasar. También, se habla de eliminar cualquier tipo de beneficios, de salidas alternativas, de darle mayor capacidad de fuego a las policías, etc. Es realmente innegable el carácter punitivista de estos discursos, que, como hemos manifestado incansablemente, nos preocupan respecto de lo que está por venir.

Un segundo y tercer indicadores que concurren a nuestro parecer son, la justificación dado el aumento de este tipo de casos, con un caso emblemático, y la utilización simbólica de la víctima. Se habla de las muertes de distintos funcionarios policiales, en particular, nuevamente del caso de la sargento Olivares. Y de que el aumento de este tipo de delitos con armas de fuego nos ha traído a este escenario. Se intenta justificar, en parte, el aumento de la penalidad de estos delitos aludiendo constantemente a estas víctimas, y a que se debe hacer justicia en su nombre. Sin embargo, nos parece que no se está dando una respuesta real a lo que se está pidiendo en el fondo, al problema real. En el caso al que se aludió en el Mensaje,

se señalaba que los disparos se realizaron debido a una rivalidad entre bandas que operaban en el sector, entonces la pregunta es ¿Ayudará esta ley a desarmar estas bandas que operan en tantas comunas de nuestro país? ¿Ayudará esta ley a evitar que una “bala loca” llegue a un civil? Aquí está lo populista de esta ley. No se ve una propuesta real de atender los intereses inmediatos de quienes son víctimas de este tipo de delitos, se asume que, con este aumento en la penalidad, ya se está generando un gran cambio para ellos, cuando en realidad, en el momento práctico, donde puede llegar una de estas balas a una persona y para prevenir aquello, poco importa esta diferencia de penalidad entre porte y tenencia, entre lugar concurrido y no concurrido. Se requiere intervención en las comunas, más protección, más fiscalización para encontrar de dónde salen estas armas, se necesita una Ley de Control de Armas. Pónganoslo así, ¿podría esta ley haber prevenido lo que pasó ese día en la feria navideña? Probablemente no. ¿Podría haberlo prevenido una buena fiscalización e iniciativas de desarme? Hay mayores probabilidades de que tal vez sí. Por eso parece irresponsable, aludir a lo que están pidiendo las víctimas, prometiendo que ésta es la mejor solución para ellas, cuando en realidad no es así. Puede tener lógica el aumento de esta pena, pensando en la argumentación del mayor riesgo que implica el porte y sobre todo en lugares concurridos, pero distinto es apropiarse del discurso de las víctimas para promover aquello.

Por último, nos parece que un cuarto indicador muy relevante, es que, se trata de una respuesta precipitada, que trae finalmente efectos contrarios a los que se propone, pues, sus disposiciones no son tan bien trabajadas en cuanto a su elaboración. El hecho de que no se defina el concepto de “lugar concurrido”, ya vimos los problemas que podría traer, por lo que nos parece que debió haber suscitado mayor debate y haberse realizado una mejor labor legislativa. Por otro lado, nos parece que al haberse dictado de forma tan precipitada no se tomó verdadera seriedad a las consecuencias. Por ejemplo, puede suceder, como señala incluso el Diputado Leonardo Soto, que por el solo hecho de detectar que en uno de esos lugares una persona porte un arma de fuego sin autorización o que se trate de un arma prohibida, la pena será de cárcel, sin que se tenga que probar qué uso

le dio esa persona o si la disparó alguna vez. Se trata de un delito de peligro¹⁵⁸, entonces ¿cómo se va a evitar que esa persona que nunca disparó no lo haga luego en el futuro, después de haber estado en la cárcel y que se haya producido el mencionado contagio criminógeno, incluso pudiendo llegar a formar parte de una banda criminal?

Todas estas cosas que son de suma importancia, nos parece que no son correctamente tratadas y que, dan cuenta de una deficiencia en la técnica legislativa, que se da al haberse aprobado de forma tan precipitada.

En conclusión, al haber determinado que cuenta con todos estos indicadores, nos parece que esta ley, si bien no es enteramente Populista Penal (pues existe cierto razonamiento penológico acompañado de recomendaciones de expertos en la materia), sí lo es en cierta medida, sobre todo en los puntos que desarrollamos anteriormente, y tiene el potencial de serlo aún más si no es acompañada de las medidas que deben ser complementarias a ella, a las que los mismos legisladores hicieron referencia y prometieron (como, por ejemplo, la Ley de Control de Armas, y medidas de fiscalización), pues sino será bastante ineficaz en su propósito. Además, esta ley nos da una alerta hacia el futuro, ya que, en sus discursos pudimos ver que se anuncian medidas cada vez más punitivistas. Es una ley que nos deja mucho que esperar con respecto al futuro y en lo efectiva o no que vaya a ser su implementación.

IV.3 Ley N°21.557 que “Modifica el Código Penal para agravar la pena del delito de secuestro en el caso que indica”:

Esta ley, modifica el Código Penal, agravando la pena del delito de secuestro en el caso en que indica. Modifica el artículo 141 del Código Penal en sus incisos tercero y final, el que ahora versa de la siguiente forma:

“El que sin derecho encerrare o detuviere a otro privándole de su libertad,

¹⁵⁸ Ibidem.

comete el delito de secuestro y será castigado con la pena de presidio o reclusión menor en su grado máximo.

En la misma pena incurrirá el que proporcionare lugar para la ejecución del delito.

Si se ejecutare para obtener un rescate o imponer exigencias o arrancar decisiones, o si el encierro o detención se prolongare por más de 24 horas, será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio.

Si en cualesquiera de los casos anteriores, el encierro o la detención se prolongare por más de quince días o si de ello resultare un daño grave en la persona o intereses del secuestrado, la pena será presidio mayor en su grado medio a máximo.

*El que con motivo u ocasión del secuestro cometiere además homicidio, violación o algunas de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 N° 1, en la persona del ofendido, será castigado con **presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado**.¹⁵⁹*

Es decir, se agrega la circunstancia de que el encierro o detención se prolongare por más de 24 horas, caso en el cual se castigará con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio (esto es: de 5 años y un día a 15 años); de esta forma, al aumentar la pena del delito cuando la privación de libertad dure más de 48 horas, se impondrá la misma pena que se impone al secuestro que se comete para obtener un rescate, imponer exigencias o arrancar decisiones. También, se aumenta la pena mínima, que antes era de presidio mayor en su grado máximo, a la de presidio perpetuo calificado en el caso en que, con motivo del secuestro se cometiere además homicidio, violación u alguna de las lesiones señaladas en dicho artículo.

De acuerdo al Mensaje del Presidente de la República, el objeto de estas modificaciones es:

“(...) por una parte, desincentivar la comisión de secuestros y servir de

¹⁵⁹ CHILE. Ministerio de Justicia. 1874. Código Penal, 12 de noviembre, 1874.

*incentivo a la liberación de las personas secuestradas antes de que la privación de libertad exceda dicha duración, en razón del carácter disuasorio de la pena. Con este fin, se propone un aumento de la pena asociada al delito cuando este exceda de dicha duración, (...)*¹⁶⁰

En lo relativo a los antecedentes que se toman en consideración para la dictación de esta ley, se señala que durante los últimos años ha existido un incremento sustantivo de los delitos de secuestro, que no se limitan a los fines extorsivos ni a los contextos de narcotráfico, por lo que salen de los motivos usuales de comisión. Sería debido a dicho incremento que les parece necesario responder con mayor intensidad a los secuestros no extorsivos, para de esta forma, poder combatir y prevenir de manera efectiva esta forma de criminalidad que va en ascenso¹⁶¹.

Los fundamentos que se elaboran para justificar la propuesta tienen que ver con que existiría una grave deficiencia en el tipo penal del secuestro pues no distingue, en términos penológicos, entre una privación de libertad de baja duración y una de alta duración que no alcance a ser de más de quince días. Lo que sucede hoy, es que, si el encierro o detención se prolonga por más de quince días, la pena será de presidio mayor en su grado medio a máximo, es decir de 10 años y un día a 20 años. Por lo que, se puede producir el caso de que si el encierro o detención dura, por ejemplo, 10 días, será sancionado con la pena para el tipo base, es decir de 3 años y un día a 5 años, lo que es considerablemente menor. Contrario a lo que señala la doctrina tradicional (la cual sostiene que la duración de la privación de libertad no es relevante para determinar la concurrencia de la figura básica de este delito), en el Mensaje se señala que no resulta razonable, desde el punto de vista del bien jurídico protegido, que, solo sobre los 15 días se realice esta diferencia de pena, y que, en realidad, dicha diferenciación debe hacerse para privaciones de libertad inferiores a esos 15 días, que conlleven un considerable nivel de lesividad para el bien jurídico, pues incluso con que dure más de dos días ya sería

¹⁶⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2023. Historia de la Ley N°21.557. [en línea]. <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/8143/>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

¹⁶¹ Ibidem.

mayormente reprochable desde el punto de vista penal, que cuando dura algunas horas.¹⁶²

En lo relativo a las discusiones en sala, toca revisar ahora cuales fueron los puntos centrales del debate y el tono que tomaron los discursos.

i. Aumento del delito de secuestro y miedo a ser secuestrado:

Un primer punto abordado bastante en la discusión, al igual que en los casos anteriores, es el aumento de este tipo de delitos y el miedo que esto genera en la población chilena. Se trata de lo que se conoce como “secuestros express”, haciendo alusión a su corta duración. Estos dichos de la Diputada Sara Concha dan cuenta bastante bien de la tonalidad del discurso:

“En Chile ya nadie puede caminar tranquilo; los estudiantes no puedan asistir a clases sin el terror a ser secuestrados; el trabajador y la trabajadora temen salir temprano de sus hogares, porque, independientemente de la región en la que se encuentren, este es un peligro constante que acecha no solo a quienes son víctimas de estos graves ataques, sino a todas las familias, las que están invalidadas por el terror diario a que les pueda ocurrir algo.”¹⁶³

Asimismo, se señalan distintas cifras referentes al aumento de la comisión de delitos de secuestro en Chile, a modo de señalar que la tramitación de esta ley responde a ello, para evitar que se cometan este tipo de conductas y que se pueda vivir en paz.

ii. Necesidad de instalar penas más duras:

Un segundo tópico muy presente, fue la insistente alusión a la necesidad de implementar penas más severas en estos casos, señalando que las penas actuales

¹⁶² Ibidem.

¹⁶³ Ibidem.

serían demasiado bajas, y que, por ello, le entregarían impunidad a las personas que cometen estos delitos. Señalan, además, que se necesitan penas más altas con fines neutralizadores, en el sentido de que, quienes cometen estas conductas estén el mayor tiempo posible dentro de la cárcel para que no vuelvan a cometer estos delitos. Lo anterior, nos resulta sumamente preocupante y parece un gran retroceso en el discurso, que parece olvidar completamente el ámbito de la reinserción y de la proporcionalidad. No solo eso, sino que incluso, parece incoherente con la narrativa de las leyes que analizábamos anteriormente donde los legisladores admitían el fenómeno del contagio criminógeno que se produce dentro de las cárceles. Veamos algunos de los dichos que más nos llamaron la atención en este sentido:

Tenemos las palabras de la Diputada Marta Bravo:

“(...) nuestro ordenamiento jurídico debe contener penas más duras para los responsables de esta conducta, evitando que vuelvan prontamente a las calles a seguir cometiendo este y otro tipo de delitos.”¹⁶⁴

Asimismo, también tenemos las palabras del Diputado Leonardo Soto:

“Lo que queremos es llenar las cárceles y los tribunales con personas que respondan por estos delitos (...).”¹⁶⁵

Incluso, tenemos las palabras del Diputado Cristián Araya, quien considera insuficiente la pena planteada por esta ley y nuevamente, como en el caso de la ley anterior, aparece en la discusión la referencia a la cadena perpetua:

“Aprobaremos este proyecto, pese a que creemos que aún resulta insuficiente. Pensamos que las penas se debieron haber endurecido aún más, haber

¹⁶⁴ Ibidem.

¹⁶⁵ Ibidem.

*sido ser mucho más severo, y que la cadena perpetua debiese ser el “desde”.*¹⁶⁶

Sin embargo, parece que el problema de fondo aquí, más que un aumento de penas puede ir más asociado con la persecución misma de estos delitos, para lo cual lo que es necesario es más bien, mejorar la labor investigativa. Algunos legisladores hacen referencia a este ámbito, señalando que, en realidad, quienes cometen este delito no están pendientes de estos aumentos de pena, y que, lo que realmente se requiere es una intervención integral, donde se refuerce la capacidad de investigación, de anticipación y de respuesta rápida por parte de las policías y de la fiscalía¹⁶⁷. Cosa que, sin embargo, no vemos en esta ley. De hecho, Policía de Investigaciones de Chile ha hecho referencia a que los resultados positivos en cuanto a los delitos de secuestro se deben en parte, gracias a la capacidad de incorporar nuevas técnicas y herramientas de vanguardia¹⁶⁸. Por lo que, parece curioso que no se haya consultado a esta institución, cuáles son los focos que deben ser reforzados para facilitar el retorno pronto de las víctimas a sus hogares.

iii. Debate respecto de la duración del secuestro:

Al comienzo, este incremento de la pena, iba a realizarse a partir de las 48 horas, pero se consideró demasiado largo, entonces, se acortó a 24 horas. Es decir, para que se produzca el aumento en la pena pasamos de 15 días a 24 horas, un periodo de tiempo bastante más acotado. Sin embargo, esto no estuvo exento de debate, pues no todos estaban de acuerdo con el periodo de tiempo.

Algunos plantearon que haber acortado las 48 horas de la propuesta inicial a 24 horas, podría resultar en consecuencias incoherentes, pues podría, en lugar de desincentivar, incentivar la comisión de estos delitos de forma aún más “express”.

¹⁶⁶ Ibidem.

¹⁶⁷ Ibidem.

¹⁶⁸ PDI. 2023. Secuestros: radiografía al fenómeno delictual. [en línea]. <<https://www.pdichile.cl/centro-de-prensa/detalle-prensa/2023/02/02/secuestros-radiograf%C3%ADa-al-fen%C3%B3meno-delictual>> [consultado: 09 de diciembre de 2023].

Es decir, las conductas delictivas se adaptarán a este nuevo margen de tiempo. De esta forma habla el Senador Insulza:

“(...) creo que con esto de poner 24 horas de alguna forma estimulamos el secuestro exprés, porque, repito, se trata de delitos que no se investigan ni se aclaran tanto, y al mismo tiempo ponemos a la víctima en un riesgo más grave del que se expondría de otra manera.”¹⁶⁹

Entonces, si bien de acuerdo a esta lógica, se retendría a las personas por un tiempo más reducido de tiempo, de todas formas, no asegura que el delito de secuestro vaya a reducirse en cuanto a su comisión. Además, otro argumento que se expone es que nada asegura que la mentalidad de quienes cometen estos delitos sea la de poner en libertad a las personas secuestradas, para que no se les imponga una pena más alta, pues, es probable también que opten por otras vías más violentas para asegurarse de no ser detenidos. Por último, también se menciona que esta reducción de 48 a 24 horas, será perjudicial, para quienes no cuenten con buenas condiciones económicas, pues probablemente necesiten mayor tiempo, en caso de que exista extorsión, para conseguir el dinero que se deba pagar, quedando en una situación de mayor dificultad.

Por el contrario, también nos encontramos con quienes consideraron que bastaría con una hora de secuestro para que se pueda aplicar la pena máxima. En fin, que consideran que debiera haberse tomado en consideración un lapso de tiempo menor que las 24 horas para agravar la pena¹⁷⁰. Sin embargo, como ya hemos comentado, esto supondría un gran problema de proporcionalidad.

Esta discusión no es menor, debido a las consecuencias que pueden darse en uno u otro caso, y nos parece que no se tomó real importancia en el debate sobre este tema.

¹⁶⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2023. Historia de la Ley N°21.557. [en línea]. <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/8143/>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

¹⁷⁰ Ibidem.

iv. Confusión entre con el delito extorsivo:

Como revisamos, se señala que, dentro de las justificaciones de esta ley está el hecho de que ha habido un aumento de delitos de esta índole, consistentes en secuestros denominados “express” por su corta duración, y que no hace sentido que el aumento en la pena comience desde los 15 días. Se dice entonces, que se quiere aumentar la pena cuando el secuestro supere las 24 horas, igualándola a la que se establece en el caso de los secuestros extorsivos, es decir, presidio mayor en su grado mínimo a medio. Sin embargo, parece que los legisladores no han considerado que, en la mayoría de los casos, estos secuestros “express”, son a su vez, secuestros extorsivos. De hecho, los mismos legisladores hacen referencia al ámbito extorsivo de estos delitos en varias ocasiones. Así, la Diputada Danisa Astudillo señala lo siguiente:

“Hemos visto también como se expande el fenómeno del secuestro exprés, en el que se retiene a una persona por algunos días u horas con fines extorsivos. Hasta ahora no había diferencia penal sobre este fenómeno. Por eso saludo y apoyo este proyecto de ley, que viene a acotar a 48 horas el tiempo de privación de libertad, caso en que la pena aumenta, como asimismo se agravan las condenas.”¹⁷¹

De igual forma, el Senador Castro Prieto señala que:

“Este proyecto que estamos viendo, sobre el delito de secuestro, se hace cargo de algo muy doloroso para las familias que sufren el secuestro de un ser querido, pues normalmente dicha perpetración lleva asociada la extorsión, a la petición de dinero.”¹⁷²

Los legisladores parecen confundir los delitos de secuestro extorsivo con lo que

¹⁷¹ Ibidem.

¹⁷² Ibidem.

aquí buscan legislar, y pasan por alto el hecho de que los delitos de secuestro extorsivo, ya cuentan con un aumento de pena. Entonces, la pregunta que surge a este respecto es, ¿era realmente necesaria esta modificación, si la mayoría de estos delitos de secuestro express, son también delitos de secuestro extorsivo, el cual ya cuenta con un aumento de pena?

Una vez que desarrollamos el contenido de esta ley e indagamos en el contexto de su dictación, sus fundamentos y el debate que se dio a propósito de ella. Ahora entraremos a determinar si cuenta con carácter Populista Penal.

En primer lugar, nos parece que concurre el indicador relativo a respuestas y discurso extremadamente punitivista. La ley en sí misma, tiene como única innovación legislativa, el aumento de penas. Pero no es esto solamente lo que la hace una respuesta profundamente punitivista, sino, lo que se pretende con ella en su trasfondo, que vimos en el discurso. Proponer que la normativa debiera incluso, imponer cadenas perpetuas cuando el secuestro supere una hora de tiempo, nos deja perplejos, y da cuenta claramente de esta idea punitivista, tan característica del Populismo Penal, que promueve la “mano dura” con la delincuencia. No sólo eso, sino, además, el hecho de que se mire a la cárcel como un elemento neutralizador, parece llevarnos a ideas que se tenían años atrás respecto del Derecho Penal en relación con la cárcel, ignorando completamente el ámbito de reinserción social. Nuevamente, esto nos alerta a futuras normativas que sigan la misma línea.

En segundo lugar, nos parece que también concurre el indicador de la omisión del experto, en dos puntos importantes. Por un lado, en lo relativo al uso de la cárcel, no nos extenderemos mucho en esto porque ya lo hemos hecho previamente, pero, la idea es que, al reducir cada vez más el lapso de tiempo para que se pueda imponer una pena más alta, con fines de neutralizar más que de rehabilitar, implica un mayor uso de la pena privativa de libertad, que, a su vez, implica contribuir con el sobrecargo de las cárceles. Por tanto, puede aumentar la probabilidad de

contagio criminógeno, sobre todo en relación a las bandas criminales que suelen justamente cometer este tipo de delitos.

Por otro lado, en relación a lo establecido por Policía de Investigaciones de Chile. Lo más importante en este tipo de delitos y que es el objetivo de esta norma, es que las víctimas puedan volver a sus casas lo más prontamente posible, y poder prever estas conductas. Entonces, parece primordial que se hubiere consultado y escuchado a quienes realizan estas labores. Algo comentamos respecto a que la institución de Policía de Investigaciones de Chile se refería a que, mejores técnicas de investigación y tecnología de vanguardia, entre otras cosas, son lo que les ha permitido detener a los perpetradores de estos delitos, incluso permitiéndoles desbaratar a diferentes bandas criminales que utilizan este *modus operandi*¹⁷³. Nada de esto se ve en la tramitación de esta ley.

Finalmente, consideramos que concurre el indicador de tratarse de una medida precipitada, que consideramos como una especie de “solución parche”, pues, como veremos en las conclusiones de este trabajo, en poco o nada ha servido para rebajar o desincentivar la comisión de este tipo de delitos. No ataca el problema principal, sino que se queda en el discurso y en promesas de eficacia. Lo revisamos respecto de la decisión acerca del lapso de tiempo que se eligió, y que no se tomó real peso a las consecuencias que podría implicar este cambio, tampoco hay una verdadera justificación respecto de por qué se seleccionaron las 24 horas. También, en relación al delito de secuestro extorsivo, y a la duda que eso nos trae respecto de la verdadera necesidad de la ley, pues gran parte de estos fenómenos delictivos ya se encontraban bajo esa circunstancia agravante de pena. Son cosas que demuestran un interés por legislar rápido, pero sin verdadero contenido, para calmar a las masas, frente a un escenario de pánico. producido por el aumento de estos delitos y la cobertura que se da sobre ello en los medios de comunicación.

Entonces, considerando todo lo anterior y la cantidad de indicadores que concurren

¹⁷³ PDI. 2023. Secuestros: radiografía al fenómeno delictual. [en línea]. <<https://www.pdichile.cl/centro-de-prensa/detalle-prensa/2023/02/02/secuestros-radiograf%C3%ADa-al-fen%C3%B3meno-delictual>> [consultado: 09 de diciembre de 2023].

en este caso, nos parece que esta ley tampoco escapa de la trampa del Populismo Penal. Es una ley que en los discursos promete mucho, pero que no nos parece que vaya a tener realmente un efecto significativo en relación a este tipo de conductas. Se desvía la atención de los problemas de fondo y es una respuesta más rápida y fácil pero lamentablemente carente de mucha utilidad práctica.

IV.4 Ley N°21.560 que “Modifica textos legales que indica para fortalecer el ejercicio de la función policial y de Gendarmería de Chile” o Ley “Naín-Retamal”:

Esta ley tiene como objetivo el fortalecimiento de las funciones de Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones de Chile y de Gendarmería de Chile. En cuanto a lo que modifica y agrega, alcanza a un número considerable de normativa: la Ley N°18.216, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad; el Decreto Ley N°321, de 1925, que establece la libertad condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad; el Código de Justicia Militar; el Decreto ley N°2.460, de 1979, que dicta la ley orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile; el Decreto ley N°2.859, de 1979, que fija la ley orgánica de Gendarmería de Chile. Código Procesal Penal. Código Penal; la Ley N°18.961, orgánica constitucional de Carabineros; la Ley N°17.798, sobre control de armas; la Ley N°20.931, 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; y la Ley N°18.290, del Tránsito, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N°1, de 2007, de los Ministerios de Transportes y Telecomunicaciones y de Justicia. Nos centraremos en las reformas que más nos interesan para efectos del análisis en este trabajo.

- 1) Modificaciones a la Ley N°18.216, que establece penas que indica como sustantivas a las penas privativas o restrictivas de libertad:

Se hacen modificaciones al artículo primero en su inciso segundo, el cual se refiere a la imposibilidad de decretar alguna una sustitutiva en los casos que señala. Lo que se agrega mediante esta Ley es lo que se encuentra subrayado:

“La ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad podrá sustituirse por el tribunal que las imponga, por alguna de las siguientes penas:

- a) Remisión condicional.*
- b) Reclusión parcial.*
- c) Libertad vigilada.*
- d) Libertad vigilada intensiva.*
- e) Expulsión, en el caso señalado en el artículo 34.*
- f) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.*

No procederá la facultad establecida en el inciso precedente ni la del artículo 33 de esta ley, tratándose de los autores de los delitos consumados previstos en (...). Tampoco procederá respecto de aquellos delitos contra la vida y la integridad física de funcionarios de Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones y Gendarmería de Chile.

Asimismo, tampoco procederá respecto de los funcionarios de las Fuerzas Armadas y servicios de su dependencia en cumplimiento del deber, exclusivamente, en el marco de funciones de resguardo del orden público, tales como las que se ejercen durante estados de excepción constitucional, en protección de la infraestructura crítica, resguardo de fronteras y funciones de policía, cuando correspondan o cuando se desempeñen en el marco de sus funciones fiscalizadores.

(...)”¹⁷⁴

Aquí tenemos dos puntos que nos interesa repasar. Por un lado, lo primero que se

¹⁷⁴ CHILE. Ministerio de Justicia. 1983. Ley N°18.216: Establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, mayo, 1983.

agrega es la circunstancia de que se excluya la posibilidad de decretar sustitución a la pena privativa de libertad si se trata de un delito cometido contra la vida y la integridad física de funcionarios de Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones y Gendarmería de Chile. Lo que nos llama la atención respecto a aquello, es que, no se señala en específico qué delitos se tomarán en cuenta para aplicar esta norma, lo cual nos preocupa bastante pues se trata de una redacción extremadamente amplia que puede ser interpretada de forma tal, que podríamos preguntarnos si un delito como, por ejemplo, el de lesiones leves, quedaría excluido de la posibilidad de sustitución. Miramos esta situación con bastante escepticismo y nos preocupa en términos de proporcionalidad e igualdad ante la ley¹⁷⁵. Por otro lado, tampoco es probable que esta modificación tenga mucha aplicación, en el sentido de que las penas sustitutivas desde antes de esta modificación no procedían para los delitos de mayor gravedad, que cuentan con penas más altas, lo cual se encuentra señalado en el mismo artículo primero de la Ley N°18.216 inciso segundo. Un último punto a este respecto, que también puede significar que esta modificación quede en letra muerta, es que, el Tribunal Constitucional ya ha declarado inaplicabilidad por inconstitucionalidad de normas similares que limitan la aplicación de las penas sustitutivas, argumentando que ello representaría una afectación al principio de proporcionalidad.¹⁷⁶ Por lo tanto, es probable que cuando se intente aplicar esta norma, surjan recursos de esta índole.

Por otro lado, si entendemos que el propósito principal de esta ley es entregar mayor protección y ampliar las facultades de las policías y Gendarmería, parece bastante desafortunada (en el sentido de deficiencia en la técnica legislativa) la redacción de la segunda modificación a este artículo. ¿Por qué decimos esto? Porque si leemos de forma literal, podríamos entender que lo que se plantea, es que, si uno de estos funcionarios de Fuerzas Armadas comete uno de estos delitos en el ejercicio de sus funciones del resguardo del orden público, se verían afectados por esta exclusión

¹⁷⁵ MEDINA G., P. 2023. Análisis político-criminal de la Ley N°21.560, "Ley Nain Retamal". Revista de Ciencias Penales 48(2): 247-282.

¹⁷⁶ VARGAS P., T. 2017. Freno al declive de las penas sustitutivas y otros riesgos asociados a una legislación efectista. Sentencias destacadas (13): 91-102.

de la posibilidad de que se les establezca una pena sustitutiva a la pena privativa de libertad. Entonces, bajo el tenor literal, esta parte no excluiría la aplicación de penas sustitutivas para quienes ataquen a estos funcionarios, sino que se las excluye a estos funcionarios en el caso de que ellos cometan estos delitos¹⁷⁷. Es decir, por un error en la técnica legislativa, una ley que intenta reforzar la posición de estos funcionarios, los deja en una posición más desventajosa que la que tenían antes.

2) Algunas modificaciones al Código de Justicia Militar, al Decreto Ley N°2.460, que dicta la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile y al Decreto Ley N°2.859, de 1979, que fija la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile:

Se trata de modificaciones para aumentar las penas para los delitos que afectan la vida e integridad de los funcionarios policiales (Carabineros, Fuerzas Armadas, Policía de Investigaciones y Gendarmería de Chile). Se realiza una ampliación de ciertas conductas y además se crean tipos penales, en el sentido de calificaciones. Veremos, para efectos del análisis algunas de las modificaciones al Código de Justicia Militar que se refieren a esta materia. En primer lugar, revisemos las modificaciones al artículo 416:

“El que matare a un carabinero en razón de su cargo o con motivo u ocasión del ejercicio de sus funciones será castigado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

La conducta establecida en el inciso anterior será castigada con presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado si concurre alguna de las circunstancias siguientes:

- a. Cometerlo mediante precio, recompensa o promesa, o cualquier otro tipo de beneficio para sí o para un tercero.*

¹⁷⁷ MEDINA G., P. 2023. Análisis político-criminal de la Ley N°21.560, “Ley Naín Retamal”. Revista de Ciencias Penales 48(2): 247-282.

- b. *Ejecutarlo con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen impunidad.*
- c. *Si el imputado actúa con su rostro cubierto con el objeto de ocultar su identidad.”¹⁷⁸*

Es decir, tenemos penas que van desde presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado en su tipo base, y presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado si concurre alguna de las circunstancias establecidas en el artículo. Mientras que, si se tratare de una persona que no sea carabinero (en el caso de esta norma particularmente), las penas irían desde presidio mayor en su grado medio a máximo y de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo, si ejecutare el homicidio con alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 391 del Código Penal. Nos llama la atención la gran diferencia entre unas y otras, pues con esta modificación, ya en el tipo base se establece la pena de presidio perpetuo calificado, mientras que en el tipo base del homicidio en el CP la pena ni siquiera llega al presidio perpetuo. Por lo cual, podrían plantearse problemas de proporcionalidad con esta nueva normativa.

Respecto de otro tipo de conductas que atenten contra la integridad física de estos funcionarios, se modifica también, el artículo 416 bis:

“El que hiriere, golpeare o maltratare de obra a un carabinero en razón de su cargo o con motivo u ocasión del ejercicio de sus funciones, será castigado:

1. *Con la pena de presidio mayor en su grado medio a máximo, si de resultas de las lesiones quedare el ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme.*
2. *Con presidio mayor en su grado mínimo, si las lesiones produjeran al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta*

¹⁷⁸ CHILE. Ministerio de Justicia. 1944. Decreto 2.226: Código de Justicia Militar, diciembre, 1944.

días.

3. *Con presidio menor en su grado medio a máximo, si le causare lesiones menos graves.*
4. *Con presidio menor en su grado mínimo, si le ocasionare lesiones leves.”¹⁷⁹*

Vemos que aquí, igual que en el caso anterior, para ampliar el tipo penal se agrega la circunstancia de que el delito contra estos funcionarios se cometa en razón de su cargo o con motivo u ocasión del ejercicio de sus funciones. Es decir, se busca penalizar de esta forma más agravada ya no solo los delitos que se cometan contra estos funcionarios durante el ejercicio de sus funciones, sino que además cuando se haga con motivo o en razón de ello, incluso aunque no se encuentren en cumplimiento de sus funciones.

Nuevamente, vemos una gran diferencia con las penas establecidas en el Código Penal, pues en dicho caso las penas, por ejemplo, para el número 1° y 2°, son de presidio mayor en su grado mínimo y presidio menor en su grado medio, respectivamente.

La última modificación que veremos a este código es la que se hace al artículo 416:

“Cuando los delitos establecidos en los artículos 395 y 396 del Código Penal se cometieren respecto de un carabinero, en razón de su cargo o con motivo u ocasión de sus funciones, se aplicarán las penas que siguen:

1° Con presidio mayor en su grado máximo, cuando fuere víctima del delito establecido en el artículo 395.

2° Con presidio mayor en su grado medio, cuando fuere víctima del delito establecido en el inciso primero del artículo 396.

Con presidio menor en su grado máximo, cuando lo fuere del delito establecido en el inciso segundo del artículo 396.”¹⁸⁰

¹⁷⁹ Ibidem.

¹⁸⁰ Ibidem.

Aquí también, hay una gran diferencia respecto de lo establecido en el CP. Por ejemplo, de la pena establecida en el artículo 395, pasamos de presidio mayor en sus grados mínimo a medio a presidio mayor en su grado máximo, y respecto del primer inciso del artículo 396, pasamos de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, a presidio mayor en su grado medio. Esto nos podría traer nuevamente problemas de proporcionalidad.

Este tipo de modificaciones se reproducen se forma similar respecto de los funcionarios de Fuerzas Armadas, Policía de Investigaciones y Gendarmería de Chile en los respectivos cuerpos legales.

3) Modificaciones al Código Penal:

Aquí, nos encontramos con la modificación más conocida que trae la Ley 21.560, pues se trata de la elaboración de una **legítima defensa privilegiada**. Se agregan al artículo 10 del Código Penal, que se refiere a quienes están exentos de responsabilidad criminal, los siguientes incisos:

“(…)

Se presumen legalmente que concurren las circunstancias previstas en los números 4°, 5° y 6° de este artículo, respecto de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, Gendarmería de Chile, las Fuerzas Armadas y los servicios bajo su dependencia, cuando éstas realicen funciones de orden público y seguridad pública interior; en dichos casos se entenderá que concurre el uso racional del medio empleado si, en razón de su cargo o con motivo u ocasión del cumplimiento de funciones de resguardo de orden público y seguridad pública interior, repele o impide una agresión que pueda afectar gravemente su integridad física o su vida o las de un tercero, empleando las armas o cualquier otro medio de defensa.

Los numerales 4°, 5° y 6° se aplicarán respecto de los funcionarios de las

Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, Gendarmería de Chile, las Fuerzas Armadas y los servicios bajo su dependencia, cuando éstas realicen funciones de orden público y seguridad pública interior ante agresiones contra las personas. De afectarse exclusivamente bienes, procederá la aplicación del número 10° del presente artículo.

Esta norma se utilizará con preferencia a lo establecido en el artículo 410 del Código de Justicia Militar.

Respecto de lo dispuesto en los párrafos anteriores, los tribunales, según las características y si éstas demuestran que no había necesidad racional de usar el arma de servicio o armamento menos letal en toda la extensión que aparezca, deberán considerar esta circunstancia como atenuante de la responsabilidad y rebajar la pena en uno, dos o tres grados, salvo que concurra dolo."¹⁸¹

El primer inciso que se agrega, es el que establece una legítima defensa privilegiada, mientras que el segundo, habla de una legítima defensa sólo respecto de agresiones contra las personas y que se regirá respecto a los numerales 4°, 5° y 6°. La privilegiada se refiere a agresiones que puedan afectar gravemente a las personas y es en dicho caso, que se presumirá que concurren los requisitos, mientras que para la legítima defensa normal, no se presume que concurren. Pero en realidad, pareciera ser contraproducente, pues más que ampliar, limita la legítima defensa para estos funcionarios, pues solo se establece en cuanto se trate de agresiones contra las personas:

"(...) la disposición no parece mejorar o dejar a los funcionarios en una posición más ventajosa de la que tenían antes de la ley, ya que la legítima defensa privilegiada que se introduce en el inc. 2° del numeral 6 encuentra luego una limitación en el inciso siguiente, ya que allí se establece que la legítima defensa debe restringirse a los atentados contra las personas, a diferencia de la legítima

¹⁸¹ CHILE. Ministerio de Justicia. 1874. Código Penal, 12 de noviembre, 1874.

defensa que está regulada para cualquier ciudadano en el inc. primero del numeral 6º, que incluye una serie de delitos que no son contra las personas.”¹⁸²

Además, cuando se trata de la afectación de bienes, el funcionario no podrá alegar la legítima defensa, sino que deberá actuar conforme al número 10º, eso es, en cumplimiento de deber.

Otro punto a considerar, es lo señalado por la profesora Myrna Villegas, quien señala que las normas relativas al ámbito de legítima defensa de esta Ley, no contribuyen realmente a solucionar el problema, haciendo alusión al asesinato del cabo primero Daniel Palma, quien fue baleado durante un procedimiento de fiscalización en la comuna de Santiago. Dice esto pues, Palma ni siquiera habría alcanzado a reaccionar, entonces, no se trata de una situación en la que se hubiese podido usar el arma de servicio, y por tanto, aplicado un escenario de legítima defensa.¹⁸³ Esto se extiende a muchos casos en la práctica, incluso lo mismo podría decirse del caso de la sargento Olivares, quien probablemente tampoco tuvo el tiempo de poder reaccionar ante la agresión, por lo que pareciera ser que en estos casos, la forma de proteger a estos funcionarios apuntaría más a otros ámbitos, como podría serlo, la mejora del equipamiento, entre otras cosas, idea sobre la cual volveremos más adelante.

Otro aspecto que parece preocuparle a la profesora Villegas es que debido a la técnica legislativa se induce a mucha confusión, lo que podría traer un peligro potencial para la población civil¹⁸⁴. Sobre esto dijo lo siguiente:

“Cuando se responde con este tipo de medidas, lo que ocurre es que se van a generar probablemente enfrentamientos armados en comunas, en poblaciones,

¹⁸² MEDINA G., P. 2023. Análisis político-criminal de la Ley N°21.560, “Ley Nain Retamal”. Revista de Ciencias Penales 48(2): 247-282.

¹⁸³ DIARIO UCHILE. 2023. Myrna Villegas por alcances de Ley Nain-Retamal: “Hay normas que me parece traen un peligro potencial para la población civil”. [en línea]. <<https://radio.uchile.cl/2023/04/06/myrna-villegas-por-alcances-de-ley-nain-retamal-hay-normas-que-me-parece-traen-un-peligro-potencial-para-la-poblacion-civil/>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

¹⁸⁴ Ibidem.

*en lugares donde pudieran llegar a ser alcanzados civiles. Ese es uno de los riesgos y sobre todo cuando estamos frente, por ejemplo, al derecho a manifestarse. Eso es muy complejo, porque la norma que se establece para la legítima defensa **tiene un alcance general**, no es una norma que está establecida específicamente para un tipo de criminalidad, que es el crimen organizado.”¹⁸⁵*

Entonces, la pregunta que se nos presenta a este respecto es si era efectivamente necesaria una norma como ésta, ¿no bastaba con las normas que ya existen? Hay que recordar que el artículo 410 del Código de Justicia Militar, ya contaba con una legítima defensa a carabineros que usen su arma de servicio¹⁸⁶. Sin dejar de lado, además, las consideraciones que ya hemos hecho respecto a que la normativa que deja esta ley en cuanto a la legítima defensa, parece ser más bien contraproducente.

Por último, lo que nos interesaría comentar respecto del inciso final, el cual establece una atenuante para el caso en que se demuestre que no haya habido necesidad racional para el uso del arma. En primer lugar, se señala que la atenuante es aplicable salvo que concurra dolo. Si interpretamos lo anterior como una exigencia de elemento subjetivo de la tipicidad, la atenuante se volvería prácticamente inaplicable, salvo que el funcionario hubiese actuado imprudentemente o en supuesto de error¹⁸⁷, sin embargo, resulta poco posible pensar en la existencia de una “legítima defensa imprudente”.¹⁸⁸

Otro punto es que, de todas formas, esta atenuante tampoco contribuiría siendo un beneficio nuevo para los funcionarios policiales, ya que, en la práctica, la atenuante consagrada en el artículo 73 del Código Penal, podría servir para el mismo efecto.¹⁸⁹

¹⁸⁵ Ibidem.

¹⁸⁶ Ibidem.

¹⁸⁷ TORRES F., A. 2023. Legítima defensa de funcionarios policiales: reflexiones a partir de la ley “Naín-Retamal”. [en línea]. <<https://www.icpenales.cl/entrada/legitima-defensa-de-funcionarios-policiales-reflexiones-a-partir-de-la-ley-nainretamal/>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

¹⁸⁸ MEDINA G., P. 2023. Análisis político-criminal de la Ley N°21.560, “Ley Naín Retamal”. Revista de Ciencias Penales 48(2): 247-282.

¹⁸⁹ TORRES F., A. 2023. Legítima defensa de funcionarios policiales: reflexiones a partir de la ley “Naín-Retamal”. [en línea]. <<https://www.icpenales.cl/entrada/legitima-defensa-de-funcionarios-policiales-reflexiones-a-partir-de-la-ley-nainretamal/>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

Entendiendo estos puntos importantes que viene a regular esta ley, veamos ahora cual fue el contexto en el que se dictó.

En primera instancia, a raíz del asesinato del carabinero Eugenio Naín en octubre de 2020, aparece el primer antecedente de esta normativa, la Ley Naín, en el año 2021. Esta ley, modificaba el Código de Justicia Militar para: aumentar las penas a quienes cometieran atentados contra la vida de Carabineros de Chile, establecía la pena de presidio perpetuo calificado a quienes asesinaran a un oficial, entre otras medidas de la misma línea. También, establecía limitaciones a procedimientos abreviados, a penas sustitutivas, a libertad condicional, y se negaba el derecho a desempeñar cargos públicos. Este proyecto de ley, fue aprobado a legislarse en septiembre de 2021, sin embargo, fue rechazado el mes siguiente al entrar en sala. Aquí vemos el primer intento de legislar en esta materia. Luego, en 2022, a raíz del asesinato del cabo David Florido, se modificó la recién mencionada Ley Naín y se presentó la “Ley Naín 2.0”, la cual quitaba el aumento de años de presidio y no incluía el presidio perpetuo calificado; lo que ahora se intentaba era que quienes atentaran contra la integridad física de funcionarios policiales o Bomberos, no pudieran acceder a las penas sustitutivas. Esta ley fue aprobada en la Cámara de Diputados y Diputadas, aunque, de todas formas, volvió por indicaciones, a la Comisión de Seguridad. Tampoco estuvo exenta de críticas. Siguiendo la línea cronológica, nace en octubre de 2022 la Ley “Sargento Retamal”, en respuesta al asesinato del sargento segundo Carlos Retamal, ese mismo mes. Este proyecto de ley incluía, entre sus objetivos principales, la presunción del uso racional de armas a carabineros y otras ideas similares a la ley que analizamos en este trabajo. Estuvo en discusión desde la presentación de su proyecto hasta marzo del presente año. ¿Dónde aparece entonces la Ley Naín-Retamal como nosotros la conocemos? Justamente en marzo de este año, a raíz de la muerte del carabinero Alex Salazar, quien fue víctima de un atropello, la conversación sobre estas leyes vuelve a ponerse sobre la mesa, y en este punto, los medios de comunicación juegan un rol central. No podemos olvidarnos de las palabras del Director General de

Carabineros, Ricardo Yáñez, a raíz de estos sucesos: “¡Ya basta!”¹⁹⁰. Y el cómo los medios cubrieron la noticia, se da cuenta, por ejemplo, con esta bajada: “*El presidente de la comisión de Seguridad dijo que “citan a Yáñez porque no se atreven a perseguir al que está asesinando a los Carabineros”*”.¹⁹¹ Hasta que, como ya mencionamos anteriormente, aparece finalmente el evento crucial que entendemos como el antecedente directo a la dictación de esta ley: el asesinato de la sargento Rita Olivares. Este hecho ocasionó una ola de críticas y presión mediática, que culminó en que, el día 27 de marzo la Comisión de Seguridad de la Cámara Baja decidiera fusionar ambas leyes, para de esta forma dar suma urgencia ambos proyectos y como parte de un mensaje que indicaba que se daría apoyo a carabineros. Finalmente, esta Ley Naín-Retamal fue, como ya sabemos, aprobada y publicada pocos días después.¹⁹²

Los fundamentos que se mencionaron en la Moción Parlamentaria que sustentan este proyecto de ley, tienen que ver con el aumento en los niveles de violencia en la comisión de delitos, particularmente aquellos que tienen que ver con el orden público y que no cuentan con una respuesta oportuna de parte del Estado. Lo que genera una sensación de impunidad, que parece necesario combatir. Además, se señala el hecho de que el resguardo del orden público por parte de las policías es resistido cada vez con mayor violencia en contra de los funcionarios policiales, incluso se mencionan distintos nombres de funcionarios que han sido víctimas de dicha situación. Plantean que entonces, es necesario que a los funcionarios se les garantice una protección especial por parte del Estado en el ejercicio de sus funciones, para poder proteger su propia integridad física en el cumplimiento de su labor. Y que, en lo relativo a la legislación, es necesario que quienes atenten contra

¹⁹⁰ RADIO JGM. 2023. Los hitos y antecedentes de la Ley “Naín-Retamal”. [en línea] <<https://radiojgm.uchile.cl/los-hitos-y-antecedentes-de-la-ley-nain-retamal/>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

¹⁹¹MELLADO, B. 2023. Oposición crítica la citación al general Yáñez y piden avanzar en materia legislativa tras muerte de carabinero. [en línea] emol.nacional. 09 de diciembre, 2023. <<https://www.emol.com/noticias/Nacional/2023/03/14/1089262/reacciones-parlamentarios-muerte-carabinero.htm>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

¹⁹² RADIO JGM. 2023. Los hitos y antecedentes de la Ley “Naín-Retamal”. [en línea] <<https://radiojgm.uchile.cl/los-hitos-y-antecedentes-de-la-ley-nain-retamal/>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

la integridad física de estos funcionarios, se expongan por ello, a una persecución penal efectiva y severa¹⁹³.

Revisaremos ahora cuáles fueron los puntos más controvertidos del debate en el Congreso. Resulta interesante que, en comparación a las otras leyes, aquí no se aprobó de forma unánime, por tanto, vemos menos unidad en los discursos y más debate de ideas. En general, se hablan de temáticas similares que, en el caso de las leyes anteriores, relacionadas al aumento de delitos y al incremento de penas, sumado a un discurso de “mano dura”. Aquí se agrega, además y, sobre todo, la necesidad de fortalecer el apoyo a las policías. Entonces por lo recién expuesto, revisaremos en más detalle, aquellos temas en que se presentaron mayores críticas al proyecto.

i. El proyecto es contraproducente:

Durante el debate, se cuestionó reiteradamente la efectividad de esta ley, señalándose por varios legisladores que, en realidad, esta resultaría más bien contraproducente. ¿Por qué señalan esto? Revisaremos los distintos argumentos.

Se manifestó la idea de que este proyecto es un “volador de luces”, en el sentido de que resulta inoficioso y contraproducente. Ello, pues si se considera el hecho de que, delitos como el homicidio, las lesiones gravísimas, graves o menos graves a funcionarios policiales ya se consideran excluidos del sistema de penas sustitutivas, el incorporar al catálogo general de exclusión que contempla la Ley N°18.216, los delitos que tipifican atentados contra la integridad física de los policías y gendarmes, no aportaría en cosa alguna. En lugar de ello, generaría efectos contraproducentes, pues frente a delitos de menor entidad, que quedarían bajo la esfera de este proyecto de ley, el optar por el aumento del tiempo de prisión, propiciará el contacto criminal, potenciando así las redes criminales que son las que deben ser

¹⁹³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2023. Historia de la Ley N°21.560. [en línea] <<https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/8142/>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

enfrentadas luego por las policías. Que, en la misma línea, se reitera que el problema más grande del sistema es la reincidencia, y que, por ello, debiera legislarse de forma contraria, esto es, mejorando las alternativas de reinserción social.¹⁹⁴

Contrariamente a lo anterior, tenemos una visión que, tal como en los casos anteriores, vislumbra la cárcel como una herramienta que permite la neutralización de individuos peligrosos, así se da cuenta en las palabras del Diputado Luis Sánchez:

“Pero si las cárceles están para encerrar a la gente peligrosa, a los delincuentes, y para que no sean los chilenos comunes y corrientes, los que no tienen la oportunidad de estar aquí, dentro de este Congreso, quienes deban sufrir las consecuencias de que los delincuentes estén en libertad por las calles.”¹⁹⁵

Otro argumento, es que, el proyecto no tendría efectos reales en la práctica, pues hay grandes probabilidades de que sea recurrida de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, sobre esto ya hablamos anteriormente. Incluso se hace un símil con lo que sucedió a propósito de la Ley Emilia:

“Recordemos lo que ocurrió con la “ley Emilia”, que pretendía suspender la aplicación de las penas sustitutivas de libertad por un año en condenas por manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte. ¿Qué pasó con esa norma? Quedó sin aplicación práctica, porque fue declarada inconstitucional, vía recursos de inaplicabilidad, por el Tribunal Constitucional.”¹⁹⁶

Un último argumento a este respecto, tiene que ver con la situación denominada “gatillo fácil”. Lo que se dice es que este proyecto, en lugar de resolver, solo ahonda más el problema, pues da un mensaje que puede culminar en generar más violencia

¹⁹⁴ Ibidem.

¹⁹⁵ Ibidem.

¹⁹⁶ Ibidem.

y, por tanto, más muertes. La idea queda muy clara en los dichos de la Diputada Maite Orsini:

“¿Por qué el proyecto no protege a las policías? Porque cuando le decimos a las policías que pueden sacar el arma de fuego sin preocuparse, porque no van a ser responsables ni penal ni civilmente por los daños, lo que hacemos es aumentar la violencia en los procedimientos policiales. Y como respuesta, ¿qué creen que van a hacer los delincuentes? También van a aumentar la violencia.”¹⁹⁷

ii. Problemas de proporcionalidad y legalidad:

Otro punto abordado, son los posibles problemas de proporcionalidad y legalidad que podría implicar la aplicación de esta ley. Se dice que atenta contra el principio de proporcionalidad de la pena y contra la garantía constitucional de igualdad ante la ley, pues, más allá de los delitos de mayor gravedad, donde las penas son altas y se impide optar a beneficios, esta ley también se refiere a delitos de menor gravedad, e impide, al igual forma que para los delitos de mayor gravedad, poder optar a las penas sustitutivas a las que cualquier persona puede optar, tratando entonces a estos casos de manera bastante más grave que otros que son de igual o incluso mayor lesividad. Se dice que, en lugar de una disposición tan general, debiera como mínimo, establecerse un catálogo que especifique qué atentados contra los funcionarios policiales serán los que impidan acceder a las penas sustitutivas.¹⁹⁸

También, se dice que se podría producir una doble penalización, pues quien comete uno de estos delitos contra un funcionario de las policías, ya tiene una sanción agravada en nuestra legislación, por tanto, imponer además la imposibilidad de establecer una pena sustitutiva de la Ley N°18.216, sería agravar dos veces la

¹⁹⁷ Ibidem.

¹⁹⁸ Ibidem.

sanción.¹⁹⁹

iii. Víctimas:

En este punto resulta sumamente interesante el análisis que se puede hacer. Por un lado, la mayoría de los legisladores hacen referencia que esta ley es una respuesta a las demandas de las víctimas y sus familias, que con ella se hará justicia, que es una ley en nombre de las víctimas, de funcionarios policiales que han dado la vida cumpliendo su labor. Vemos, por ejemplo, como se hace referencia a los familiares de las víctimas, haciéndose un llamado a sentir lo que ellos sienten. Incluso podemos ver como se hace alusión a que esta ley se presenta como un acto reparatorio para estas víctimas:

“Apoyaremos este proyecto de ley, al que se ha dado en llamar “ley Nain”, como un mínimo acto, aunque insuficiente para llegar a ser reparatorio, pero que, de alguna manera, busca que el sacrificio del cabo Eugenio Nain no pase al olvido ni haya sido en vano.”²⁰⁰

Nuevamente, se hace alusión a la muerte de la sargento Olivares, señalando, en la misma idea que en las leyes anteriores, que a raíz de dicho caso el congreso “se puso las pilas” para legislar en estas materias.

Respecto a las víctimas, se señala también que este proyecto debe aprobarse pues, se las ha escuchado, y que sería esto lo que ellas demandan:

“Sin duda que por todo lo que hemos escuchado, por lo que hemos visto y por lo que estamos viviendo hoy en día como sociedad. Hemos escuchado a las víctimas, a los parientes de los carabineros muertos, asesinados producto de la delincuencia. Por eso hay que aprobarlo.”²⁰¹

¹⁹⁹ Ibidem.

²⁰⁰ Ibidem.

²⁰¹ Ibidem.

Sin embargo, hay quienes argumentan lo contrario. Hacen un llamado a que, ni las víctimas ni los funcionarios, se dejen en engañar por los discursos anteriores, pues esta ley no protegerá de la forma que prometen y tampoco responde a las demandas.

“Aquí lo que nos deja insatisfechos es que este tipo de modificaciones no apuntan a la protección en sí misma de carabineros, si les llega una bala saldrán heridos de todas formas, nuevas penas y la calificación de delitos cuando se cometan contra estas personas poco ayuda a prevenir que se cometan estos delitos contra ellos y poco ayuda a protegerlos en la instancia práctica, es decir, en terreno, en el cumplimiento de sus labores.”²⁰²

Se señala que lo que en realidad apuntaría a satisfacer las demandas y necesidades, tiene que ver con asignar mayor cantidad de recursos para que las policías puedan desempeñar sus funciones de la forma correcta, y que, de esta forma, no se repita lo que sucedió con el cabo Naín, quien fue enviado sin los implementos correspondientes para resguardar su vida y seguridad²⁰³. Incluso, el Diputado Marcos Ilabaca señala que, al hablar con un familiar de una víctima, sus demandas apuntarían justamente a aquello:

“Escuchaba a la viuda de un carabinero que decía que se necesita entregar mayores herramientas para mejorar los procedimientos operativos de nuestras fuerzas policiales.”²⁰⁴

Se habla entonces, de medidas como: mejores remuneraciones, sobre el perfeccionamiento de la instrucción a las policías, de aumentar el periodo de instrucción, de promover y atraer a profesionales para que colaboren en las filas de las policías. Que, si bien es cierto que se debe perfeccionar el marco jurídico en

²⁰² Ibidem.

²⁰³ Ibidem.

²⁰⁴ Ibidem.

relación al uso de la fuerza, lo que se contiene en este proyecto, solo abre las puertas al abuso y expone a las policías a más violencia²⁰⁵.

No solo esto, sino que incluso, y en idea rotundamente contraria a lo expuesto al comienzo, se denuncia que en realidad no se escuchó a los afectados, que no se escuchó, por ejemplo, a carabineros. En la discusión se hace referencia a que el General Director de Carabineros no fue invitado a la sesión por parte de ninguna bancada²⁰⁶. Lo cual resulta curioso, ya que, si se alude tan fehacientemente a las víctimas y al apoyo que se quiere brindar a las policías, entonces ¿Por qué no se las invita o se las hace parte de esta discusión que les afecta de forma tan directa?

Lo último que nos gustaría mencionar en este punto, es el hecho de que, tanto en el debate como en los fundamentos de la ley se hace bastante hincapié a la idea de que hoy, las policías no actúan, por miedo a ser perseguidos luego penalmente por el uso de sus armas de servicio al defenderse de agresiones (incluso las autoridades acusaron una persecución penal desmedida hacia los policías en estos casos²⁰⁷), y que, ese sería uno de los principales problemas que se busca resolver mediante esta ley, dándoles más facultades y protecciones como la de la legítima defensa privilegiada. Sin embargo, si vemos las cifras reales, ¿se podría decir que esto es tal como se pinta en los discursos? A este respecto, se hizo un análisis de casos anteriores a la Ley Naín-Retamal y los resultados concluyeron que los fiscales no pedían detener o suspender a carabineros por el uso de sus armas. El análisis del proceso judicial de distintos casos donde funcionarios policiales dispararon en estos contextos, demuestra que, bajo la normativa previa a esta ley, los jueces y fiscales incluso **respaldaban la función policial y que los policías no eran detenidos ni condenados por usar sus armas contra criminales**²⁰⁸. A mayor abundamiento,

²⁰⁵ Ibidem.

²⁰⁶ Ibidem.

²⁰⁷ ALCARADO J., C. y VALENZUELA, V. 2023. Análisis de casos anteriores a la Ley Naín-Retamal indica que fiscales no pedían detener o suspender a Carabineros por usar sus armas. [en línea]. CIPER. 09 de diciembre, 2023. <<https://www.ciperchile.cl/2023/08/22/analisis-de-casos-antecedentes-a-la-ley-nain-retamal-indica-que-fiscales-no-pediran-detener-o-suspender-a-carabineros-por-usar-sus-armas/>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

²⁰⁸ Ibidem.

los resultados de este análisis revelaron lo siguiente:

“El análisis de los procesos y las entrevistas realizadas para este reportaje permitieron establecer que, en la mayoría de los casos donde Carabineros provocó la muerte de un delincuente en el contexto de un procedimiento policial, los fiscales desistieron de formalizar. Bajo la figura de libertad apercibida, el fiscal reunía los antecedentes sin que el funcionario pasara a un control de detención y, normalmente, concluía que la acción se ajustaba a derecho y, por lo tanto, no existía delito que perseguir. Esto, bajo la normativa legal preexistente a la Ley Naín-Retamal: la Ley Orgánica Constitucional de Carabineros y su reglamento de uso de la fuerza, que permiten utilizar armas de fuego en circunstancias específicas, bajo el principio de necesidad y proporcionalidad.”²⁰⁹

Entonces, surge la pregunta ¿eran realmente necesarias todas las disposiciones de esta ley? Pareciera que no, y que, tal vez, en realidad el foco debió haber estado puesto en inversión y capacitación a estas instituciones²¹⁰.

Habiendo revisado todo lo que nos propusimos respecto a esta ley, entremos de lleno ahora en la revisión de nuestros indicadores. Desde ya, diremos que nos parece que esta ley cae, sin lugar a dudas, en el fenómeno del Populismo Penal y que cuenta con serios problemas de técnica legislativa.

En primer lugar, nos parece que concurre el indicador relativo al uso de la figura simbólica de la víctima. Es innegable no referirnos al hecho de que se trata de una ley de nombre y apellido. Eugenio Naín y Carlos Retamal, quienes fueron víctimas y murieron en el cumplimiento de su labor policial, le dan nombre a esta ley. Sin embargo, hay una clara apropiación del discurso, aludiendo a las demandas de las víctimas y a buscar justicia en su nombre, cuando vemos que, en realidad, aquellas que se establecen como sus demandas, son, sin embargo, aparentes. ¿Por qué?

²⁰⁹ Ibidem.

²¹⁰ Ibidem.

Porque esta ley les sirve de poco o nada en cuanto a la protección de su integridad física en el ejercicio de sus funciones, pues un aumento de penas, o una legítima defensa de nada van a servir al momento de un ataque en que no hay tiempo para reaccionar, y los implementos de protección son de mala calidad. Se hizo referencia en el discurso a que familiares de las víctimas pedían justamente eso, mejoras en las herramientas para los operativos. Por otro lado, vemos que ni siquiera se toman las consideraciones necesarias para escuchar a los protagonistas de esta ley, no se invita ni a Carabineros de Chile, ni a Policía de Investigaciones, ni a ningún otro representante directo de estas instituciones a formar parte del debate, lo que parece curioso siendo que se aluda tan efusivamente a sus demandas y que se promete que, mediante esta ley, aquellas quedarían satisfechas.

Esto también lo vimos a propósito de la aparente persecución penal que se acusaba que existía respecto de estos funcionarios, cuando hacían uso de su arma de servicio, y que, como vimos, en realidad parecía no ser tal. Entonces, vemos que se evaden los problemas reales y principales de las víctimas, y se apropia de su discurso y de su narrativa para dictar este tipo de leyes que aumentan las penas y finalmente pueden generar contextos de mayor violencia para los mismos funcionarios a los que se pretende proteger. Esta constante alusión a las víctimas se utiliza para generar emociones y obtener el apoyo del público (quien sí está en favor de proteger a las víctimas), de esta forma, pueden justificar un proyecto de forma rápida, permitiéndose así, evadir las justificaciones técnicas de cuál sería realmente su utilidad.

En segundo lugar, consideramos que concurre el indicador de la omisión del experto. Esto se denuncia también en el mismo debate, pues si bien se consultó a expertos, no se tomaron en consideración sus recomendaciones. De esta forma el Senador Insulza da cuenta de lo siguiente:

“Nos dijeron, por ejemplo, que era exagerada e innecesaria la forma en que se estaban aumentando las penas. La pena actual va entre los quince años y un día, como mínimo, a presidio perpetuo calificado, y la idea de subir la base a presidio

perpetuo ciertamente va a significar que se pidan más elementos probatorios para condenar a una persona. Las leyes que aumentan las penas no tienen mucha utilidad. Todo el mundo dice que los aumentos de pena no tienen utilidad. Todo el mundo dice que la certeza del castigo es más importante que el tamaño de la pena. Pero aquí se ha legislado un proyecto con puros incrementos de penas. Esa es la verdad. Entonces, no me vengan con el cuento de "los expertos". A los expertos sí los escucharon, pero nadie les hizo el menor caso, ¡el menor caso!"²¹¹

Tampoco se escuchó a los académicos. Es por eso que, si uno revisa las críticas y artículos realizados en análisis a esta ley, la mayoría, si no son todos, los académicos y expertos en la materia tienen, por lo menos, una o más críticas. Incluso, un grupo de 83 penalistas y criminólogos, dos días después de la promulgación de esta Ley Naín-Retamal, redactaron una carta manifestando su preocupación por esta nueva legislación²¹².

En tercer lugar, resulta clarísimo que concurre el indicador de que se trata de una medida precipitada y dictada de forma sumamente rápida. Para la cantidad de materias que regula esta ley, se dictó extremadamente rápido. Pensemos que se votaron 122 propuestas en una jornada, y se demoró sólo 4 días en tramitar. Sobre todo, si pensamos en lo que se demoraron en tramitar los antecedentes de esta ley (La Ley "Nain 2.0" y la Ley "Sargento Retamal"), podemos ver la diferencia de tiempos. Esto se explica por la fuerte presión del momento, acrecentada por los medios, y como antecedente principal, como hemos mencionado reiteradas veces, el asesinato de la sargento Olivares. Esto tampoco pasó desapercibido por algunos legisladores, quienes expresaron su descontento al intentar apurar demasiado la discusión, considerando que faltó nivel de madurez en algunas de las materias

²¹¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2023. Historia de la Ley N°21.560. [en línea] <<https://www.bcn.cl/historiadelaey/nc/historia-de-la-ley/8142/>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

²¹² ALCARADO J., C. y VALENZUELA, V. 2023. Análisis de casos anteriores a la Ley Naín-Retamal indica que fiscales no pedían detener o suspender a Carabineros por usar sus armas. [en línea]. CIPER. 09 de diciembre, 2023. <<https://www.ciperchile.cl/2023/08/22/analisis-de-casos-antecedentes-a-la-ley-nain-retamal-indica-que-fiscales-no-pedian-detener-o-suspender-a-carabineros-por-usar-sus-armas/>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

tratadas, pues en su lugar, primó el tener que acelerar la legislación.²¹³

Esta rapidez, implicó que, lamentablemente, la ley se aprobara con bastante deficiencia en la técnica legislativa, incluso incurriendo en errores, por ejemplo, de redacción, como el que explicamos anteriormente. Además, tampoco se tuvo tiempo de considerar realmente qué consecuencias traería la aplicación de la ley, que según lo que hemos hablado, podría traer efectos inoficiosos e incluso contrarios a lo que ésta pretende en sus fundamentos.

En cuarto lugar, concurre el indicador respecto a los problemas de proporcionalidad y constitucionalidad, que aparece en conjunto con el indicador de un excesivo punitivismo. Ya hablamos bastante de esto, por lo que no seguiremos ahondando, pero de lo que se trata, es de que, este aumento excesivo de penas, junto con la norma relativa a la limitación de las penas sustitutivas, implica problemas de proporcionalidad y de igualdad ante la ley, y que, hay una gran posibilidad de que posteriormente se termine declarando su inaplicabilidad por inconstitucionalidad, dado que esa ha sido la línea del Tribunal Constitucional en casos similares.

Por último, no podemos olvidar el indicador referente a la influencia de los medios de comunicación. Se trata de casos extremadamente mediáticos, donde los medios contribuyeron en la presión de demandas tempestivas y más bien vindicativas. Basta con hacer una búsqueda en internet y aparecerán una centena de artículos al respecto. Por ejemplo, la forma en que los medios cubrió los dichos del Director General de Carabineros, aportaron a la presión por la tramitación rápida de esta ley. Cada aspecto de la ley y de los casos previos a ella fueron mediatizados. Se da cuenta bastante bien de este escenario en la siguiente idea:

“(...) un debate parlamentario marcado por la focalización intensa y sistemática en los casos –especialmente dramáticos– de funcionarios policiales víctimas de atentados en su contra, al alero de la información y reproducción de

²¹³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2023. Historia de la Ley N°21.560. [en línea] <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/8142/>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

noticias sobre su muerte por parte de los medios de comunicación. Se trata de una retórica centrada en las emociones de la victimización, el dolor de los familiares y de la institución, el miedo de los otros funcionarios a sufrir igual suerte y la culpabilización de las autoridades por permitir que esto ocurra. A las interpelaciones de aquellos que buscaban mejorar los aspectos técnicos de la ley, y racionalizar o equilibrar su contenido, se respondía con el lenguaje victimizante y de la emergencia, que imponía la necesidad de legislar con rapidez.”²¹⁴

Por todo esto, concluimos que esta ley, al igual que las anteriores, cae en la trampa Populista Penal. Si bien en mayor o menor medida, ninguna de estas leyes ha logrado escapar, en nuestra opinión, a esta calificación. Esto nos deja muy preocupados y llenos de dudas respecto al futuro. ¿Han tenido o tendrán alguna eficacia real estas leyes? ¿Han cumplido sus objetivos? ¿Qué alternativas hay para legislar en materia penal que no sea de esta forma populista?

V. ALTERNATIVAS, CONCLUSIONES Y PREDICCIONES:

Nos quedamos con la pregunta con la cual concluimos el capítulo anterior. ¿Existen alternativas a una legislación Populista Penal? Y si es así, ¿dónde estaría puesto el énfasis?

La verdad es que las alternativas al Populismo Penal llevan gestándose desde finales de los años 70²¹⁵. Mencionaremos algunas ideas generales que se han desarrollado en este punto, para poder ver alguna luz que nos oriente a encontrar cuál sería un camino más beneficioso a seguir, en materia legislativo-penal.

Se ha planteado que existiría una relación estrecha entre seguridad y desarrollo humano. Esta relación, nos permite reconocer que existe un conjunto de riesgos

²¹⁴ MEDINA G., P. 2023. Análisis político-criminal de la Ley N°21.560, “Ley Nain Retamal”. Revista de Ciencias Penales 48(2): 247-282.

²¹⁵ ARRIAGADA, M.A. y NESPOLO, R. 2012. ¿Qué evade el populismo penal? En busca de su antónimo. URVIO: 52-65.

que van más allá del delito, pues afectan de igual o incluso de mayor forma a la seguridad de las personas. Estos riesgos son aquellos relativos a la desigualdad económica, la inseguridad alimentaria, de la salud, del medio ambiente, de la comunidad y de la política. Y se plantea una distinción sumamente importante, entre lo que se conoce como seguridad ciudadana y la seguridad humana. Sería respecto de la primera de ellas, que aparecería con fuerza el fenómeno Populista Penal. La seguridad ciudadana apunta a la protección de la vida, integridad y patrimonio de las personas, contra el riesgo específico de la criminalidad, el cual altera súbita y dolorosamente a las víctimas. Aquí aparece la urgencia, la cual abre la puerta a buscar soluciones cortoplacistas, donde se ven enfrentadas las políticas preventivas con aquellas de “mano dura”. El escenario perfecto para la aparición del Populismo Penal, que entra fuertemente apuntando a privilegiar el control y la sanción, desconociendo las causas estructurales de la criminalidad, y legitimando respuestas violentas, por medio de este discurso politizado y mediático del que hemos hablado tanto. Esto trae las consecuencias que hemos esbozado durante este trabajo: que impide avances reales en la disminución de la violencia y de la criminalidad, y que también, les permite a los gobiernos evadir la responsabilidad de buscar soluciones a los problemas de fondo.²¹⁶

Lo que se postula frente a ello es que los gobiernos y legisladores deberían avanzar hacia **reforzar acciones preventivas, apoyándose en una postura moral que considere el desarrollo humano**. Que los objetivos fundamentales apuntan a acabar con los ciclos de violencia política y criminal, a garantizar la seguridad, la justicia y el empleo. Y que, para conseguir dichos objetivos, se debe fomentar la confianza en la institucionalidad. Es por esto que el Populismo Penal no funciona, pues apunta a la dirección contraria de la promoción de una cultura de paz y de la seguridad humana, estableciéndose como un antónimo de la prevención. Lo que debemos hacer entonces, es apuntar la política penal hacia la prevención, y para ello, se han desarrollado ocho principios que se deben aplicar: 1) El liderazgo de los gobiernos en todos los niveles a fin de crear y mantener un marco institucional para

²¹⁶ Ibidem.

la prevención. 2) La integración de la prevención del delito en las políticas de desarrollo socioeconómico. 3) La cooperación entre las instituciones gubernamentales, la sociedad civil y el sector empresarial. 4) Una financiación a largo plazo adecuada para establecer, mantener y evaluar los programas, junto con una clara rendición sobre la utilización de los fondos. 5) La adopción de medidas basadas en un acervo multidisciplinario de datos objetivos sobre los problemas delictuales, sus causas y las prácticas de probado valor. 6) El respeto de los derechos humanos y el estado de derecho. 7) El examen de los vínculos entre la delincuencia local y la organizada transnacionalmente. 8) La diferenciación de las estrategias para grupos especiales y los miembros vulnerables de la sociedad.²¹⁷

De lo anterior podemos extraer que, las alternativas a la respuesta Populista Penal deben tener su foco en tres objetivos principales: **la prevención, la cultura de la paz y la seguridad humana**²¹⁸.

Habiendo mencionado aquello, que nos indica hacia donde debería apuntar una legislación penal que no caiga en la trampa del Populismo Penal, revisaremos un poco qué fue lo que se realizó en este trabajo, y haremos una predicción en base a lo que ha sucedido y lo que se avecina en nuestro país respecto a esta materia.

En este trabajo, vimos que, si bien existe una suerte de dinamismo legislativo penal, ello puede, sin embargo, “infectarse”, en el sentido de que las medidas, legislaciones y discursos que empiecen a implementarse pueden caer en el fenómeno del Populismo Penal. Nos propusimos identificar si esto era lo que estaba sucediendo con la agenda de seguridad impulsada por el gobierno y los legisladores desde comienzos de este año, para lo cual, seleccionamos 4 leyes que sometimos a análisis. Para hacer el análisis de estas leyes, a la luz de este fenómeno, comenzamos por definirlo. Luego establecimos cuales serían sus causas y sus consecuencias, concluyendo que constituye un gran riesgo para las sociedades que apliquen este tipo de normativa. Una vez hecho esto, establecimos cuáles serían los indicadores que nos revelarían cuándo una ley puede catalogarse como

²¹⁷ Ibidem.

²¹⁸ Ibidem.

Populista Penal. Finalmente, en nuestro análisis concluimos que todas estas leyes caían de alguna u otra forma en esta caracterización. Estableciendo cuáles eran especialmente los puntos que mayor preocupación que nos traían para el futuro.

¿Qué nos queda ahora? ¿Se seguirá este camino punitivista impulsado por el fenómeno Populista Penal? Lamentablemente, todo apunta a que sí. La lectura actualmente nos muestra que Chile está “en su momento punitivo”, dado que durante los últimos dos años se ha dado una especie de frenesí legislativo, que se ha manifestado en la tramitación y/o publicación de 100 medidas de carácter punitivista. Los datos nos confirman que la orientación punitivista de estas leyes, sigue privilegiando el aumento del castigo como principal forma de resolver el problema. Y lo más probable es que esto vaya a mantenerse de esta forma. Decimos esto porque el discurso sigue apuntando a que sería la falta de “mano dura” la que ha permitido que se expanda esta crisis de seguridad, cuando en realidad, como ya vimos en el análisis, los datos desmienten la idea de que en Chile falte “mano dura”, pues, por el contrario, estamos en un momento profundamente punitivo²¹⁹.

Por lo tanto, el momento en que se comience a cuestionar la efectividad de esta obsesión punitiva, es el momento en que se abrirán las puertas a respuestas y alternativas que escapen al fenómeno del Populismo Penal, y que apunten a la evidencia en criminología y a la prevención. Sin embargo, para que esto suceda, es tarea de los legisladores y de nosotros dejar de caer en esta trampa que se presenta como una salida fácil, en este engaño que nos susurra al oído, y que nos hace promesas vacías, no nos dejemos seducir por el Populismo Penal.

²¹⁹ LUNEKE, A. 2023. Chile en su momento punitivo. [en línea] <<https://terceradosis.cl/2023/12/01/chile-en-su-momento-punitivo/>> [consulta: 15 de diciembre de 2023].

BIBLIOGRAFÍA:

1. RECURSOS BIBLIOGRÁFICOS:

ARRIAGADA, M.A. y NESPOLO, R. 2012. ¿Qué evade el populismo penal? En busca de su antónimo. URVIO: 52-65.

AYALA, L. 2022. Extorsión en Santiago 1: juez descubre mafias que torturan a imputados primerizos y piden dinero a sus familias. [en línea]. La Tercera. 09 de diciembre, 2023. <<https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/extorsion-en-santiago-1-juez-descubre-mafias-que-torturan-a-imputados-primerizos-y-piden-dinero-a-sus-familias/7WKA27KWIFCP7CZLC2TJK3JIJM/>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

AYALA, L. 2022. Siguen extorsiones en Santiago 1: nueva visita de juez motivó inéditas medidas para enfrentar a bandas extranjeras en las cárceles. [en línea]. La Tercera. 09 de diciembre, 2023. <<https://www.latercera.com/nacional/noticia/siguen-extorsiones-en-santiago-1-nueva-visita-de-juez-motivo-ineditas-medidas-para-enfrentar-a-bandas-extranjeras-en-las-carceles/MSPUHD7X55GRDHIPSJ6M4ATRM4/>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

ALCARADO J., C. y VALENZUELA, V. 2023. Análisis de casos anteriores a la Ley Naín-Retamal indica que fiscales no pedían detener o suspender a Carabineros por usar sus armas. [en línea]. CIPER. 09 de diciembre, 2023. <<https://www.ciperchile.cl/2023/08/22/analisis-de-casos-antecedentes-a-la-ley-nain-retamal-indica-que-fiscales-no-pedian-detener-o-suspender-a-carabineros-por-usar-sus-armas/>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL Ley 21555 [en línea] <<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1191006>>. [consulta: 08 septiembre 2023].

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL Ley 21556 [en línea] <<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1191003>> [consulta: 08 septiembre 2023].

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL Ley 21557 [en línea] <<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1191004&tipoVersion=0>> [consultado: 08 septiembre 2023].

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL Ley 21560 [en línea] <<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1191005>> [consultado: 08 septiembre 2023].

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2023. Historia de la Ley N°21.555. [en línea] <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/8145/>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2023. Historia de la Ley N°21.556. [en línea] <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/8144/>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2023. Historia de la Ley N°21.557. [en línea]. <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/8143/>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2023. Historia de la Ley N°21.560. [en línea] <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/8142/>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

CIGÜELA S., J. 2020. Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 22(12): 1-40.

CRUCES R., S. M. 2019. Inseguridad y temor al delito: rol de las redes sociales como actual fuente de consumo y masificación de información. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 6-62.

DÍAZ DE VALDÉS J., J. M. 2017. Cuatro años de la Ley Zamudio: análisis crítico de su jurisprudencia. *Estudios constitucionales* 15(2).

DÍAZ MONTERO, F. 2020. Fiscalía confirma que uno de los heridos era el “objetivo” de quienes dispararon en Plaza de Maipú. [en línea]. *biobiochile.cl*, 09 de diciembre, 2023. <<https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-metropolitana/2020/12/22/fiscalia-confirma-que-uno-de-los-heridos-era-el-objetivo-de-quienes-dispararon-en-plaza-de-maipu.shtml>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

DIARIO CONSTITUCIONAL. 2023. Ley N°21.555, que refuerza las competencias de Gendarmería de Chile y crea un delito general de extorsión, fue publicada en el Diario Oficial. [en línea] <<https://www.diarioconstitucional.cl/2023/04/11/ley-no21-555-que-refuerza-las-competencias-de-gendarmeria-de-chile-y-crea-un-delito-general-de-extorsion-fue-publicada-en-el-diario-oficial/>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

DIARIO UCHILE. 2023. Myrna Villegas por alcances de Ley Nain-Retamal: “Hay normas que me parece traen un peligro potencial para la población civil”. [en línea]. <<https://radio.uchile.cl/2023/04/06/myrna-villegas-por-alcances-de-ley-nain-retamal-hay-normas-que-me-parece-traen-un-peligro-potencial-para-la-poblacion-civil/>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

DURAN, M y PRADO, G. 2020. Recomendaciones y propuestas para una reforma penitenciaria. Apuntes para su sistematización y delimitación. *Revista de Derecho* (54): 151-181.

EDITOR LVDM. 2022. Caso balacera en Plaza de Maipú en 2020: mañana será formalizado el imputado por triple homicidio. [en línea]. <<https://lavozdemaipu.cl/caso-balacera-en-plaza-de-maipu-en-2020/>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

FERNANDEZ C., J.A. y GONZALEZ G., C. 2022. ¿Cuál es el modelo político criminal en Chile? *Política Criminal* 17(33).

FUENTES C., H. 2008. El principio de Proporcionalidad en Derecho Penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena. *Ius et Praxis* 12(2): 1-21.

GARLAND, D. 2005. *La cultura del control*. Barcelona, Gedisa, S.A.

GOMEZ, A. 2012. ¿Populismo Penal o Falta de Creatividad? *URVIO*: 7-8.

JIMENEZ, M.A., SANTOS, T. y MEDINA, P. 2014. *Un nuevo tiempo para la justicia penal. Tensiones, amenazas y desafíos*. Santiago, Universidad Central de Chile. 387p.

LUNEKE, A. 2023. Chile en su momento punitivo. [en línea] <<https://terceradosis.cl/2023/12/01/chile-en-su-momento-punitivo/>> [consulta: 15 de diciembre de 2023].

MARCIEL, R.P. 2022. Populismo y discursos de odio: un matrimonio evitable (en teoría). *Isegoría*: 1-11.

MARQUEZ, J. 2016. *Política y Propaganda. Medios de Comunicación y Opinión Pública*. Barcelona, UOC. 270p.

MEDINA G., P. 2023. Análisis político-criminal de la Ley N°21.560, “Ley Naín Retamal”. *Revista de Ciencias Penales* 48(2): 247-282.

MELLADO, B. 2023. Oposición critica la citación al general Yañez y piden avanzar en materia legislativa tras muerte de carabinero. [en línea] *emol.nacional*. 09 de diciembre, 2023. <<https://www.emol.com/noticias/Nacional/2023/03/14/1089262/reacciones-parlamentarios-muerte-carabinero.html>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

MINISTERIO SECRETARIA DE LA PRESIDENCIA. 2023. Esta semana el gobierno puso urgencia a 16 iniciativas de seguridad. [en línea] <<https://www.minsecpres.gob.cl/archivo/noticias/esta-semana-el-gobierno-puso-urgencia-a-16-iniciativas-de-seguridad>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

MINISTERIO SECRETARIA DE LA PRESIDENCIA. 2023. La Cámara de Diputados aprobó hoy 5 proyectos de ley relativos a seguridad que pasaran a segundo trámite al Senado. [en línea] <<https://www.minsegpres.gob.cl/archivo/noticias/la-camara-de-diputados-aprobo-hoy-5-proyectos-de-ley-relativos-a-seguridad-que-pasaran-a-segundo-tramite-al-senado>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

MORALES P., A. M. 2012. La política criminal contemporánea: Influencia en Chile del discurso de la ley y el orden. *Política Criminal* 7(13): 94-147.

MOUZO, K. 2012. Inseguridad y “populismo penal”. *URVIO*: 43-51.

OLIVA, I.R. 2020. El populismo punitivo: “el gran mal que afecta la agenda legislativa chilena”. *DJS*: 185-210.

ORTIZ, F. 2023. Oposición logra fusionar leyes Naín y Retamal en comisión de la Cámara ante el disgusto del Gobierno. [en línea] *biobiochile.cl*. 09 de diciembre, 2023. <<https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2023/03/27/oposicion-logra-fusionar-leyes-nain-y-retamal-en-comision-de-la-camara-ante-el-disgusto-del-gobierno.shtml>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

PAZ CIUDADANA. [2022]. Resultados Índice Paz Ciudadana 2022. [en línea] <https://pazciudadana.cl/proyectos/documentos/indice-paz-ciudadana-2022/> [consulta: 08 septiembre 2023].

PDI. 2023. Secuestros: radiografía al fenómeno delictual. [en línea]. <<https://www.pdichile.cl/centro-de-prensa/detalle-prensa/2023/02/02/secuestros-radiograf%C3%ADa-al-fen%C3%B3meno-delictual>> [consultado: 09 de diciembre de 2023].

PEREZ, F t SHANHUEZA, G. E. 2018. Cárcenes chilenas: ¿espacios para la reinserción social? *Revista de Derecho Universidad San Sebastián. Ciencias Sociales y Jurídicas* (24): 1-15.

PERIODISTA DIGITAL: COOPERATIVA.CL. 2023. Carabinera fue asesinada tras acudir a operativo por asalto en Quilpué. [en línea] cooperativa.cl. 09 de diciembre, 2023. <<https://cooperativa.cl/noticias/pais/ff-aa-y-de-orden/carabineros/carabinera-fue-asesinada-tras-acudir-a-operativo-por-asalto-en-quilpue/2023-03-26/085445.html>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre, RAMIREZ, María Cecilia, “Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General”, Jurídica de las Américas: 2009, pp. 543.

RADIO JGM. 2023. Los hitos y antecedentes de la Ley “Naín-Retamal”. [en línea] <<https://radiojgm.uchile.cl/los-hitos-y-antecedentes-de-la-ley-nain-retamal/>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

RIOS A., R. 2022. Los mitos en el debate sobre migrantes, extranjeros y delincuencia. [en línea] CIPER. 21 de octubre, 2023 <<https://www.ciperchile.cl/2022/07/27/los-mitos-en-el-debate-sobre-migrantes-extranjeros-y-delincuencia/>> [consulta: 21 octubre 2023].

RODRIGUEZ DE LA TORRE, W. M. 2022. Consecuencias prácticas del populismo punitivo en la eficacia de la reacción penal frente a la criminalidad. Lima, Universidad de San Martí de Porres, VOX JURIS. 143-151.

ROJAS, T. 2020. Balacera en Plaza de Maipú en medio de compras navideñas: 4 heridos y una mujer muerta. [en línea]. biobiochile.cl, 09 de diciembre, 2023. <<https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-metropolitana/2020/12/22/reportan-balacera-en-plaza-de-maipu-en-medio-de-compras-navidenas-habrian-al-menos-3-heridos.shtm>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

RUIZ, C.E.L. y ARAVENAS, R.A. 2022. Populismo punitivo: manifestación política vs. Derecho penal. La cadena perpetua en Colombia. Revista de Derecho: 220-252.

SEPULVEDA, F. 2023. Presidente Gabriel Boric asiste a funeral de carabinera Rita Olivares: fue recibido entre pifias. [en línea] T13.cl. 09 de diciembre,

2023. <<https://www.t13.cl/noticia/nacional/valparaiso/presidente-gabriel-boric-asiste-funeral-carabinera-rita-olivares-28-3-2023>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

SOZZO, M. 2012. Entrevista a Máximo Sozzo: “Qué es el populismo penal?”. URVIO: 117-122.

TORRES F., A. 2023. Legítima defensa de funcionarios policiales: reflexiones a partir de la ley “Naín-Retamal”. [en línea]. <<https://www.icpenales.cl/entrada/legitima-defensa-de-funcionarios-policiales-reflexiones-a-partir-de-la-ley-nainretamal/>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

VALENCIA, J. 2023. Informe del Gobierno confirma explosivo aumento en la delincuencia: Macrozona Norte es la más afectada. [en línea] BioBioChile. 15 de febrero, 2023. <<https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2023/02/15/informe-del-gobierno-confirma-explosivo-aumento-en-la-delincuencia-macrozona-norte-es-la-mas-afectada.shtml>> [consulta: 08 septiembre 2023].

VARGAS P., T. 2017. Freno al declive de las penas sustitutivas y otros riesgos asociados a una legislación efectista. Sentencias destacadas (13): 91-102.

VERDEJO, R., QUIÑONES, N. y PALACIOS, C. 2023. Secuestro, porte de armas, extorsión, sicariato y control migratorio: Cámara aprueba cinco proyectos de seguridad. [en línea] La tercera. 09 de diciembre, 2023. <<https://www.latercera.com/nacional/noticia/en-vivo-camara-de-diputados-votara-esta-jornada-cinco-proyectos-de-seguridad-tras-acuerdo-de-gobierno-y-congreso/JQMOJ56EQ5HY7PZIPRE3E6BTKQ/>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

ZAMARIN, F. 2023. 21 años de servicio y madre de dos hijos: la vida de Rita Olivares, la carabinera asesinada en Quilpué. [en línea] biobiochile.cl. 09 de diciembre, 2023. <<https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2023/03/26/21-anos-de-servicio-y-madre-de-dos-hijos-la-vida-de-rita-olivares-la-carabinera-asesinada-en-quilpue.shtml>> [consulta: 09 de diciembre de 2023].

ZANATTA, L. y VILLEGAS, F. 2014. El populismo. Buenos Aires, Katz. 288p.

2. NORMATIVA:

CHILE. Ministerio de Justicia. 1874. Código Penal, 12 de noviembre, 1874.

CHILE. Ministerio de Justicia. 1944. Decreto 2.226: Código de Justicia Militar, diciembre, 1944.

CHILE. Ministerio de justicia. 1978. Decreto N°400: Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°17.798, sobre control de armas, abril, 1978.

CHILE. Ministerio de Justicia. 1983. Ley N°18.216: Establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, mayo, 1983.

CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. Ley N°19.696: Establece Código Procesal Penal, octubre, 2000.