

EL POPULISMO PUNITIVO

CARLOS KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER*

PALABRAS CLAVE: política criminal, populismo punitivo, lobby político-ciudadano, Derecho Penal prima ratio.

1. Este documento corresponde, en general, a la presentación efectuada al Seminario Internacional organizado por la Corte Nacional del Ecuador, realizado en agosto de 2020, evento al que fue invitado el autor. Anteriormente, y convocado por el mismo alto tribunal, había participado en la obra colectiva “Temas penales” (Quito, 2016).

2. Desde hace unas décadas observamos que es muy frecuente –lamentablemente muy frecuente– la inclusión del populismo punitivo como un tema preocupante –“de primera línea”– en los programas de actividades y foros de discusión sobre las disciplinas penales, como el importante seminario que hoy nos convoca.

Y digo lamentablemente porque, tal como están las cosas, la cuestión del populismo punitivo –que, entre otros objetivos, persigue un endurecimiento del Derecho Penal sustantivo, sobre todo de las penas, y una merma de las garantías procesales frente a determinados delitos y delincuentes– ha logrado situarse en un lugar de privilegio en el ámbito de los debates sociojurídicos y políticos acerca no solo del rol y fines de la política criminal en un Estado democrático de derecho, sino también acerca de quiénes y cómo deben impulsar esa política criminal. En otras palabras, qué voces deben escuchar los encargados de esta política estatal, caracterizándose como conservadoras, alejadas de la realidad y más bien como merecedoras de oídos sordos, las voces de los técnicos, esto es, de los expertos o especialistas en Derecho Penal material, Derecho Penal adjetivo y Derecho Penal de ejecución.

Esta situación es propia de numerosos países, como lo pone de manifiesto la bibliografía existente que, como señala la profesora española Mercedes García Arán, es prácticamente inabarcable y describe como rasgos del fenómeno que Garland denominó en la década de los 80 “una nueva cultura del control”, los siguientes: el recurso desmedido a un Derecho Penal cada vez más endurecido

* Profesor titular de Derecho Penal Universidad de Chile, presidente del Instituto de Ciencias Penales (ICP), socio de la Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP) y miembro del Consejo de Dirección de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP).

y más extenso como respuesta al sentimiento colectivo de inseguridad, el incremento de la criminalización de la delincuencia marginal, el adelantamiento de la intervención penal y procesal a situaciones de mera sospecha y, especialmente, la relativización de las garantías penales que dejan de ser exigibles con carácter universal para ser atribuidas solo a los buenos ciudadanos en la conocida construcción del Derecho Penal del enemigo¹.

Bottoms expone que el populismo punitivo se refiere a cuando el uso del Derecho Penal por los gobernantes aparece guiado por tres asunciones: que mayores penas pueden reducir el delito, que las penas ayudan a reforzar el consenso moral existente en la sociedad y que hay unas ganancias electorales producto de este uso². En cuanto a este último aspecto, politización y uso electoral de los temas referidos al delito y al sistema penal, Garland nos dice que quien quiera ganar unas elecciones debe elegir este tema para hacer campaña, sin aparecer como benévolo³. La profesora doña María Inés Horvitz expresa en reciente comentario que el populismo punitivo es una fórmula fácil, meramente simbólica y que da réditos exclusivamente a quien la emplea y es utilizada por todos, de derecha, de izquierda, del medio, del lado, incluyendo los movimientos feministas, no hay diferencias⁴. La presión de estos movimientos ha sido más que evidente en mi país y ha influido decisivamente en la introducción de reformas –algunas muy cuestionadas por los especialistas– al Código Penal, todas orientadas al logro no solo de más Derecho Penal, sino de un Derecho Penal más duro en materia de ciertas figuras de homicidio, delitos asociados a la violencia intrafamiliar y delitos de connotación sexual.

Pueden mencionarse algunos ejemplos locales, representativos de la influencia que la denominada “voz de la calle”, esto es, el sentimiento popular de lo que debe ser la justicia penal, ejerce sobre el poder político, encargado de diseñar la política criminal dentro de los límites del Estado constitucional de derecho.

El Código Penal chileno mantiene la figura clásica de parricidio, que castiga con mayor pena el homicidio de un pariente consanguíneo o del cónyuge, eliminada en la gran mayoría de las legislaciones, en cuanto figura autónoma,

¹ GARCÍA ARÁN, Mercedes. “El discurso mediático sobre la delincuencia y su influencia en las reformas penales”, en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, N° 18 (2008), pp. 39 y ss.

² BOTTOMS, Anthony. “The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing”, en CLARKSON, C.M.V. - MORGAN (eds.), *The Politics of Sentencing Reform*. Oxford: Clarendon Press, (1995).

³ GARLAND, David. *The Culture of Control*. Oxford University Press, (2001).

⁴ HORVITZ, María Inés. (11 de agosto de 2020). “Populismo penal”. Entrevista. *La Tercera*.

separada del homicidio. Se agregó a los sujetos pasivos el y la conviviente, sea que lo sean al momento del delito o lo hayan sido en el pasado, denominándose femicidio cuando el sujeto pasivo es una mujer. No contento con esto, el legislador, impulsado por un caso específico, en que un individuo dio muerte a su joven polola (novia sin mayores formalidades), modificó en marzo del presente año el artículo 390 del Código Penal, incorporando el dar muerte un hombre a una mujer en razón de tener o haber tenido con ella una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia. Entonces, la pena, que va desde 15 años y un día de presidio a cadena perpetua, la puede recibir el varón que mata a una mujer con la que se ligó sentimentalmente y estuvo saliendo durante un mes. A la pregunta de cuál es el otro bien jurídico que se ampara, cuál es el disvalor agregado, además de la vida humana independiente, cabría responder que lo es simplemente el género femenino, ya que no se exige ni siquiera un vínculo de convivencia, apartándose del fundamento clásico del delito, que es el vínculo de sangre o de vida en común que une a autor y víctima. Esto se refuerza con el hecho de que el mismo tipo penal y la misma sanción se aplican al hombre que mata a una mujer en razón de su género, sin ningún otro requisito. “Matar a la mujer por el hecho de ser mujer”, lo que configuraría una presunción de la razón de género que, a su vez, se traduciría, en la práctica, en una presunción de derecho de la responsabilidad penal contraria a la Constitución Política⁵.

Hace poco tiempo causó gran revuelo y agitación social, potenciada diariamente por los medios televisivos, el caso de un imputado por violación cuya víctima se suicidó, al que el juez de primera instancia no había dejado en prisión preventiva sino con otras medidas cautelares, expresando una multitud enfurecida su descontento por lo que estimó muy poco rigor judicial, no solo mediante ataques a la casa del inculcado y el edificio del tribunal, sino amenazando al juez y su familia a través de las redes sociales. El rechazo de la Corte Suprema, de la Asociación de Magistrados, del Colegio de Abogados y de numerosos académicos a estas manifestaciones de intolerancia, menoscabadoras de la autonomía e independencia de los jueces, no tuvo gran difusión, al menos no en los mismos medios que difundieron el escándalo surgido a raíz de la decisión judicial, calificada de blanda. Como señala Elena Larrauri, la principal herramienta del populismo penal es el encarcelamiento⁶ y esta era la única alternativa aceptable para prácticamente la totalidad de los habitantes de la localidad donde ocurrieron

⁵ CASTILLO, Pablo. “Problemas dogmáticos y político-criminales del tratamiento penal del femicidio en Chile”, en *Actualidad Jurídica, Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo*, N° 41 (2020), pp. 167 y ss.

⁶ LARRAURI, Elena. “Populismo punitivo... y cómo resistirlo”, en *Jueces para la Democracia*, N° 55, (2006), pp. 15 y ss.

los hechos relatados, a cuyos reclamos se sumaron las opiniones de políticos, organizaciones feministas y pseudoexpertos. La presión que los lobbys de víctimas de delitos, simpatizantes y defensores de ellas ejercen sobre los poderes públicos demandando un endurecimiento penal y dando pie a un uso demagógico del ius puniendi demostró rendir frutos, ya que se estudia presentar una iniciativa de ley destinada a obtener que en ciertos delitos de connotación sexual la prisión preventiva no sea una medida cautelar de ultima ratio, como lo prescribe el Código Procesal Penal, sino que tenga el carácter de prima ratio.

3. Una relación estrecha entre populismo punitivo y política criminal ha sido puesta de relieve por numerosos autores que integran la literatura sobre estos temas.

Feuerbach consideraba a la política criminal como la sapiencia del Estado legiferante en materia penal, lo que significa la necesaria base científica de las decisiones de política legislativa en materia criminal⁷. Modernamente, Zipf define brevemente la política criminal como la obtención y realización de criterios directivos en el ámbito de la justicia criminal⁸. Roxin nos dice que no comprende solo la elección de las sanciones más eficaces para la prevención del delito, sino también los elementos limitadores de nuestro ordenamiento jurídico penal, como el principio nullum crimen o el de culpabilidad son parte de la política criminal del Estado de derecho⁹. Estimo que, a los principios capitales del Derecho Penal, limitativos del ius puniendi estatal, habría que añadir las garantías que conforman el debido proceso legal, encabezadas por la presunción de inocencia.

El fenómeno del populismo punitivo evidencia que, tratándose de ciertos delitos y ciertos infractores, el legislador permite que su sapiencia o sabiduría –complementada habitualmente por opiniones de asesores expertos en derecho y por una doctrina desarrollada a lo largo de más de dos siglos– sea sustituida por el sentido común, el sano sentimiento de la comunidad, que insta con inusitada fuerza por un ordenamiento penal alejado de los postulados cardinales que lo caracterizan como sistema garantista, proporcionado y de extrema ratio. Muy acertada es la reflexión de Díez Ripollés, catedrático de Málaga: las opiniones y los conocimientos de los expertos se han desacreditado, aun cuando han confluído a través del tiempo a una interpretación basada en altos niveles de precisión y

⁷ FEUERBACH, Anselm, citado por KÜNSEMÜLLER, Carlos. *El Derecho Penal liberal. Los principios cardinales*. Valencia: Tirant lo Blanch, (2018), p. 189.

⁸ ZIFF, Heinz, citado por MUÑOZ TEJADA, Julián Andrés. “Populismo punitivo y una ‘verdad’ construida”, en *Nuevo Foro Penal*, N° 72, (2009), p. 16.

⁹ ROXIN, Claus, citado por MUÑOZ TEJADA, ob. cit., p. 16.

rigurosidad conceptuales, sus disquisiciones han dejado de ser comprensibles para influyentes sectores sociales. A su turno, los jueces son vistos como un colectivo poco fiable, que adopta con frecuencia decisiones alejadas del sentido común y más favorables a los delincuentes que a las víctimas¹⁰.

La desconfianza hacia los órganos del sistema judicial se expresa, p. ej., en las detenciones ciudadanas y tentativas de linchamiento de sospechosos por parte de grupos partidarios de la justicia de propia mano, asimismo, en las manifestaciones frente a los tribunales exigiendo determinadas resoluciones.

Si bien el poder político recurre a los expertos para la adopción y elección de contenido de decisiones legislativas penales, suele ocurrir que sus opiniones queden en el papel —en proyectos de reforma, p. ej.— y se adopten decisiones motivadas por el impacto social dotado de gran cobertura mediática, surgido con ocasión de hechos determinados causantes de la reacción airada de la ciudadanía. Esto es lo que se conoce como leyes a golpe de suceso, a golpe de caso.

A partir del Anteproyecto de Código Penal de 2005, se han redactado en Chile cinco proyectos de reforma elaborados por comisiones de penalistas designadas por el Poder Ejecutivo, siendo el último el dado a conocer en 2018, textos que comprenden la parte general y especial. Debe agregarse el Proyecto de Código Penal para Chile (2016) redactado por el eminente profesor Alfredo Etcheberry O. Ninguno de ellos ha sido ingresado al Parlamento. El legislador ha preferido la vía más fácil y rápida de utilizar leyes especiales, sectoriales, llamadas leyes “parche”, leyes “remiendo”, para reformar de manera inorgánica y parcial el Código en aquellos capítulos cuya modificación, comúnmente dirigida a incrementar el rigor punitivo, es requerida por un poderoso lobby político-ciudadano, dotado de sólida armadura mediática.

Lo anterior se ve corroborado por la curiosa y habitual práctica de denominar a las leyes por el nombre de las víctimas, Ley Emilia, Ley Gabriela, etc., lo que, a juicio de muchos, aumenta su victimización, ya que, como apunta la profesora Horvitz, no se resuelve nada, porque victimizarse no significa que se va a poder resolver el problema cultural-social¹¹.

El catedrático de Málaga nos señala que la experiencia cotidiana del pueblo, su percepción inmediata de la realidad y los conflictos sociales han pasado a ser un factor de primera importancia a la hora de configurar las leyes penales y pugnan por serlo también en la aplicación práctica. Lo novedoso no es que estos factores condicionen la creación y aplicación del derecho, algo legítimo en toda

¹⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “El nuevo modelo de seguridad ciudadana”, en *Jueces para la Democracia*, N° 49, (2004), pp. 25 y ss.

¹¹ HORVITZ, ob. cit.

sociedad democrática, sino el que demanden ser atendidos sin intermediarios, sin la interposición de expertos que valoren las complejas consecuencias que toda decisión penal conlleva. Los portadores de estos nuevos conocimientos son la opinión pública creada por los medios de comunicación social, las víctimas o grupos de víctimas y, en último término, el pueblo llano¹².

En otras palabras, los ciudadanos buscan participar activamente y haciendo oír su voz desde la calle, con megáfono mediático, en la configuración de la política criminal, sobran los estudios, los debates, las asesorías de expertos, la gente común sabe cuál es el problema y cuál es la solución. Muy claro es el colega Muñoz Tejada, de la Universidad de Antioquia: bajo esta perspectiva de histeria, ansiedad, clamores populares, oportunismo político y despliegue mediático se configura el populismo punitivo, que descalifica por ser obsoletas las medidas de política criminal tendientes a enfrentar el fenómeno de la criminalidad; es la gente común la que debe decidir cómo y qué tanto se debe castigar, ya que, de ser un asunto de expertos, ha pasado a ser un asunto de sentido común¹³.

4. Garland afirma que la que llama “crisis de control” se ha caracterizado por un viraje de la opinión pública de su tradicional enfoque civilizado sobre la cuestión penal a un fortalecimiento del sistema penal representado en más delitos, mayores penas y procedimientos más expeditos, incidiendo en ello el riesgo de victimización interiorizado por los individuos y la instrumentalización de los miedos, las ansiedades y las pasiones de las personas, mediante el protagonismo del delito y sus víctimas como factor determinante del ranking no solo de los medios televisivos, sino también de la actividad política, cuyos miembros procuran demostrar que son los más duros ante el crimen¹⁴.

El insigne milanés Beccaria sostuvo, en su pequeño gran libro de 1764, que falsas ideas de utilidad encubren no leyes preventivas, sino medrosas de los delitos, que nacen de la tumultuaria impresión de algunos hechos particulares, no de la meditación considerada de inconvenientes y provechos de un decreto universal¹⁵. Se refiere, sin duda, a la legislación penal reactiva y efectista, diseñada para obtener una seguridad aparente como respuesta a una airada reacción. Se quiere presentar una aparente solución del problema por el legislador que, a través de las leyes penales, promete efectividad, pero no la consigue. Hace ya cerca de 300 años se denunció el Derecho Penal simbólico, utilizado con gran entusiasmo en estos días.

¹² DÍEZ RIPOLLÉS, ob. cit.

¹³ MUÑOZ TEJADA, ob. cit., pp. 13 y ss.

¹⁴ GARLAND, ob. cit.

¹⁵ BECCARIA, Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas*. Edición Latinoamericana, (1992).

BIBLIOGRAFÍA

- BECCARÍA, Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas*. Edición Latinoamericana, (1992).
- BECKETT, Katherine. *Making crime pay*. New York: Oxford University Press, (1999).
- BOTTOMS, Anthony. “The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing”, en CLARKSON, C.M.V. - MORGAN (eds.), *The Politics of Sentencing Reform*. Oxford: Clarendon Press, (1995).
- CASTILLO, Pablo. “Problemas dogmáticos y político-criminales del tratamiento penal del femicidio en Chile”, en *Actualidad Jurídica*, Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo, N° 41, (2020), pp. 167-188.
- CURY, Enrique. *Derecho Penal, Parte general*, T. I, 11ª ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, (2020).
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “El nuevo modelo de seguridad ciudadana”, en *Jueces para la Democracia*, N° 49, (2004), pp. 25-42.
- ETCHEBERRY, Alfredo. *Proyecto de Código Penal para Chile*. Santiago: LOM, (2016).
- GARCÍA ARÁN, Mercedes. “El discurso mediático sobre la delincuencia y su incidencia en las reformas penales”, en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, N° 18, (2008), pp. 39-65.
- GARLAND, David. *The Culture of Control*. Oxford University Press, (2001).
- HORVITZ, María Inés (11 de agosto de 2020). “Populismo penal”. Entrevista. *La Tercera*.
- KÜNSEMÜLLER, Carlos. *El Derecho Penal liberal. Los principios cardinales*. Valencia: Tirant lo Blanch, (2018).
- _____, “¿Tiene futuro el ‘bueno, viejo y decente Derecho Penal liberal’?”, en VV. AA., *Nuevas tendencias del Derecho*. Santiago: Edit. LexisNexis, (2004).
- _____, “Sociedad del riesgo y Derecho Penal ad hoc”, en *Revista de Derecho, Criminología y Ciencias Penales*, Instituto de Criminología, Universidad San Sebastián, N° 4, (2002), pp. 109-130.
- LARRAURI, Elena. “Populismo punitivo... y cómo resistirlo”, en *Jueces para la Democracia*, N° 55, (2006), pp. 15-22.
- MATTHEWS, Roger. “The myth of punitiveness”, en *Theoretical Criminology*, vol. 9, N° 2, (2005), pp. 175-201.

MUÑOZ TEJADA, Julián Andrés. “Populismo punitivo y una ‘verdad’ construida”, en Nuevo Foro Penal, N° 72, (2009), pp. 13-42.