



# IUS CRIMINALE

BOLETÍN DE DERECHO PENAL

Noviembre de 2024

Edición: 08

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Dirección de Estudios Penales

## DEL POPULISMO A LAS REFORMAS CRÍTICAS

Repensando el paradigma del Derecho Penal



# FGE

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

ECUADOR

**Boletín de Derecho Penal IUS Criminale**  
**FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO**

## **COMITÉ EDITORIAL**

Dra. Diana Salazar Méndez  
**Fiscal General del Estado**

Mtr. Guido Quezada Minga  
**Coordinador General de Gestión del Conocimiento**

Abg. Mario Hurtado Sánchez  
**Director de Estudios Penales (E)**

## **COMITÉ ACADÉMICO**

Dirección de Estudios Penales

## **EQUIPO DE DISEÑO EDITORIAL ACADÉMICO**

Dirección de Comunicación y Promoción Institucional

M.Sc. Gabriela Moncayo

Ing. Andrés Lasso Ruiz

**Quito, noviembre de 2024**

### **Contenido de acceso libre.**

Los criterios vertidos por los autores no comprometen la opinión institucional.

Todos los derechos reservados. Prohibida la reproducción total o parcial, sin autorización de los autores

## ÍNDICE

Presentación .....	1
Populismo punitivo, opinión pública y leyes penales en España (1995-2016) .....	2
Populismo punitivo: uso político, expansión global, y efectos en la gestión de la delincuencia .....	20
Leyes democráticas y participación ciudadana en el Derecho penal: el problema del populismo y el elitismo penal.....	32
Populismo punitivo y medios de comunicación: la introducción de la prisión permanente revisable en España como muestra de la política criminal mediática.....	48
Populismo punitivo: manifestación política vs. Derecho penal La cadena perpetua en Colombia .....	62
Corrupción Judicial y política criminal sistémica. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia a propósito de dos casos emblemáticos: el cartel de la toga y el cartel de la hemofilia.....	96
'Crisis de seguridad' en Chile: un problema sistémico con raíz en la criminalidad económica y en la corrupción.....	116

# Presentación

---

Las sociedades se han enfrentado al fenómeno criminal desde su génesis. Desde las comunidades primitivas hasta los Estados-Nación contemporáneos, una de las principales preocupaciones ha sido cómo reaccionar frente a aquellas conductas lesivas o peligrosas que ejecutan los miembros de una comunidad y afectan al resto. Tan importante resulta esta problemática que, incluso desde ciertas teorías sociales enfocadas en el origen de la institucionalización de las sociedades, como las teorías contractualistas, la amenaza a la seguridad de los individuos fue la fuente de la construcción de sociedades civiles y estructuras estatales.

En este sentido, las reacciones que tienen los Estados frente a la criminalidad y la capacidad de estos para brindar seguridad a los ciudadanos se encuentran estrechamente vinculadas al reconocimiento de su legitimidad. Por lo mismo, desde un punto de vista historiográfico, los Estados con instituciones débiles o precarizadas han buscado legitimar su poder a través del discurso securitista, provocando en el debate público polarizaciones que enfrentan a la seguridad con el respeto a las garantías de derechos fundamentales. Este fenómeno no es nuevo ni exclusivo de los contextos latinoamericanos, donde es más común que las respuestas estatales frente al fenómeno criminal involucren desbordes punitivos, pues tanto a nivel europeo como en el contexto anglosajón se debate actualmente sobre los alcances y límites del uso del poder punitivo frente a las cada vez mayores amenazas criminales.

En este contexto, la Fiscalía General del Estado, a través de la Dirección de Estudios Penales, tiene el agrado de presentar la edición número 8 del boletín de Derecho Penal IUS Criminale, *Del populismo a las reformas críticas: Repensando el paradigma del Derecho Penal*. Construido a partir de un enfoque holístico, pluralista y crítico, el presente boletín pretende invitar a debatir y reflexionar tanto a la comunidad académica cuanto a la ciudadanía sobre las respuestas punitivas al fenómeno criminal en los Estados contemporáneos. Estamos seguros que, a partir de un debate amplio y profundamente técnico, podremos encontrar las mejores respuestas a las grandes problemáticas sociales a las que nos enfrentamos como sociedad.





## Populismo punitivo, opinión pública y leyes penales en España (1995-2016)<sup>1</sup>

### 1. Definición, cambios sistémicos y nuevo paradigma penal

■ La Sociología y Criminología Críticas anglosajonas del último decenio del siglo XX e inicios del s. XXI fueron el marco académico en el que surgió el término populismo punitivo. Concretamente fue A. Bottoms el primero en utilizarlo en su obra *The Philosophy and politics of punishment and sentencing* (1995), seguido por otros autores Roberts et al. (2003), Newburn y Jones (2005) y Pratt (2007). Todos ellos entendían por populismo punitivo la utilización electoralista del Derecho Penal. Acriticamente, determinadas élites políticas occidentales agravaban sistemáticamente las penas de los delitos para dar respuesta a las presiones de la opinión pública sin cuestionarse las causas estructurales de los delitos; sin tener en cuenta los datos empíricos de los índices de criminalidad; obviando el enorme grado de subjetividad existente en la opinión pública debido a la truculencia (económicamente interesada) de algunos medios de comunicación de masas, alcanzándose, puntualmente, situaciones de pánico moral/alarma social; y despreciando las autorizadas opiniones de los expertos en la materia. Si esas élites políticas occidentales hubieran escuchado a dichos expertos, hubieran sabido que los cambios legislativos efectuados según los criterios populistas punitivos ni reducirían los delitos ni serían la salvaguarda del consenso moral de la sociedad. Ambas cuestiones son demagógicos objetivos que se pretendían lograr en paralelo a su auténtico objetivo, ganar las elecciones: alcanzar o revalidar el poder.

<sup>1</sup> El trabajo aquí presentado ha sido previamente publicado como: Joan Antón-Mellón y Elisenda Antón Carbonell, "Populismo punitivo, opinión pública y leyes penales en España (1995-2016)", *Revista Internacional de Pensamiento Político*, n.º 12 (2017): 133-150, doi: 10.46661/revintpensapolit.3230.

<sup>2</sup> Catedrático de Ciencia Política, Universidad de Barcelona, España. Correo electrónico: jantonmellon@ub.edu.

<sup>3</sup> Mediadora comunitaria y consultora. Correo electrónico: elisenda.anton@gmail.com.

Estas políticas criminalísticas se incardinan y son a la vez exponente de la hegemonía política, económica y cultural de lo que ha venido en denominarse neoliberalismo a partir de los años ochenta del pasado siglo. Su fundamentación teórica/filosófica es el famoso aforismo de Nozick (1988): Toda redistribución es un robo que atenta contra los derechos individuales. La obra señera del primer Nozick, *Anarquía, Estado y Utopía*, planteaba un auténtico cambio de paradigma sistémico: si hasta los últimos decenios del siglo XX (desde 1945 hasta 1973) más democracia significaba lograr una mayor igualdad, los triunfantes criterios neoliberales (Hayek, Nozick o los economistas de la Escuela de Chicago) propugnaban que una mejor democracia era aquella en la que más se respetaran y garantizaran los derechos individuales. Ante la globalización y las profundas transformaciones socioeconómicas (paso de sociedades industriales a postindustriales) que están teniendo lugar, los valores y criterios políticos redistributivos de socialdemócratas, liberales radicales e incluso demócratacristianos ceden el paso a la ideología de liberales conservadores doctrinarios. Obviamente, se rechazan de plano las políticas redistributivas progresistas, que son la clave de bóveda de los Estados de Bienestar y de los Estados Sociales y Democráticos de Derecho. Este cambio de paradigma político/cultural influye en todos los ámbitos de la vida de los ciudadanos occidentales, en su forma de comprender qué está pasando y qué hacer, en su percepción y valoración de los problemas sociales y en qué hacer para resolverlos.

Garland (2001) lo explica muy bien desde la perspectiva criminalística<sup>4</sup>. En las décadas posteriores al fin de la Segunda Guerra Mundial, dada la hegemonía de los valores democráticos antifascistas, los delincuentes eran vistos como individuos que podían y debían ser resocializados. Las sociedades occidentales habían abandonado las protofascistas teorías criminalísticas de la Defensa de Sociedad y dedicaban los recursos necesarios para lograr reintegrar al delincuente a la comunidad, solucionando los déficits que este pudiera tener, ya fueran educacionales, sanitarios o laborales. En contraposición, el axioma liberal de que la sociedad es un mero agregado de individuos llega a su paroxismo antiholístico con el neoliberalismo. Nadie debe nada a nadie y lo que se consigue es para el exclusivo uso y disfrute de su legítimo propietario. No te sacrifiques por nadie, vive por tu propio interés, sentenciaba Nozick (paradójicamente hijo de un conductor de tranvías de Nueva York y estudiante gracias a becas).

Volviendo a Garland, este afirma que en materia criminal se ha pasado en las referidas fechas de un paradigma resocializador a un paradigma incapacitador. Para que este paradigma pudiera implementarse, han sido necesarios profundos cambios culturales en la sociedad: que esta juzgue a los delincuentes como únicos culpables de su realidad y de sus actos; no se trata, por tanto, de resocializar, sino de castigar. En el 2015, en una encuesta en España en la que una de las preguntas era si se estaba de acuerdo con la inclusión en el Código Penal de la nueva figura de la Prisión Perpetua Revisable, el 67% de los encuestados contestó que sí (diario El Mundo 2/04/2015); en consonancia con esta opinión, se opta, en algunos países occidentales, por reducir las partidas presupuestarias destinadas a la resocialización y construir más cárceles o inaugurar y potenciar el negocio de las cárceles privadas.

El populismo punitivo apareció, por tanto, en un contexto histórico, social y económico concreto, al modo de un conjunto de planteamientos y respuestas políticas, desde una óptica neoliberal/conservadora muy doctrinaria e hiperideologizada, a las profundas transformaciones socioeconómicas de una determinada fase de desarrollo capitalista bajo la férrea hegemonía del capital financiero internacionalizado. Al triunfar dichos planteamientos y convertirse en políticas públicas y cambios culturales en la ciudadanía, Beckett y Western (2000) afirman que se ha pasado de lograr mantener el orden social mediante el Estado Social (Welfare State) al control social (Social Control). Hecho que Simon (2007), en su obra *Governing through crime*, desarrolla estableciendo que se pretende encarar los problemas sociales utilizando –fundamentalmente–

4 David Garland, *The Culture of Control* (Oxford: University Press, 2001).

la legislación penal; o sea, podríamos afirmar metafóricamente, "gobernar a través del delito"<sup>5</sup>. Además, recordemos, las evidencias empíricas muestran que los recortes en las prestaciones de los Estados Sociales han provocado un creciente aumento de las desigualdades sociales que, a su vez, ha propiciado un aumento de los comportamientos delictivos en los sectores más desfavorecidos de la sociedad. Factores que, al producirse en una atmósfera cultural neoliberal-conservadora, refuerzan la idea de que hay que reducir los delitos incrementando las penas. Individualizando los delitos y velando por los factores sociales como variables en la existencia/aumento/disminución de la criminalidad.

La implementación de estas políticas criminalísticas causó un gran aumento de la población reclusa en Occidente. En EE.UU, ejemplo paradigmático del éxito del populismo punitivo, de 1980 a 2014 la población encarcelada se triplicó hasta la cifra de 2,217 millones en julio de 2015 –llegando a ser el 22% de la población reclusa mundial–. En esas fechas, 1 de cada 31 ciudadanos adultos de EE.UU (con una sobrerrepresentación de la población afroamericana) estaba recluido en cárceles federales, estatales regionales o privadas; cantidad a la que hay que sumar otros 4 millones de personas que estaban sometidas a otras medidas cautelares penales (más datos sobre sistema penitenciario estadounidense en [www.sentencingproject.org](http://www.sentencingproject.org)).

La gravedad de las consecuencias sociales del paso de sociedades rehabilitadoras a incapacitadoras (los delincuentes son "emprendedores fuera de la ley" que hay que apartar de la sociedad) ha ocasionado el interés académico por desvelar sus causas. L. Wacquant en *Las cárceles de la miseria* (2000) y *Castigar a los pobres* (2010) y M. Tonry en *Thinking about crime* (2004), desde una perspectiva más sociológica y politológica el primero y más jurista el segundo, analizan a fondo la racionalidad sistémica de este relevante fenómeno del populismo punitivo. Desde un enfoque más europeo, explicitando su globalización, cabe citar los estudios de Green y Rutherford, *Criminal policy in transition* (2000); Karstedt y Bussmann, *Social Dynamics of Crime and Control* (2000); Hope y Sparks, *Crime, Risk and insecurity* (2001); Stenson y Sullivan, *Crime, Risk and Justice*, (2001); Pratt et al., *The new punitiveness* (2005), entre otros. La aguda inteligencia de M. Pavarini resume de esta forma la última ratio de lo que está sucediendo: "El crecimiento de la multitud de excluidos torna políticamente irreal el proyecto de orden social a través de la inclusión"<sup>6</sup>.

Las motivaciones sistémicas de esta deriva occidental autoritaria/penal tienen su origen en las mencionadas transformaciones estructurales del paso de sociedades de sistema de producción fordista a post-fordista<sup>7</sup>. Como exponíamos en otro trabajo anterior<sup>8</sup>, globalización, neoliberalismo, reconversión del sistema productivo y reorganización de la fuerza de trabajo son diferentes aspectos de un mismo proceso: una nueva fase del capitalismo hegemonizada por el sistema financiero y acelerados sus efectos por los ciclos económicos recesivos<sup>9</sup>. Teniendo como revelador resultado el gradual recorte de los beneficios sociales, el incremento de las rentas del capital a costa de las rentas del trabajo<sup>10</sup> y el constante aumento de la pobreza y las desigualdades.

5 Jonathan Simon, *How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear* (New York: Oxford University Press, 2007).

6 Massimo Pavarini, *Castigar al enemigo Criminalidad, exclusión e inseguridad* (Quito: FLACSO, 2009), 74.

7 David Garland, *The Culture of Control* (Oxford: University Press, 2001); Francisco Letamendia, *Estructura política del mundo del trabajo: fordismo y posfordismo* (Madrid: Tecnos, 2009); Massimo Pavarini, *Castigar al enemigo Criminalidad, exclusión e inseguridad* (Quito: FLACSO, 2009); David Harvey, *Breve historia del neoliberalismo* (Madrid: Akal, 2007).

8 Joan Antón-Mellón, Gemma Álvarez y Pedro Andrés Pérez Rothstein, "Populismo punitivo en España (1995-2015): presión mediática y reformas legislativas", *Revista Española de Ciencia Política*, n.º 43 (2017): 7.

9 Daniel Zolo, *Globalización. Un mapa de los problemas* (Bilbao: Ediciones Mensajero, 2006).

10 Josep Fontana, *Por el bien del imperio. Una historia del mundo desde 1945* (Barcelona: Pasado y Presente, 2011); Thomas Piketty, *Capital in the Twenty-First Century* (Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 2014).



La respuesta neoconservadora, dadas las consecuencias sociales de estos procesos macroeconómicos, ha sido criminalizar la pobreza, individualizar los problemas sociales y adoptar estrategias mixtificadoras y represivas. El neoliberalismo/neoconservadurismo, pues, enfatiza la responsabilidad individual del delito (la comisión de un delito depende de uno mismo) y arrincona las causas generadoras de la delincuencia, actuando únicamente en la penalización del acto. El populismo punitivo es, por tanto y al mismo tiempo, uno de los recursos utilizados como punto de inserción entre cambios socioeconómicos estructurales, hegemonía ideológica neoliberal, derecho y políticas públicas. Como afirma el sociólogo criminalista J. Young: "En este último mundo moderno la exclusión se produce en tres niveles: la exclusión económica en los mercados de trabajo, la exclusión social entre la gente de la sociedad civil y las siempre expansivas actividades excluyentes del sistema de justicia criminal y la seguridad privada"<sup>11</sup>.

El mencionado L. Wacquant expone en varias de sus obras referidas que el populismo punitivo es uno de los factores sustentadores clave de la racionalidad sistémica del neoliberalismo, e incluso lo analiza no como una consecuencia de este, sino como una imperiosa necesidad estructural para su implementación, desarrollo y supervivencia<sup>12</sup>. Se trata de consolidar un determinado proyecto político para un mundo globalizado y transnacional. Gobernado, indirectamente, por una tecnoestructura que ha edificado, con el auxilio entusiasta de élites políticas e instituciones reguladoras tipo FMI, unas concretas relaciones económicas y políticas entre mercados, Estados y ciudadanía. Relaciones en las que los factores decisivos son aquellos que permiten su reproducción y el mantenimiento de unas tasas de beneficio de las inversiones efectuadas por las élites dirigentes y su hegemonía política y cultural.

Las políticas criminalísticas incapacitadoras sólo pueden entenderse si nuestros anteriores análisis aciertan en su imbricación funcional con otras lógicas sistémicas, previamente referidas, con las cuales se incardinan: razones económicas –desregulación económica, reducción (en la medida de lo políticamente posible) de los beneficios y ayudas sociales, aumento de los beneficios del capital en detrimento de los del trabajo etc.–; razones culturales –potenciamiento del hiperindividualismo y el hipermaterialismo, autorresponsabilidad y cultura del emprendimiento, criminalización de la pobreza, enaltecimiento político de las víctimas etc.– y razones penales –populismo punitivo en creciente expansión–.

Para Larrauri (2006), concluyendo este apartado, el aumento de la población reclusa occidental es, también, consecuencia, método y exponente del neoliberalismo/neoconservadurismo. Según su análisis, los factores económicos, políticos, sociales, culturales y penales se entrelazan sistémicamente. Recortes y/o supresión de ayudas sociales; reconversiones del sistema productivo y gradual aumento de las desigualdades, pobreza en aumento e inestabilidad e inseguridad laboral; deslocalización de empresas con vistas a reducir los costes de producción y aumentar los beneficios. Aumento creciente de unos sectores de la población excluidos del sistema, en término anglosajón *underclass*, según la terminología utilizada por algunos países latinoamericanos (p. e. Colombia o Costa Rica) desechables por razón de su pertenencia a minorías étnicas, género, edad o clase social. Nueva visión del delincuente como exclusivo culpable de sus actos individuales sin inquirir en los factores sociales que inciden en actitudes y comportamientos<sup>13</sup>. Conduciendo todo ello, concluye, a un determinado criterio y modelo político: estas sociedades sólo pueden ser gobernadas eficazmente mediante un sistema punitivo muy fuerte y desarrollado. El último recurso social que debería utilizarse, el Código Penal, se convierte en la punta de lanza de un sistema incapacitador de control social que, gradualmente, va abandonando sus anteriores criterios democráticos rehabilitadores.

11 Jock Young, *The Exclusive Society* (London: Sage, 2003), 5.

12 Loïc Wacquant, *Castigar a los pobres: el gobierno neoliberal de la inseguridad social* (Durham: Duke University Press, 2009).

13 Elena Larrauri, "Populismo punitivo y cómo resistirlo", *Revista Jueces para la Democracia*, n.º 55 (2006): 15-22.

## 2. Características del populismo punitivo

El conjunto de académicos que han investigado los componentes y características del populismo punitivo coinciden en destacar tres factores que constituyen el núcleo de su lógica argumentativa o narrativa: el cambio del papel atribuido a la cárcel, según criterios de sustitución del paradigma resocializador al paradigma incapacitador; colocar en primer plano los sentimientos y opiniones de las víctimas y, por último, la politización y utilización electoralista de las percepciones subjetivas ciudadanas de la inseguridad vehiculadas por los medios de comunicación de masas sensacionalistas.

Garland (2001), incluso, establece un modelo teórico y desglosa un conjunto de doce indicadores que nos pueden permitir contrastar, medir y valorar el grado de implementación del populismo punitivo en una sociedad: el cuestionamiento de los criterios resocializadores; el incremento de las sanciones punitivas y degradantes; la magnificación de las víctimas; el cambio de la cultura punitiva en la sociedad, predominando el castigo/venganza sobre la resocialización; la anteposición de criterios de protección pública a otras variables; la politización y electoralismo de las cuestiones criminológicas; la visión de las prisiones como medio casi exclusivo para lograr la incapacitación de los delincuentes; la variación del pensamiento criminológico en el sentido de juzgar la delincuencia como actos racionales; el reconocimiento de las limitaciones del Estado para lograr el control de los delitos y que la responsabilidad del delito debe recaer en la sociedad y en el propio delincuente; la compaginación de los ámbitos públicos y privados en las tareas de prevención y control del delito; la introducción de criterios exclusivamente económicos de coste-beneficio en materia penal en lugar de juicios individualizados o criterios normativos y la exposición discursiva reiterada de crisis que necesita la implementación de medidas eficaces<sup>14</sup>. De aquellos tres factores más relevantes, articulados con los anteriores indicadores, es necesario ampliar analíticamente el destacado papel de la cárcel, la cuestión de las víctimas y la politización y uso electoralista demagógico de la percepción social de la inseguridad.

Sobre las prisiones y su cambio de funcionalidad y cultura criminalística referencial, Stiglitz (2012), por reiterar otra autorizada opinión académica, subraya que el neoliberalismo hegemónico establece que las instituciones penitenciarias son, de facto, el instrumento de control social "necesario" ante el constante aumento de las desigualdades, la pobreza y la exclusión social en Occidente<sup>15</sup>. Esta "solución" requiere de un cambio en la visión cultural-social del delincuente, como expone Díez Ripollés: "El delincuente deja de ser un ser socialmente desfavorecido y marginado al que la sociedad estaba obligada a prestar ayuda, para ser visto como un ser que persigue intereses egoístas e inmorales, a costa de los legítimos intereses de los demás"<sup>16</sup>. La visión del *homo economicus* se traslada al delincuente, y a éste se le juzga socialmente como un ser libre y autónomo (no como un marginado con déficits y carencias sociales) que obra de un modo perfectamente racional, escogiendo libremente sus opciones, maximizando sus intereses y haciendo un buen uso de las oportunidades que se le presentan en el mercado.

Por lo que se refiere al creciente papel de las víctimas, se ha privilegiado la opinión justiciera de estas en la adopción de políticas públicas y en la legislación penal. Los crímenes truculentos producen víctimas y alarma social y son amplificados por unos medios de comunicación de masas ávidos de ganar cuotas de audiencia que se plasmarán en suculentos beneficios económicos. Lo cual produce un incremento de la percepción social subjetiva de inseguridad a la que las élites dirigentes deben dar respuesta, máxime en situaciones puntuales de pánico moral. Aumentan

14 David Garland, *The Culture of Control* (Oxford: University Press, 2001).

15 Joseph Stiglitz, *The Price of Inequality: How Today's Divided Society Endangers Our Future* (New York/London: W.W. Norton & Company, 2012).

16 José Luis Díez Ripollés, "El nuevo modelo de seguridad ciudadana", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 6 (2004): 29.



las asociaciones de víctimas (terrorismo, tráfico, mujeres maltratadas etc.) que se organizan como auténticos lobbys para lograr sus reivindicaciones y objetivos justicieros, protagonizando y parcializando los debates criminalísticos y dejando en un plano subalterno irrelevante la opinión de los expertos, los datos objetivos e incluso el bienestar del conjunto de la sociedad. Como expone Díez Ripollés: "La relación entre víctima y delincuente ha entrado en un juego de sumacero: cualquier ganancia por parte del delincuente, por ejemplo, en garantías procesales o en beneficios penitenciarios, supone una pérdida para las víctimas, que lo ven como un agravio o una forma de eludir las consecuencias de la condena"<sup>17</sup>. Las víctimas y las asociaciones de víctimas presionan a las Administraciones Públicas y los medios de comunicación de masas se hacen eco amplificador de crímenes, investigaciones, juicios y actuaciones políticas de los diferentes actores sociales. Como es obvio, los partidos políticos no son ajenos a estos cambios y realidades de la opinión pública, de ahí que articulen (unos más que otros) discursos y cambios legislativos para satisfacer las demandas existentes y derrotar electoralmente a sus adversarios.

Como muestra, veamos el programa electoral que el Partido Popular (PP) presentó en las elecciones del 2008. Este incorporaba un apartado acerca de: "Una justicia al servicio del ciudadano y protectora de las víctimas" y se indicaba:

Reforzaremos el papel de las víctimas y sus derechos, reformando el Código Penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley General Penitenciaria, incorporando nuevos derechos para las víctimas y un mayor protagonismo procesal, de forma que sean necesariamente oídas antes de acordar la libertad condicional de cualquier condenado por delitos graves contra las personas.<sup>18</sup>

Finalmente, en este apartado, respecto a la politización y electoralismo demagógico de las cuestiones relativas a la inseguridad criminal, reiteremos cuáles son los objetivos partidistas: minar las expectativas electorales de los adversarios e incrementar las propias. Académicos estudiosos del tema que nos ocupa han llegado a idénticas conclusiones. Fuentes Osorio (2005); Luis Pérez-Neto (2010) y García-Borés (2015) afirman que los réditos que logran los partidos políticos adoptando la lógica argumentativa y los criterios populistas punitivos son: satisfacer las demandas de la opinión pública, dar la sensación política de respuesta inmediata y eficaz a los problemas sociales, estupefaciente psicológico para las ansiedades sociales y, finalmente, no tener que enfrentarse con las causas sistémicas de los problemas<sup>19</sup>.

### 3. El encarcelamiento como herramienta principal del populismo punitivo en España (1995-2016)

#### 3.1. Etapas y evolución del sistema penitenciario español (1995-2016)

Siguiendo los análisis de Brandariz (2016) y Antón-Mellón et alia (2016) estableceremos tres etapas diferenciadas en el sistema penitenciario español de las *últimas décadas*: una etapa de *transición* (1995-2000); una etapa de expansión (2000-2010) y una etapa de recesión (2010-2016).

En la primera etapa de transición, de 1995 al 2000, tienen lugar tres importantes transformaciones que constituyeron los fundamentos de unas nuevas etapas en política carcelaria. La primera fue la aprobación del llamado "Código Penal de la Democracia" (LO 10/1995), sustituto de la legislación

<sup>17</sup> José Luis Díez Ripollés, "El nuevo modelo de seguridad ciudadana", 29.

<sup>18</sup> Partido Popular, *Programa de Gobierno* (Madrid: Partido Popular, 2008), 50.

<sup>19</sup> Juan Fuentes Osorio, "Los medios de comunicación y el Derecho Penal", *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, n.º 7 (2005): 1-51; Luis Peres-Neto, "Prensa, Política Criminal y Opinión Pública: El Populismo Punitivo en España" (Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2010).

penal de la dictadura (1944/1973). En dicho Código, se introdujeron nuevas penas como el arresto de fin de semana o los trabajos en beneficio de la comunidad, el reforzamiento de la suspensión condicional de las penas privativas de libertad o la implantación de la institución de la sustitución de la prisión. Sin embargo, su resultado fue más severo en la práctica que su antecesor (a pesar de que sus consecuencias se manifestaron en la siguiente etapa), a raíz de la derogación de la institución de la redención de penas por el trabajo (art. 10 CP 1944/1973).

La segunda relevante transformación se relacionaba con el cambio en los perfiles mayoritarios de la población reclusa. A mediados de la década de los 90 del pasado siglo finaliza el denominado ciclo de la heroína: el consumo de esa droga por miles de jóvenes toxicómanos, a menudo politoxicómanos, había llenado las cárceles de drogadictos y la pequeña delincuencia estaba intrínsecamente unida a devastadoras y graves adicciones y delitos contra la salud pública. El consumo de heroína disminuye a causa de la aparición de nuevas drogas más baratas, el descenso de precios de otros estupefacientes y la información existente sobre los riesgos de su consumo reiterado. Como consecuencia, en las cárceles españolas se diversifican los perfiles de los reclusos.

La tercera transformación reseñable, también producida a mediados de los 90, consiste en la política de edificación de nuevos establecimientos penitenciarios, sustitutos de las clásicas cárceles radiales prototípicas de etapas anteriores de modelo panóptico. Estas nuevas cárceles se diseñan a partir de unidades modulares, denominadas Centros-Tipo, donde se logra mejorar altamente las condiciones de habitabilidad, aliviar los problemas derivados de la sobreocupación y racionalizar las condiciones de seguridad de reclusos y funcionarios. Sin embargo, los inconvenientes fueron que la estructura modular de los Centros-Tipo restringía las relaciones personales y de circulación de los presos, los contactos con el exterior y el régimen de visitas, dados los lugares lejanos a los centros urbanos en los que dichos centros se construyeron. En paralelo, se construyeron los CIS (Centros de Inserción Social), de régimen abierto: éstos se diseñaron para el cumplimiento alternativo del encierro carcelario y, en una primera etapa, para los arrestos de fin de semana. En dichos centros se separaba a los reclusos de segundo y tercer grado y, dado que sus criterios teóricos respondían a una lógica reintegradora y resocializadora, estaban situados en zonas urbanas.

Cabe reseñar que en esta etapa los grandes partidos que se turnan en el poder (PSOE y PP) comparten algunos elementos teóricos incapacitadores en materia criminal, debido en parte a la problemática del terrorismo etarra que se asocia a factores de seguridad ciudadana. El análisis de los discursos electorales de los comicios de 1996 y 2000 así lo evidencia, aunque persiste una retórica garantista. En esos comicios sólo IU apuesta por un modelo penitenciario terapéutico y resocializador, en las antípodas de los criterios populistas punitivos incapacitadores.

La segunda etapa de expansión, de 2000 a 2010, se caracteriza por el fin definitivo del ciclo de la heroína y la sustitución mayoritaria del drogadicto marginado por población reclusa inmigrante, fruto de la llegada masiva de extranjeros a España debido al gran crecimiento económico de esos años, reflejado en el hecho de que en 2009 la población reclusa extranjera era el 35,7% del total. Se continúa con la política de construcción de nuevos centros penitenciarios, inaugurándose 6 Centros-Tipo y 22 centros de reinserción social. Fueron necesarios más centros, ya que la población reclusa en España aumentaba gradualmente, pues la aplicación del Código Penal de 1995 había causado un proceso de aumento de la punición tanto en términos extensivos (incremento de los delitos) como extensivos (duración de las penas). Por ejemplo, la duración media de encarcelación en el año 2000 era de 13,1 meses y en 2010 era de 19,3 meses; un aumento del 47,3%. Dichos criterios penales se intensificaron a partir de 2003 con la administración del PP, cuando se profundizó en la expansión intensiva –ampliación del volumen de conductas penalizables, LO 15/2003– y la expansión extensiva –crecimiento sostenido de la duración efectiva de los tiempos de cumplimiento de la pena, LO 7/2003–.

El Gobierno del PP, presidido por José María Aznar, justificó del 2000 al 2004 su política criminal de endurecimiento progresivo por el terrorismo etarra y la pequeña delincuencia urbana, que había aumentado la percepción subjetiva de inseguridad en las grandes urbes. Se incrementaron las penas por terrorismo hasta extremos que rozaban la inconstitucionalidad, como la Ley Parot, se restringió el acceso al tercer grado penitenciario y a la libertad condicional y se castigaron con mayor dureza las penas por delitos menores: en estos años se aprobaron más de 15 reformas penales, siempre desde una óptica incapacitadora y populista punitiva. La mayoría absoluta del PP de esos años garantizaba la aprobación, hubiera o no debate parlamentario cuestionador, de los mencionados textos legislativos.

Echando más leña al fuego, la oposición parlamentaria del PSOE, liderada por José Luis Rodríguez Zapatero, vio una oportunidad de desgastar políticamente al PP denunciando, reiteradamente, el aumento de la criminalidad, factor refrendado por los barómetros de opinión del CIS de 2002 que reflejaban que la inseguridad en España había pasado de estar en el décimo lugar de problemas prioritarios al tercero. De esta forma, los debates parlamentarios entre los dos partidos mayoritarios polemizaban en torno a cuánto se debían incrementar las penas, y sus líderes políticos recibían a los representantes de las asociaciones de víctimas y a los familiares de crímenes truculentos, muy atentos políticamente a una opinión pública traumatizada por los atentados etarras y determinados crímenes de índole sexual, profusamente publicitados por los medios de comunicación de masas sensacionalistas.

En la tercera etapa de recesión (2010-2016) las gravísimas consecuencias socioeconómicas de la crisis que se había iniciado en 2008 inciden de lleno en las decisiones que se adoptan en materia penal. Máxime si tenemos presente que se hacen recaer los costes de la crisis sobre los sectores más desfavorecidos y vulnerables de la sociedad. La reforma laboral legaliza una gran disminución de la capacidad adquisitiva de los salarios mediante diferentes medios: abaratamiento de los despidos, precarización laboral, congelación de sueldos, aumento del paro, menos ingresos y más gastos. La fase expansiva anterior debe ser corregida por nuevas reformas legislativas como la LO 5/2010 para la reforma del Código Penal (promovida por la administración PSOE), por la cual se reducían las penas por múltiples delitos, por ejemplo, en delitos contra la salud pública (drogas, arts. 368 y ss. del Código Penal). En este período la población reclusa española alcanza la cifra de 76.951 reclusos, la más alta desde los años 50 del pasado siglo. Los recortes presupuestarios determinan que sea necesaria la disminución de la población encarcelada. Entre mayo de 2010 y octubre de 2013 los presos se reducen en un 12%.

### 3.2 Síntesis conclusiva de las tres etapas sobre criterios penalísticos populistas punitivos y datos empíricos en España

A nivel de políticas penitenciarias, tanto en Occidente como en España, en el periodo analizado el recurso de prisión se convierte en el pilar central de las políticas de corte populista punitivo; en España, de manera paradigmática en forma y fondo, a través de la ampliación de los supuestos legales que posibilitan la adopción de la pena de pérdida de libertad –LO 13/2003–. Todo ello conlleva el aumento progresivo ya citado de la población reclusa, debido a la creciente “solución” de cárcel que provoca el populismo punitivo a los problemas sociales de transformación sistémica, como previamente vimos. Por todo ello, se deduce que la progresión del número de personas privadas de libertad en un país es un indicador de causa y efecto importante a la hora de calibrar la implantación del populismo penal. Si centramos el análisis en el Estado español, encontramos que la ratio de población reclusa se ha doblado entre la década de los 80 hasta la primera de los 2000. Tal y como apunta Díez Ripollés (2006), en la década de los 2000 la tasa comparada de población en prisión en España se situaba por encima de la media europea,

sólo superada por Inglaterra/Gales y Polonia<sup>20</sup>; en el año 2009, España se situó como el país europeo con la mayor tasa de encarcelamiento (excluyendo a Suiza y Luxemburgo). El informe 2015 de ROSEP, el Observatorio del Entorno Penitenciario de la Red de Organizaciones Sociales del Entorno Penitenciario indica que la tasa de encarcelamiento actual en España se sitúa un 32% por encima de la media de los países europeos, habiendo en España el doble de reclusos que en Finlandia y Suecia.

Según el informe de la ACAIP (Agrupación de los Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias) de 2010, la tasa de población penitenciaria en España ha experimentado un incremento incesante desde el año 1996, acelerándose a partir del siglo XXI y llegando a su punto más álgido en 2009 (76.951 encarcelados), año a partir del cual inició un descenso que se mantiene hasta la actualidad. Como apuntan García-Borés y Rivera (2016), en 2010 la cifra total de reclusos había disminuido a 73.929, menos del 0,5% respecto al año anterior; en 2015 ésta cifra había pasado a 61.614 reclusos<sup>21</sup>. En otras palabras, del 2009 a 2015 la población reclusa total había disminuido un 19%. La tasa de encarcelamiento por 100.000 habitantes ha bajado progresivamente de 161 en 2010 a 133 en 2015. Lo mismo sucede con el porcentaje de extranjeros en prisión, que contaba un 35,6% en 2010 y se situaba en el 29,0% en el 2015. Contrariamente, el índice AROPE (pobreza y riesgo de exclusión social, por porcentaje de habitantes) ha aumentado progresivamente a un ritmo similar a la disminución del número de reclusos (26,1% en 2010 y 28,6% en 2015). El informe 2015 de ROSEP, antes mencionado, indica también que la tasa de delito española se sitúa un 27% por debajo del promedio de la Europa de los 15 (Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, España, Francia, Portugal, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Reino Unido y Suecia), así como que el país ocupa el tercer puesto en el ranking de países con mayor seguridad. En la misma línea, el informe expone que la media de las condenas en España es de 18 meses, mientras que en el conjunto de Europa es de 7,1.

Actualmente, según datos del Ministerio del Interior de junio de 2017, la población reclusa total es de 60.647 personas, siendo un 92,44% hombres y el 7,56% restante mujeres. Del total, un 28,17% son de nacionalidad extranjera. Sin embargo, a pesar de los datos relativamente buenos en cuanto a seguridad y número de delitos, la tasa de encarcelamiento sigue siendo alta, llegando a multiplicarse por 8 en los últimos 40 años. El mencionado informe ROSEP (2015) indica también que, si España tuviera una tasa de encarcelamiento acorde a su tasa de criminalidad y a la media europea, habría una población penitenciaria de aproximadamente la mitad de la cifra de la población actual.

Ahora bien, y aquí entra en juego la otra variable central del presente artículo, estas cifras de baja delincuencia contrastan con el inagotable aumento de la atención mediática morbosa que despierta la criminalidad a través de los medios de comunicación y redes sociales, las cuales actúan como altavoces del miedo, la sensación de inseguridad y el pánico moral. En otras palabras, existe una falta absoluta de correspondencia entre el incremento de dicha atención y preocupación con la evolución de las tasas de criminalidad en España<sup>22</sup>.

## 4. Opinión Pública y leyes penales en España (1995-2016)

Entre los años 2000- 2004, como vimos, tuvieron lugar una serie de reformas penales punitivas que terminaron de desvirtuar el carácter rehabilitador del Código Penal español de 1995 mediante una expansión extensiva de las conductas penadas y de un crecimiento sostenido de la duración

20 José Luis Díez Ripollés, “Algunos rasgos de la delincuencia en España a comienzos del siglo XXI”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, n.º 4 (2006).

21 Josép García-Borés e Iñaki Rivera, *La cárcel dispar* (Barcelona: Ediciones Bellaterra, 2016).

22 José Luis Díez Ripollés, “Algunos rasgos de la delincuencia en España a comienzos del siglo XXI”.

efectiva de los tiempos de cumplimiento (LO 15/2003 y LO 7/2003). Así, el apodado "Código Penal de la Democracia" de 1995 se vio endurecido mediante diversas reformas penales que se aprobaron en la VII legislatura española, bajo la presidencia de José María Aznar y con la referida mayoría absoluta del Partido Popular tanto en el Congreso (183 diputados) como en el Senado (121 senadores). Es en este quinquenio cuando se certifica la deriva punitiva del Derecho Penal español, como señala García Arán, en el que los medios de comunicación han sido un factor coadyuvante al contribuir a legitimar la necesidad de endurecer las penas<sup>23</sup>.

Es a través del tratamiento mediático que los medios de comunicación realizan de los sucesos violentos acontecidos en los últimos años por lo que el populismo punitivo avanza en su influencia: las decisiones políticas en materia penal están estrechamente vinculadas con los sucesos desviados que ocurren en una sociedad y el eco y tratamiento que se hace de su cobertura mediática<sup>24</sup>. Este hecho terminó originando el denominado "Derecho Penal Simbólico", en el que el Derecho Penal responde a una supuesta demanda de seguridad con el endurecimiento de las penas con el fin de calmar los ánimos de la opinión pública<sup>25</sup>. A ello debe añadirse un contexto de desafección política y pérdida de confianza en los políticos, que hace que la acción política en materia penal sirva para reforzar el poder y la legitimidad de los políticos, poniendo de manifiesto que se preocupan por los problemas del pueblo.

Esta deriva punitiva del sistema penal coincidió también en España con una época de inseguridad generalizada, recogida por los barómetros de opinión del CIS de dicho año, en los que se mostraba la inseguridad ciudadana dentro de los principales problemas percibidos por la población, después del paro y el terrorismo y antes que la inmigración y las drogas, situándose en los dos años anteriores en el décimo lugar<sup>26</sup>.

Con el propósito de descifrar el impacto de los medios de comunicación en la fijación de temas electorales en la agenda pública, McCombs y Shaw, en su estudio de 1972, dieron forma a la Teoría del *agenda-setting*, la cual demostró, en el transcurso de su estudio en torno a la campaña presidencial de 1968 en Chapel Hill (Carolina del Norte), que había una gran correlación entre los temas presentados por los medios y los temas que los ciudadanos señalaron como más importantes<sup>27</sup>. Así, si bien McCombs y Shaw acuñaron el término de *agenda-setting*, dicha idea cuenta con antecedentes importantes entre los que se cuenta a Lippmann y su obra *Public Opinion*<sup>28</sup>. La Teoría de la *agenda-setting* hace referencia al poder de que disponen los medios de comunicación para situar un determinado tema en el debate público, convirtiéndolo en un asunto de interés nacional, independientemente de la importancia intrínseca de dicho tema<sup>29</sup>. En este sentido, McCombs (2006: 135) señala que es una "teoría sobre la transferencia de relevancia de las imágenes del mundo que dan los medios de comunicación a las imágenes de nuestra cabeza"<sup>30</sup>. Por tanto, estamos ante la función señalizadora de las noticias que apuntaba el

23 Mercedes García Arán y Joan Botella Corral, *Malas noticias, medios de comunicación y garantías procesales en España* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008), 44.

24 Una versión más desarrollada de este apartado en Joan Antón-Mellón, Gemma Álvarez y Pedro Andrés Pérez Rothstein, "Medios de comunicación y Populismo punitivo en España: estado de la cuestión". *Revista Crítica Penal y Poder*, n.º 9 (2015).

25 Luis Pozuelo Pérez, *La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes* (Madrid: Marcial Pons, 2013), 86.

26 Valcárcel Ramón Sáez, "La Inseguridad, Lema de Campaña Electoral", *Revista Jueces para la Democracia, Información y debate*, n.º 45 (2002): 3.

27 Maxwell McCombs y Donald L. Shaw, "The Agenda-Setting Functions of Mass Media", *Public Opinion Quarterly* 36, n.º 2 (1972).

28 Walter Lippmann, *La Opinión Pública* (Buenos Aires: Compañía General Fabril Editora, 1964).

29 Daniel Varona Gómez, "Medios de Comunicación y Punitivismo", *Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1 (2011): 3.

30 Maxwell McCombs, *Establecimiento de la agenda: El impacto de los medios en la opinión pública y en el conocimiento* (Barcelona: Paidós, 2006): 135.

sociólogo estadounidense Robert Park<sup>31</sup>. En otras palabras, los medios de comunicación, al tener la capacidad de seleccionar, presentar y plantear sus noticias, terminan determinando la agenda pública y, por ende, aquello que es objeto de debate público<sup>32</sup>. Así, los medios de comunicación imponen los temas más discutidos en la sociedad, fijando el calendario de los hechos sociales, seleccionando lo que es y lo que no es importante. Las sucesivas aplicaciones de esta teoría han evidenciado su eficacia como instrumento teórico-metodológico para analizar la capacidad de influencia y poder de los medios de comunicación por medio del *priming* y del *framing*; es decir, la elección de aquellos acontecimientos que serán noticia y la reinterpretación y encuadre que terminará en opinión pública. Es tan relevante qué noticias aparecen en la prensa como la manera en que son tratadas y presentadas a la sociedad; en otras palabras, las personas no sólo reciben información a través de los medios de comunicación, sino que aprenden qué temas o asuntos deben considerar prioritarios y qué énfasis les deben de dar. Por tanto, las personas perciben el mundo a través de lo que los medios le cuentan y cómo se lo cuentan, llegando el público a elaborar sus propias opiniones a raíz de lo recibido.

No obstante, los efectos que ejercen los medios de comunicación están supeditados a las experiencias de la audiencia sobre temas específicos. En este sentido, Soto señala que la imagen que un ciudadano cualquiera puede componerse sobre la criminalidad en su país depende, en primer lugar, de su propia experiencia como víctima o de la de sus allegados, y, en segundo lugar, se convierten en fuente principal las noticias que difunden los medios en relación con la delincuencia, además del mero rumor sobre la experiencia de otros<sup>33</sup>. De modo que las olas de criminalidad que impulsan los medios suelen ejercer una gran influencia en la ciudadanía, sobre todo en aquellos que no tienen experiencia directa en este campo.

Un buen ejemplo de estos dos niveles de *agenda-setting* y de su influencia en la inseguridad ciudadana española lo encontramos en el trabajo de Soto referido, en el que pone de manifiesto, mediante un análisis cualitativo del diario El País, cómo las noticias de delincuencia, en el periodo 2001 a 2003, pasan de un promedio mensual de treinta y siete a un promedio mensual de sesenta y tres. Dichas noticias, más de la mitad, son de sucesos que copan muchos artículos de opinión y reportajes. Los delitos que contaban con mayor cobertura informativa son, sobre todo, los homicidios y asesinatos (30,57%), seguidos de las lesiones, delitos contra la libertad sexual, el robo y desordenes públicos. El 71,87% de las noticias sobre la delincuencia se encontraban en la parte nacional (España) y solían situarse en las primeras páginas. Además, el 45,51% de las noticias contaba con apoyo gráfico (ilustraciones, fotografías, diagramas, representaciones estadísticas, etc.) y la mayor parte de los titulares sobre delincuencia violenta tenía un marcado tono dramático.

Así, con la expansión de los medios de comunicación de masas desde principios del siglo XX, dichos medios han sido conscientes de la atracción que ejercen las noticias sobre delitos, permitiéndoles emplear géneros narrativos muy interesantes. En los relatos criminales, la audiencia espera una historia con un principio y un final, que permita hacer un discurso dramático y emotivo, creando una visión simplista y escasamente meditada, pero que a la vez capta y retiene la atención del lector<sup>34</sup>. Varona afirma que "lo criminal es mediático por naturaleza", así que no es sorprendente el tratamiento destacado que ofrecen los medios de comunicación a la delincuencia o sucesos desviados<sup>35</sup>. En las crónicas periodísticas suele imperar lo negativo, pues las malas noticias sobre delincuencia tienen reservado un lugar privilegiado en los medios de

31 Maxwell McCombs, *Establecimiento de la agenda: El impacto de los medios en la opinión pública y en el conocimiento*, 24.

32 Mercedes García Arán y Joan Botella Corral, *Malas noticias, medios de comunicación y garantías procesales en España*, 25.

33 Susana Soto Navarro, "La Influencia de los Medios en la Percepción Social de la Delincuencia", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 7 (2005): 3.

34 Francesc Barata, "Los mass media y el pensamiento criminológico", en el García-Borés *Sistema penal y problemas sociales*, coord. Roberto Bergalli (Valencia: Tirant lo Blanch, 2003), 487-514.

35 Daniel Varona Gómez, "Medios de Comunicación y Punitivismo", *Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1 (2011): 15.



comunicación. Así, cuando las noticias sobre la delincuencia alcanzan los medios de comunicación lo suelen hacer bajo la lógica de la problematización o de la alarma. Apuntan a un aumento preocupante de la delincuencia, agravado por la ineficacia policial o más frecuentemente del aparato judicial penal. Por eso, no es de extrañar que las noticias sobre delincuencia que copan la información sean aquéllas en las que predomina la violencia y el dramatismo, inflándose con ello artificialmente la magnitud del problema real de la delincuencia<sup>36</sup>. Barata afirma que hay elementos para sostener que los medios de comunicación construyen su propio discurso del delito, que en ocasiones tiene poco que ver con la realidad social<sup>37</sup>.

En 1988, Rogers y Dearing afirman que la Teoría de la *agenda-setting* hace referencia a la compleja interrelación que existe entre las tres agendas (mediática, pública y política). En España, por ejemplo, el detonante del aumento de las noticias sobre delincuencia e inseguridad ciudadana fue un repunte estadístico sobre la tasa de delincuencia española, aprovechado por el Partido Socialista Obrero Español (PSOE) –principal partido de la oposición– como estrategia política para debilitar al PP, que, como anunciábamos al principio, gozaba de mayoría absoluta.

Un buen ejemplo práctico lo encontramos en el caso de la menor Mari Luz Cortés, de tan sólo 5 años, que fue secuestrada, abusada sexualmente y asesinada en la capital Onubense el 13 de enero de 2008 por un pederasta. Los medios de comunicación denominaron a este suceso violento "el caso que puso al descubierto las deficiencias de un sistema judicial lento y obsoleto", ya que se descubrió que el agresor había abusado de la niña de sólo 5 años en la primavera de 1988, y en 2002 fue condenado por estos abusos sexuales, pero consiguió eludir la sentencia, ya que la recurrió en varias ocasiones. Así, pudo seguir libre y sin vigilancia durante varios años. Finalmente, fue condenado a 22 años de prisión por el asesinato y abuso sexual de Mari Luz Cortés. Este caso tuvo una gran repercusión mediática, de ahí que el caso fuera juzgado por un tribunal profesional. La sociedad se movilizó contra la "pasividad" y la "inutilidad" de la justicia, que permitió a un pederasta estar en la calle a pesar de sus condenas.

En este contexto, el padre de Mari Luz Cortés, Juan José Cortés, en unas declaraciones al diario El Mundo, el 30 de marzo de 2008, acusó del asesinato de su hija al propio Presidente del Gobierno, por aquel entonces José Luis Rodríguez Zapatero, le exigió responsabilidades al Gobierno y le hizo llegar su propuesta de instaurar en territorio español la cadena perpetua. En respuesta, el Gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero se mostró en contra de la cadena perpetua, ya que chocaba con la Constitución, pero le ofreció como solución crear un registro de pederastas que permitiera controlarlos. Años más tarde, en la justificación que el Partido Popular (PP) redactó en la presentación de una propuesta para endurecer el Código Penal en relación con los delitos de abusos sexuales a menores (posteriormente plasmada en la reforma del Código Penal en la LO 5/2010) encontramos una alusión al caso de Mari Luz Cortés.

Por otro lado, una de las características del populismo punitivo que se manifiesta de forma más directa en los medios de comunicación es el victimismo, lo que los autores han denominado el "retorno de la víctima", analizado en apartados anteriores. En este aspecto, los medios de comunicación han jugado un papel importante. Como recoge Pozuelo, la situación de las víctimas de delitos violentos "es con frecuencia explotada de forma morbosa por los medios de comunicación"<sup>38</sup>. Las noticias que narran el sufrimiento de las víctimas provocan, lógicamente, la empatía del público y como consecuencia, para paliar el sufrimiento de la víctima, esta demanda endurecer la ley penal. Los políticos, como son conscientes de su grado de responsabilidad en esta materia y de los réditos electorales que obtendrán de seguir esta demanda popular, responden endureciendo las penas, sin apenas reflexionar si la ley penal tiene una adecuada o eficaz respuesta a la problemática planteada.

La sociedad española ha experimentado en los últimos años varios sucesos violentos que han creado alarma social, producto del tratamiento informativo de los medios de comunicación. Como señala Landrove: "La alarma social es social porque es pública y es publicitada por unos medios de comunicación que, además, la retroalimentan, condicionando así la percepción de todo un colectivo sobre la inseguridad ciudadana; en suma, la alarma social se produce cuando los medios de comunicación dicen que se ha producido"<sup>39</sup>. En esta misma línea, Maqueda añade que "la representación sesgada de la realidad que los medios de comunicación ofrecen a través de esa permanente dramatización de la amenaza atribuida a la delincuencia refuerza el sentimiento de alarma social, acrecentando la sensación de inseguridad"<sup>40</sup>. Esto ha producido lo que se ha denominado una legislación "a golpe de telediario" o "a golpe de escándalo". El sentimiento de inseguridad, como sostiene Kessler (2009), es la sensación de indefensión que los individuos sienten ante una amenaza aleatoria<sup>41</sup>. Por tanto, creer que se puede ser víctima de un delito genera malestar y sensación de impotencia. Cuando la inseguridad individual se convierte en colectiva, estamos delante del "pánico moral", término acuñado por Stanley Cohen en 1972.

<sup>36</sup> Daniel Varona Gómez, "Medios de Comunicación y Punitivismo", 18.

<sup>37</sup> Francesc Barata, "El drama del delito en los mass media", Revista de Ciencias sociales: *Delito y sociedad*, n.º 11 y 12 (1998): 59-68.

<sup>38</sup> Luis Pozuelo Pérez, *La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes*, 87.

<sup>39</sup> Gerardo Landrove Díaz, *El Nuevo Derecho Penal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2009): 65.

<sup>40</sup> María Luisa Maqueda Abreu, "Crítica a la reforma penal anunciada", *Revista Jueces para la Democracia, Información y Debate*, n.º 47 (2003): 6.

<sup>41</sup> Gabriel Kessler, *El sentimiento de inseguridad. Sociología del temor al delito* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2009).



## 5. A modo de conclusión

■ El populismo punitivo es un pilar estructural de un modelo socioeconómico neoliberal/neoconservador hegemónico en los últimos decenios del siglo XX y primeros del XXI. Consiste en sustituir los criterios conformadores de los Estados de Bienestar por otros denominados de Control Social: politizando las leyes penales, criminalizando la pobreza y desarrollando una nueva cultura criminalística por la cual se abandonan los ideales resocializadores y se cambian por planteamientos incapacitadores. Se deja de intentar solucionar los déficits del delincuente como medio de reinsertarlo en la sociedad. No se escucha a los victimarios, pero sí a las víctimas, y estas pasan a jugar un papel relevante en la revisión de los planteamientos penales. Las víctimas se convierten en portavoces autorizados de la opinión pública. Una opinión pública en la que los medios de comunicación de masas sensacionalistas han ejercido un papel relevante, buscando incrementar sus beneficios con un tratamiento morboso de las noticias de crímenes especialmente terribles.

Finalmente hemos constatado cómo el estudio de la influencia de la opinión pública en los planteamientos teóricos de las reformas penales pone de relieve que, ante unos singulares sucesos criminalísticos, determinados decisores políticos han utilizado demagógicamente el Derecho Penal buscando réditos electorales y eludiendo el análisis de los factores estructurales y sistémicos que subyacen a todo acto criminal individual. Todo ello, en detrimento de los límites normativos de los regímenes políticos liberales, de los ideales resocializadores de los Estados de Bienestar y contradiciendo los objetivos democráticos avanzados de los Estados Sociales y Democráticos de Derecho de abolición gradual de los privilegios y profundización de la democracia.

Además, en un contexto de desafección política y pérdida de popularidad de nuestros representantes políticos, estos encuentran en el Derecho Penal un instrumento para mostrar su legitimidad e interés por los problemas sociales; politizando las leyes penales y otorgándoles un carácter mágico que, obviamente, no tienen. Son políticas de final de la cañería, reactivas y no proactivas, vengativas y no preventivas. La aplicación sistemática de estas políticas populistas punitivas va en contra de construir sociedades democráticas avanzadas, formadas por demócratas honestos y solidarios que quieren conseguir que sus esfuerzos personales redunden en el bienestar colectivo y al revés, sabiendo y estando orgullosos de que el estatus social que logren vendrá determinado por su capacidad y esfuerzo personal, no por su origen social, etnia, clase o género. La cárcel ha de ser la última ratio, no la primera; la excepción y no la regla.

## Bibliografía

Antón-Mellón, Joan, Gemma Álvarez y Pedro Andrés Pérez Rothstein. "Medios de comunicación y Populismo punitivo en España: estado de la cuestión". *Revista Crítica Penal y Poder*, n.º 9 (2015).

Antón-Mellón, Joan, Pedro Andrés Pérez Rothstein y Gemma Álvarez. "Populismo Punitivo: Discursos que acompañan normas y políticas". En *La cárcel dispar*, coordinado por J. García-Borés e Iñaki Rivera. Barcelona: Ediciones Bellaterra, 2016.

Antón-Mellón, Joan, Gemma Álvarez y Pedro Andrés Pérez Rothstein. "Populismo punitivo en España (1995-2015): presión mediática y reformas legislativas". *Revista Española de Ciencia Política*, n.º 43 (2017).

Barata, Francesc. "Los mass media y el pensamiento criminológico". En el *Sistema penal y problemas sociales*, coordinado por Roberto Bergalli. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

Barata, Francesc. "El drama del delito en los mass media". *Revista de Ciencias sociales: Delito y sociedad*, n.º 11 y 12 (1998).

Bottoms, Anthony. "The philosophy and politics of punishment and sentencing". En *The Politics of Sentencing reform*, editado por Chris Clarkson y Rod Morgan. Oxford: Clarendon Press, 1995.

Brandariz, José Ángel. "Entre la rehabilitación, la incapacitación y el gerencialismo: Tránsitos de retóricas y prácticas del sistema penitenciario español". En *La cárcel dispar*, coordinado por J. García-Borés e I- Rivera. Barcelona: Ediciones Bellaterra, 2016.

Cohen, Stanley. *Folk Devils and Moral Panics*. Cornwall: Routledge, 2002.

Diéz Ripollés, José Luis. "El nuevo modelo de seguridad ciudadana". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 6 (2004).

Diéz Ripollés, José Luis. "Algunos rasgos de la delincuencia en España a comienzos del siglo XXI". *Revista Española de Investigación Criminológica*, n.º 4 (2006). doi: 10.46381/reic.v4i0.28.

Fontana, Josep. *Por el bien del imperio. Una historia del mundo desde 1945*. Barcelona: Pasado y Presente, 2011.

Fuentes Osorio, Juan L. "Los medios de comunicación y el Derecho Penal". *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, n.º 7 (2005).

García Aran, Mercedes y Joan Botella Corral. *Malas noticias, medios de comunicación y garantías procesales en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

García Aran, Mercedes. "El discurso mediático sobre la delincuencia y su incidencia en las reformas penales". *Revista Catalana de Seguretat Pública*, n.º 18. (2008).

García-Borés, Josep. "La cárcel dispar. Indagando la evolución de los telos penitenciarios". *Revista Crítica Penal y Poder*, n.º 9 (2015).

García-Borés, José y Iñaki Rivera. *La cárcel dispar*. Barcelona: Ediciones Bellaterra, 2016.

Garland, David. *The Culture of Control*. Oxford: University Press, 2001.

Green, Peter y Andrew Rutherford. *Criminal Policy in transition*. Oxford: Hart Publishing, 2000.

Harvey, David. *Breve historia del neoliberalismo*. Madrid: Akal, 2007.

- Hope, Tim y Robert Sparks. *Crime, Risk and insecurity*. London: Routledge, 2001.
- Karstedt, Susanne y Kai-D. Bussmann. *Social Dynamics of Crime and Control: New Theories for a World in Transition*. Oxford: Hart Publishing, 2000.
- Kessler, Gabriel. *El sentimiento de inseguridad. Sociología del temor al delito*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2009.
- Landrove Díaz, Gerardo. *El Nuevo Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- Larrauri, Elena. "Populismo punitivo y cómo resistirlo". *Revista Jueces para la Democracia*, n.º 55 (2006).
- Letamendia, Francisco. *Estructura política del mundo del trabajo: fordismo y posfordismo*. Madrid: Tecnos, 2009.
- Lippmann, Walter. *La Opinión Pública*. Buenos Aires: Compañía General Fabril Editora, 1964.
- Maqueda Abreu, María Luisa. "Crítica a la reforma penal anunciada". *Revista Jueces para la Democracia, Información y Debate*, n.º 47 (2003).
- McCombs, Maxwell y Donald L. Shaw. "The Agenda-Setting Functions of Mass Media". *Public Opinion Quarterly* 36, n.º 2 (1972).
- McCombs, Maxwell. *Establecimiento de la agenda: El impacto de los medios en la opinión pública y en el conocimiento*. Barcelona: Paidós, 2006.
- Newburn, Tim and Trevor Jones. "Symbolic Politics and Penal Populism: The Long Shadow of Willie Horton". *Crime, Media, Culture*, n.º 1 (2005). doi:10.1177/1741659005050272.
- Nozick, Robert. *Anarquía, Estado y Utopía*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1988.
- Partido Popular. *Programa de Gobierno*. Madrid: Partido Popular, 2008.
- Pavarini, Massimo. *Castigar al enemigo Criminalidad, exclusión e inseguridad*. Quito: FLACSO, 2009.
- Peres-Neto, Luis. "Prensa, Política Criminal y Opinión Pública: El Populismo Punitivo en España". Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2010.
- Piketty, Thomas. *Capital in the Twenty-First Century*. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 2014.
- Pozuelo Pérez, Luis. *La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- Pratt, John, et alia. *The New Punitiveness: Trends, Theories, Perspectives*. Devon: Willan Publishing, 2005.
- Pratt, John. *Penal Populism*. London: Routledge, 2007.
- Red de Organizaciones Sociales del Entorno Penitenciario. *Informe ROSEP: Observatorio del Entorno Penitenciario*. Madrid: Red de Organizaciones Sociales del Entorno Penitenciario, 2015.
- Roberts, Julian y otros. *Penal Populism and Public Opinion. Lessons for five countries*, New York, Oxford University Press, 2002.
- Sáez Valcárcel, Ramón. "La Inseguridad, Lema de Campaña Electoral". *Revista Jueces para la Democracia, Información y debate*, n.º 45 (2002).
- Simon, Jonathan. *How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*. New York: Oxford University Press, 2007.
- Soto Navarro, Susana. "La Influencia de los Medios en la Percepción Social de la Delincuencia". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 7 (2005).
- Stenson, Ken y Robert Sullivan. *Crime, Risk and Justice*. Cullompton: Willan Publishing, 2001.
- Stiglitz, Joseph. *The Price of Inequality: How Today's Divided Society Endangers Our Future*. New York/London: W.W. Norton & Company, 2012.
- Tonry, Michael. *Thinking about crime*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- Varona Gómez, Daniel. "Medios de Comunicación y punitivismo", *Revista para el análisis del Derecho*, vol. 1 (2011).
- Varona Gómez, Daniel. "Medios de Comunicación y Punitivismo". *Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1 (2011).
- Wacquant, Loïc. *Las cárceles de la miseria*. Madrid: Alianza, 2000.
- Wacquant, Loïc. *Punishing the Poor: the Neoliberal Government of Social Insecurity*. Durham: Duke University Press, 2009.
- Young, Jock. *The Exclusive Society*. London: Sage, 2003.
- Zoló, Daniel. *Globalización. Un mapa de los problemas*. Bilbao: Ediciones Mensajero, 2006.



## 1. Introducción

■ Las cuestiones relacionadas con la lucha contra el crimen y la inseguridad han adquirido una gran relevancia en debates políticos y mediáticos. Las propuestas para defender a los votantes del delito son fundamentales en campañas electorales a lo largo y ancho del planeta, tanto en países con altas tasas de criminalidad como en aquellos que disfrutaban de una baja actividad delictiva. Esta centralidad es un aspecto más de las múltiples transformaciones que en las últimas cuatro décadas han afectado a la gestión del crimen y de la inseguridad en las sociedades modernas.

A finales de los 90, Bottoms<sup>2</sup> advertía del giro punitivista de los discursos políticos sobre seguridad y penalidad y utilizaba el término populismo punitivo para nombrar el fenómeno según el cual las políticas penales se orientan al endurecimiento de las penas para responder a presiones políticas ignorando la evidencia empírica. A principios de los 2000, autores como David Garland<sup>3</sup> o Loïc Wacquant<sup>4</sup> describían el cambio de enfoque de las denominadas sociedades occidentales en relación al control del crimen y a la justicia penal iniciado en los años 70. Estas transformaciones, iniciadas y analizadas con detalle en los Estados Unidos de América y en el Reino Unido, han tenido un impacto global y han marcado la agenda de la política partidista y de las políticas públicas en países con contextos muy distintos.

# Populismo punitivo: uso político, expansión global, y efectos en la gestión de la delincuencia

<sup>1</sup> Doctor en Criminología. Investigador en el Instituto Metrópoli de Barcelona, España. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-0119-0147>

<sup>2</sup> Anthony Bottoms, "The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing", in *The Politics of Sentencing Reform* (Oxford: Clarendon Press, 1995), 17-49.

<sup>3</sup> David Garland, *The Culture of Control* (Oxford University Press, 2001).

<sup>4</sup> Loïc Wacquant, *Castigar a los Pobres: El Gobierno Neoliberal de la Inseguridad Social* (España: Gedisa, 2009).

En este artículo se describen los orígenes y los elementos fundamentales del populismo punitivo: el incremento de la población penitenciaria y centralidad de las penas de prisión, la instrumentalización de las víctimas y de los crímenes especialmente repulsivos y el uso electoral del miedo. Posteriormente se analiza la construcción de la agenda punitivista en España como ejemplo de la disociación entre evolución del crimen y alarmismo securitario. Y es que el auge del populismo punitivo en la agenda política de este país se da en un contexto de estabilidad de la delincuencia y de tasas de criminalidad bajas en relación al resto de países europeos. En las conclusiones se plantean los impactos de la irrupción del populismo punitivo en los debates mediáticos y políticos y por qué debería combatirse incluso en contextos de aumento de la actividad delictiva.

## 2. El populismo punitivo: una estrategia política

Entre la Segunda Guerra Mundial y los años 70 del siglo XX, los discursos mediáticos, políticos y académicos, coincidían en que la respuesta al delito tenía que ser una combinación de trabajo social, reformas institucionales y programas de tratamiento. En aquel período, reivindicar públicamente soluciones punitivas contra la delincuencia se consideraba, tanto en la Europa de los Estados del bienestar como en los Estados Unidos, una salida de tono vengativa que colisionaba con los valores dominantes y con la evidencia empírica<sup>5</sup>. En los años 80, en Europa y los Estados Unidos, la pérdida de confianza en el conocimiento experto y en la capacidad de los Estados del bienestar para mantener el orden social facilitaron que las propuestas punitivas para combatir la criminalidad ganaran terreno progresiva y rápidamente.

Las causas de este giro son múltiples, pero están íntimamente relacionadas. Las transformaciones en la estratificación social asociadas a la globalización han supuesto un aumento de las desigualdades, la pobreza y el desempleo. A partir de los años 50 se registra un cierto crecimiento de las actividades delictivas en las calles de las ciudades lo que alimenta las críticas a las políticas penales de inspiración rehabilitadoras. Por último, las reacciones conservadoras a las revoluciones culturales de finales de los 60 cambian la percepción social del delito: se descalifican las explicaciones estructurales y complejas de la criminalidad tachándolas de "justificaciones sociales del crimen" y avanza un discurso individualista donde los delincuentes son seres egoístas e inmorales que actúan contra los intereses legítimos del resto de la sociedad. Los hurtos, los atracos o el tráfico de drogas ya no se ven como resultado de la marginación y la pobreza, sino como un comportamiento racional antisocial<sup>6</sup>.

En este marco, el populismo punitivo emerge como estrategia política consistente en utilizar el Derecho penal para obtener réditos electorales, asumiendo la premisa de que el aumento de la severidad de los castigos implica la reducción de los delitos<sup>7</sup>. Siguiendo esta estrategia, los decisores políticos lanzan y aprueban propuestas de endurecimiento de las condenas para dar una respuesta inmediata y aparentemente sencilla, a preocupaciones sociales como los crímenes de gran repercusión mediática o el miedo por el incremento de actividades delictivas protagonizadas por multirreincidentes. Esta renovada fe en el sistema penal como herramienta de control social y de solución a problemas de interés público está íntimamente ligada a las transformaciones socioeconómicas del último tercio del siglo XX, y se concreta en tres aspectos clave: la transformación del papel asignado socialmente a la cárcel, la magnificación de la importancia de la opinión de las víctimas y el uso electoralista del miedo y de la percepción de inseguridad.

<sup>5</sup> David Garland, *The Culture of Control*.

<sup>6</sup> Elena Larrauri, "Populismo punitivo... y cómo resistirlo", *Jueces para la democracia*, n.º 55 (2006): 15-22.

<sup>7</sup> Joan Antón Mellón, Gemma Álvarez Jiménez y Pedro A. Rothstein, "Populismo punitivo en España (1995-2015): presión mediática y reformas legislativas", *Revista Española de Ciencia Política*, n.º 43 (2017): 13-36.

## 2.1 La cárcel: eje central del punitivismo

Si en algún momento del siglo pasado había quien defendía que las sociedades humanas acabarían superando el uso de la reclusión como respuesta a la transgresión de las normas, hoy vemos como las cárceles se han convertido en el eje central de los mecanismos de control penal en todo el mundo<sup>8</sup>. La mayoría de las voces expertas atribuyen el crecimiento del número de internos penitenciarios en mayor medida a transformaciones en las políticas penales que a un aumento de la delincuencia<sup>9</sup>. El incremento más espectacular se produjo en los Estados Unidos de América, donde la población reclusa pasó del medio millón de personas a más de dos millones entre 1980 y 2008. El inmenso volumen de actividad del sistema penitenciario norteamericano ha dado lugar a lo que la profesora Angela Davis denomina el "complejo industrial carcelario": un entramado de intereses económicos y corporativos que se alimentan del hecho de que las cárceles se hayan convertido en una pieza fundamental de la gobernabilidad de los malestares propios de las sociedades postindustriales<sup>10</sup>.

El caso extremo de Estados Unidos ilustra una tendencia común en las llamadas sociedades occidentales. La pérdida de confianza en la función rehabilitadora de las cárceles no ha llevado a cuestionar la utilidad de la reclusión; en lugar de preguntarnos si encerrar durante largos períodos de tiempo a las personas que cometen delitos en enormes instalaciones en las afueras de las ciudades tiene algún efecto reeducativo, hemos asumido acriticamente que encarcelando a más gente viviremos más tranquilos. Se espera que las instituciones penitenciarias trasladen al delincuente el rechazo y el deseo de venganza de la sociedad y que mantengan controlados a los individuos peligrosos con el fin de preservar la seguridad del resto de la ciudadanía<sup>11</sup>.

Sin embargo, la evidencia empírica apunta que la intensidad o duración de las penas no tienen un impacto disuasorio sobre la comisión de delitos. Generalmente, el potencial delincuente no considera en el cálculo de costes y beneficios la dureza del posible castigo<sup>12</sup>. Es más, en la mayoría de las ocasiones desconoce el marco legislativo y los posibles cambios que se van introduciendo. Lo que sí se considera son las oportunidades de violar las normas sin ser detenido y procesado, por lo que la vigilancia o las políticas preventivas resultan más eficaces que las medidas punitivas<sup>13</sup>.

## 2.2 La instrumentalización de las víctimas

Para justificar la preponderancia de la función retributiva del sistema penal, los discursos del populismo punitivo convierten la relación entre las víctimas y los delincuentes en un juego de suma cero. Cualquier cuestionamiento de la utilidad de mantener encarcelados a los causantes del dolor ajeno se considera un insulto hacia sus víctimas<sup>14</sup>.

El supuesto interés de las víctimas pasa por encima del interés común. Se asume que todas ellas comparten un mismo deseo de venganza; la severidad del castigo se presenta como parte de su compensación y los posibles beneficios penitenciarios para los penados parecen un agravio

<sup>8</sup> Ben Crewe, *The Prisoner Society: Power, Adaptation and Social Life in an English Prison* (Oxford: OUP, 2012).

<sup>9</sup> Loïc Wacquant, *Castigar a los Pobres: El Gobierno Neoliberal de la Inseguridad Social*.

<sup>10</sup> Angela Y. Davis, y David Barsamian, *The Prison Industrial Complex* (San Francisco: AK Press, 1999).

<sup>11</sup> Tapio Lappi-Seppälä, "Explaining Imprisonment in Europe", *European Journal of Criminology* 8, n.º 4 (2011): 303-328.

<sup>12</sup> Marta Nelson, Sam Feineh, y Maris Mapolski, *A New Paradigm for Sentencing in the United States* (New York: Vera Institute of Justice, 2023).

<sup>13</sup> Elena Larrauri, "Populismo punitivo... y cómo resistirlo", 15.

<sup>14</sup> José Luis Díez-Ripollés, "El Nuevo Modelo de Seguridad Ciudadana", *Jueces para la Democracia*, n.º 49 (2004): 25-42.



para el conjunto de la sociedad. Se exige más prisión y durante más tiempo, con independencia de la evidencia empírica, que pone en cuestión que la duración de las condenas tenga relación alguna con las probabilidades de reincidencia. Como señala David Garland, antes de los años 80 era impensable que personas con responsabilidades políticas en las democracias occidentales manifestaran públicamente su apoyo a la venganza institucional o al castigo expresivo del delito por parte del Estado, pero la instrumentalización del sufrimiento ha permitido normalizar la visceralidad en los debates públicos sobre crímenes y penas.

## 2.3 El uso electoral del miedo y de la percepción de inseguridad

Ante el desprestigio de la política (y de los políticos), ofrecer respuestas concretas a hechos impactantes se ha convertido en una herramienta para llegar al electorado. Las respuestas a las inseguridades provocadas por el aumento de la pobreza y la precariedad son percibidas como insuficientes y la mayoría de los partidos políticos se concentran en los miedos para los que sí parece existir una receta sencilla y fácilmente comunicable. Aparentemente, es más fácil proponer incrementos de efectivos en los cuerpos de seguridad o modificaciones normativas que se identifiquen como mano dura ante el delito y el incivismo que debatir acerca de políticas sociales, laborales o de vivienda.

El discurso del populismo punitivo mezcla los asesinatos, la violencia sexual o el terrorismo con la delincuencia del día a día y la percepción de inseguridad. La preocupación por la llamada delincuencia común no solamente se expresa en las reformas legislativas; también ha comportado la adopción y la normalización de las llamadas políticas de "tolerancia cero". Este término se popularizó a partir de la publicidad internacional que recibió la estrategia que el alcalde Rudolph Giuliani puso en marcha en Nueva York entre 1995 y 2000. El foco de la política "anticriminal" de Giuliani fue el acoso permanente a las personas más empobrecidas de la sociedad presentes en espacios públicos. Mediante la intensificación de la presencia de policía uniformada en las calles de la ciudad, William Bratton, el jefe del Departamento de Policía de Nueva York (NYPD), se propuso luchar contra realidades tan diversas como la compra y la venta de drogas a pequeña escala, la prostitución, el sinhogarismo, los grafitis, etc., y se refirió a las personas involucradas como "parásitos" sociales (*squeegee pest*).

En cinco años, el número de efectivos del NYPD aumentó en 12.000 agentes (un 26 % del total), mientras que disminuía en 8.000 el número de trabajadores y trabajadoras de los servicios sociales. El descenso de la criminalidad en la ciudad se atribuyó a la agresiva política de persecución, y *think tanks* como la Heritage Foundation o el Manhattan Institute convirtieron a William Bratton en una celebridad de la criminología conservadora a escala internacional. Pero en su ofensiva publicitaria olvidaron intencionadamente que otras ciudades como Boston o San Diego experimentaron una reducción de la criminalidad similar a la de Nueva York con estrategias basadas en la mediación y sin aumentar el número de agentes callejeros. También obviaron que el descenso de la criminalidad se inició tres años antes del nombramiento de Giuliani y del inicio de sus políticas<sup>15</sup>.

La expansión (y el éxito) de los discursos políticos y mediáticos de la tolerancia cero tiene consecuencias sobre la percepción social de los mecanismos de control y castigo del delito. Dan a entender que se puede combatir y reducir la delincuencia sin tener en consideración sus causas; vinculan problemas como la suciedad, el ruido o las muestras de pobreza en la calle con la delincuencia; y convierten a los cuerpos policiales en los encargados de solucionar un interminable abanico de problemas enmarcados en el ámbito difuso de la convivencia<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Loïc Wacquant, *Castigar a los Pobres: El Gobierno Neoliberal de la Inseguridad Social*.

<sup>16</sup> Pedro Oliver et al., "Ciudades de Excepción: Burocracia e infrapenalidad en el estado de seguridad", en *Enclaves de riesgo: gobierno neoliberal, desigualdad y control social* (Madrid: Traficantes de Sueños, 2015), 229-251.

Vehicular las reacciones a las inseguridades y las molestias percibidas por los vecindarios a través de los cuerpos policiales desplaza la responsabilidad del cuidado de las relaciones sociales y comunitarias hacia una autoridad externa especializada en el control, con la que se establece una lógica de queja-respuesta y a la que se piden soluciones inmediatas sin necesidad de interacción entre las partes en conflicto. Las quejas que movilizan los recursos policiales suelen focalizarse sobre los individuos que generan incomodidad y que son más visibles y presentes en las calles. Controlar la actividad de jóvenes, personas sin techo o grupos de personas que se reúnen en el espacio público a causa de la precariedad de sus viviendas o habitaciones, acaba convirtiéndose en una exigencia por parte de los vecinos y vecinas hacia las administraciones públicas, personificadas en los agentes de policía.

## 3. La agenda punitivista en España

Como se enunció anteriormente, la adopción del populismo punitivo como estrategia política se extendió a escala global en pocas décadas. Responsables políticos aluden de forma creciente a la opinión pública para justificar reformas penales mientras sitúan en el centro de la agenda la preocupación por la inseguridad, el control de la delincuencia y el castigo. Pero los discursos punitivistas se han extendido a países que presentan situaciones en relación a la criminalidad tremendamente dispares. Mientras que resulta fácil asumir que la opinión pública demande más "mano dura" donde las estadísticas de criminalidad presentan una clara tendencia ascendente, es más complicado defender esta línea argumental para aquellos países en los que es estable o tiende a descender. El divorcio entre la centralidad de los discursos punitivos y la aproximación empírica a la criminalidad sugiere que en no pocos casos son las élites políticas las que focalizan la agenda generando mayor preocupación entre la ciudadanía<sup>17</sup>.

La evolución de la política criminal en España ilustra este divorcio. La aprobación del denominado Código Penal de la Democracia, que el año 1995 sustituyó a la legislación penal franquista, introdujo penas sustitutivas al internamiento penitenciario, pero también más severidad y un alargamiento efectivo de la duración de las penas por la supresión de la posibilidad de reducción por trabajo. Los efectos de estos cambios se hicieron notar progresivamente en los siguientes años. Si en el año 2000 la duración media de las penas de privación de libertad era de 13,1 meses, en 2010 se situaba en los 19,3 meses<sup>18</sup>.

La mayoría absoluta del Partido Popular entre 2000 y 2004 facilitó el despliegue de una política criminal marcada por la lucha contra el terrorismo y contra la pequeña delincuencia a través del endurecimiento de penas. La Ley Orgánica 7/2003 aumentó nuevamente la duración de las condenas y la Ley Orgánica 15/2003 supuso una expansión del volumen de actividades penadas con privación de libertad. Pero lo más interesante de este momento histórico fueron los debates de los dos principales partidos políticos españoles acerca de dicha política criminal a lo largo de la legislatura. Lejos de articular una crítica contra las posibles consecuencias de las reformas penales del gobierno, el Partido Socialista Obrero Español aprovechó el aumento de la tasa de criminalidad de 2003 para atacar al ejecutivo responsabilizándolo de la expansión de la delincuencia.

El siguiente hito punitivista en la historia reciente de la política española es la introducción de la "prisión permanente revisable", aprobada en el año 2015 por el Congreso de los Diputados como parte de la ley de Seguridad Ciudadana. Supone un internamiento penitenciario de temporalidad indefinida y, a pesar de que la privación de libertad se puede revisar, la intención de incorporarla al

<sup>17</sup> Elena Larrauri, "Populismo punitivo... y cómo resistirlo", 15.

<sup>18</sup> José Ángel Brandariz, "La expansión del poder punitivo en España (1995-2010): Criminología y política criminal del giro punitivo", *Control Penal y Neoliberalismo. Estrategias y Resistencias* (Madrid: Editorial Trotta, 2012), 145-170.

ordenamiento jurídico responde a la voluntad de disponer de un castigo equiparable a la cadena perpetua. Tal y como se expresa en la exposición de motivos, la prisión permanente revisable está pensada para "delitos de extrema gravedad en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido".

Esta novedad se gestó durante la legislatura que va de diciembre de 2011 a abril de 2014, cuando el entonces Ministro de Justicia de España, Alberto Ruiz-Gallardón, anunció cambios en el sistema penal que tendrían como objetivo proporcionar una respuesta penal más adecuada a ciertos crímenes que causan una especial repulsa social. Desde los primeros debates al respecto, la defensa de la privación de libertad indefinida se basaba en el rechazo social y en la alta peligrosidad de algunos tipos de delincuentes. Es decir, se aceptaba y se justificaba la cadena perpetua, por más revisable que fuera, por la necesidad de castigar el crimen y para salvaguardar la seguridad, considerando que, para algunos delitos, la función rehabilitadora no tenía ningún sentido.

No es casual que los incrementos en las penas se anunciaran en medio del revuelo causado por casos de asesinato y agresiones sexuales a niños y adolescentes, o que los testigos de estas víctimas y sus familiares sean centrales en los debates políticos y en las tertulias. En España, para la reforma penal del 2015, el Partido Popular utilizó el triste caso de Marta del Castillo para apelar a la visceralidad de la opinión pública y convertir la necesidad del endurecimiento de la severidad del sistema penal en sentido común. El febrero de 2014, este partido, entonces en el gobierno, citó para que compareciera en el Congreso de los Diputados al padre de la joven asesinada el año 2009 para defender sus propuestas de tratamiento de los crímenes para los que consideraba que no había reinserción posible<sup>19</sup>. La comparecencia situaba a la víctima en el centro del debate, como se había hecho en otras ocasiones en los debates sobre el tratamiento penal de los condenados por terrorismo.

## 4. Populismo punitivo y radicalización xenófoba

El populismo punitivo y la radicalización xenófoba están cosechando importantes éxitos electorales. El auge de la extrema derecha en Europa se apoya simultáneamente en el alarmismo securitario y la radicalización xenófoba: ofrece respuestas simples a cuestiones tan complejas como el delito mientras promete al electorado el retorno a un pasado mítico de prosperidad, paz social y sociedades culturalmente homogéneas<sup>20</sup>. Si la sensación de abundancia de los 50 y los 60 facilitaba la confianza en paradigmas rehabilitadores para luchar contra el delito, la gestión de la escasez neoliberal requiere identificar culpables y "el inmigrante" es un culpable ideal, desposeído de derechos políticos y siempre sospechoso de aprovecharse de ayudas sociales o de estar al acecho para obtener recursos de actividades delictivas.

Los tres grandes temas de la campaña electoral francesa son el miedo a un posible gobierno de extrema derecha, la inseguridad y las migraciones. Tres temas que se funden en uno sólo si atendemos al papel que ha jugado el binomio delito-inmigración en aquel país desde la década de los 90. El antropólogo Didier Fassin<sup>21</sup> afirma que la derecha francesa buscó en el alarmismo securitario y la radicalización xenófoba una vía para recomponer su espacio político tras la derrota de 1981 que dio paso a la presidencia de Mitterrand y ante el auge del Frente Nacional. Aunque puede resultar paradójico, que la agenda política gala empezará a girar alrededor de la

19 Jesús Blanco, "El padre de Marta del Castillo pide en el Congreso opinar sobre el nuevo Código Penal", *La Vanguardia*, 4 de febrero de 2014. [www.lavanguardia.com/politica/20140204/54400825419/padre-marta-del-castillo-congreso-opinar-nuevo-codigo-penal.html](http://www.lavanguardia.com/politica/20140204/54400825419/padre-marta-del-castillo-congreso-opinar-nuevo-codigo-penal.html)

20 Zygmunt Bauman, *Retrotopia* (Buenos Aires: Paidós Ibérica, 2017).

21 Didier Fassin, *La Fuerza del Orden: Una Etnografía del Accionar Policial en las Periferias Urbanas* (Argentina: Siglo XXI Editores, 2019).

inseguridad en un momento histórico en el que no se registraban incrementos significativos de la actividad delictiva no es ninguna sorpresa.

El éxito de la extrema derecha europea se apoya en la construcción de un "otro peligroso" que pone en riesgo el estilo de vida de la ciudadanía nativa. Convierten a los inmigrantes en una amenaza de la que hay que proteger a un electorado que, efectivamente, ha visto erosionado su bienestar y se ve incapaz de imaginar un futuro esperanzador. En España, la asociación entre populismo punitivo y xenofobia ha llegado de la mano del auge de la extrema derecha y ha supuesto una normalización de discursos racistas y la vinculación de un supuesto aumento de la delincuencia con la llegada población migrante<sup>22</sup>.

La extrema derecha agita el miedo al crimen a pesar de que la tasa de criminalidad en España se ha mantenido estable entre las 45 y las 50 infracciones penales por cada 1.000 habitantes desde principios de siglo XXI<sup>23</sup>. El supuesto efecto de los flujos migratorios recibidos en el mismo período parece no tener un impacto directo en el número de hechos delictivos.

El populismo punitivo y la radicalización xenófoba tienen en común que proponen soluciones de dudosa efectividad para los problemas que identifican. Ni el endurecimiento de los códigos penales tiene un efecto en el volumen de la delincuencia, ni las políticas migratorias más restrictivas reducen la movilidad internacional o la población residente en situación de irregularidad. Pero sí logran encontrar cada vez más apoyo electoral, justificar el aumento de la capacidad represiva del Estado, y precarizar aún más las vidas de la población migrante.

22 Alfonso López-Rodríguez, Álvaro González-Gómez, y Serafin González-Quinzán, "Populismo punitivo y extrema derecha en el espacio ibérico", *Universitas-XXI, Revista de Ciencias Sociales y Humanas*, n.º 35 (2021): 103-126.

23 España Ministerio del Interior, "Portal Estadístico de Criminalidad", *Ministerio del Interior*, accedido 30 de septiembre de 2024. <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/publico/portalestadistico/>.

## 5. Discusión y conclusiones

■ El endurecimiento de los códigos penales se frenó poco después de la crisis financiera de 2008. En España, la población reclusa llegó en aquellos momentos a su máximo histórico, con 76.951 personas encarceladas, 164 por cada 100.000 habitantes<sup>24</sup>, para iniciar un lento descenso en los años siguientes. En Estados Unidos, demócratas y republicanos coinciden en la preocupación por los costes económicos del encarcelamiento masivo. Un informe del Brennan Center for Justice<sup>25</sup> publicado en 2016 estimaba que el 39% de las personas que cumplen condena de privación de libertad en ese país no representaban un peligro para la seguridad ciudadana, y que podrían estar cumpliendo penas alternativas que supondrían un ahorro de más de veinte mil millones de euros anuales. Algunas propuestas planteadas en el informe, como el desarrollo de programas de deshabituación de drogas ampliamente extendidas en los barrios empobrecidos, o la reducción de las penas a personas culpables de delitos violentos, han tenido mayor aceptación entre representantes políticos de la que se hubiera esperado hace una década, a la luz de los elevados costes económicos de las políticas de encarcelamiento masivo.

Aunque sea por su insostenibilidad financiera, la escalada de demandas de más cárcel y durante más tiempo parece frenar en algunos países tras algunas décadas de inflación penitenciaria. Sin embargo, el populismo punitivo sigue siendo la respuesta preferida de la mayor parte de partidos políticos ante problemas causados por el incremento de las desigualdades y el deterioro de las condiciones de vida de los hogares de rentas medias y bajas. La precariedad provocada por la desregulación de los mercados, la erosión de los mecanismos de protección social y la criminalización de la pobreza (basada en la individualización de los problemas sociales) necesita un aparato represivo en constante expansión<sup>26</sup>. Este aparato se concreta en condenas de prisión más severas, pero también en la amplia aceptación social de propuestas de más control del espacio público, de mayor presencia policial en todos los ámbitos de la vida, y de ampliación del castigo hacia cualquier comportamiento que no encaje con los estilos de vida mayoritarios. Y esta misma represión también se podría aplicar en caso de movilizaciones sociales contra políticas gubernamentales.

Uno de los principales problemas del punitivismo es que aparca cuestiones fundamentales para la construcción de la seguridad. Los malestares sociales relacionados con las políticas económicas, laborales, sociales o de vivienda quedan a un lado y el debate público es colonizado por el miedo al crimen y es en ese contexto en el que el populismo punitivo pone en cuestión la garantía de derechos para satisfacer las pulsiones vengativas y las ansias de control.

En Europa el populismo punitivo ha alimentado reformas penales que han tenido un fuerte impacto sobre los grupos de población más desfavorecidos económicamente, y en pocos años los discursos asociados a esta estrategia política se han convertido en un elemento indisoluble del rechazo a la inmigración convirtiendo a las personas

migrantes en culpables de los supuestos aumentos de las tasas de criminalidad<sup>27</sup>. Los datos de criminalidad registrados en España no justifican ni el alarmismo securitario ni la proyección del miedo al delito sobre la población migrante<sup>28</sup>. Pero eso no significa que no se pueda producir un aumento de la delincuencia que en el futuro intensifique estas tendencias o que en otros países el punitivismo se adopte en reacción a un incremento de la inseguridad percibida y del delito registrado.

El caso español ejemplifica la disociación entre la criminalidad real y la estrategia política y electoral. A pesar de que un aumento de los delitos es terreno abonado para el despliegue del populismo punitivo, no es imprescindible que este se produzca para que la agenda política sea invadida por el alarmismo securitario con fines electorales. Pero aunque se registre un aumento de la criminalidad, como sucede en otros países o podría suceder en un futuro próximo en España, la expansión global del populismo punitivo comporta un deterioro del debate político y de la confianza de la ciudadanía en las políticas públicas y en las garantías del Estado de derecho.

Parte de premisas falsas para reforzar los mecanismos coercitivos del Estado y erosionar las garantías procesales. El aumento de la severidad de las penas de prisión y el consecuente crecimiento de la población penitenciaria no supone una reducción de los hechos delictivos. Desde 1992, las tasas de encarcelamiento han crecido de forma generalizada en todo el continente americano y esto no ha supuesto una reducción de la actividad criminal. En cambio, ha provocado una mayor masificación en las cárceles y la vulneración de derechos humanos denunciada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.<sup>29</sup> El punitivismo ha justificado, además, el abuso generalizado de la prisión preventiva llegando a constituir los presos en espera de juicio casi la mitad de todos los encarcelados en América Latina<sup>30</sup>.

El aumento del crimen y de la inseguridad exige medidas por parte del Estado. Pero asumir acríticamente que la vía de solución debe ser aumentar la severidad de la privación de libertad y utilizar (incluso sembrar) el miedo con fines electorales, comporta el deterioro de la seguridad jurídica para el conjunto de la población y no genera los resultados esperados a medio y largo plazo. La prisión puede convertirse en un ambiente criminógeno y provocar un efecto contrario al esperado alentando el crecimiento y fortalecimiento de organizaciones criminales y dejando a miles de jóvenes sin oportunidades para construir un proyecto de vida alejado de las actividades delictivas<sup>31</sup>. Y mientras la preocupación por gestionar los problemas en las calles y el desborde de los sistemas penales ocupa minutos de informativos y páginas de periódicos, se dejan de lado las causas estructurales de la criminalidad y el efecto del aumento de las desigualdades en la seguridad.

<sup>24</sup> José Ángel Brandariz, "La expansión del poder punitivo en España (1995-2010): Criminología y política criminal del giro punitivo", 145-170.

<sup>25</sup> James Austin et al., "How many Americans are unnecessarily incarcerated", *Fed. Sent'g Rep.*, n.º 29 (2016): 140.

<sup>26</sup> Ignacio González Sánchez, *Neoliberalismo y Castigo* (Barcelona: Bellaterra Edicions, 2021).

<sup>27</sup> Alfonso López-Rodríguez, Álvaro González-Gómez, y Serafin González-Quinzán, "Populismo punitivo y extrema derecha en el espacio ibérico", 103.

<sup>28</sup> España Ministerio del Interior, "Portal Estadístico de Criminalidad".

<sup>29</sup> Inter-American Commission on Human Rights, *Report on the Human Rights of Persons Deprived of Liberty in the Americas* (España: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011), <https://www.oas.org/en/iachr/pdl/docs/pdf/PPL2011eng.pdf>.

<sup>30</sup> Open Society Justice Initiative, *Presumption of Guilt: The Global Overuse of Pretrial Detention* (New York: Open Society Foundations, 2014), <https://www.justiceinitiative.org/uploads/de4c18f8-ccc1-4eba-9374-e5c850a07efd/presumption-guilt-09032014.pdf>

<sup>31</sup> Steven Dudley y James Bargent, *El dilema de las prisiones: incubadoras del crimen organizado* (Washington DC.: Insight Crime, 2017), <https://insightcrime.org/es/investigaciones/dilema-prisiones-incubadoras-crimen-organizado/>.



## Bibliografía

Austin, James B., Lauren-Brooke Eisen, James Cullen, Jonathan Frank, y Inimai Chettiar. "How many Americans are unnecessarily incarcerated". *Fed. Sent'g Rep.*, n.º 29 (2016): 140.

Bauman, Zygmunt. *Retrotopía*. Buenos Aires: Paidós Ibérica, 2017.

Blanco, Jesús. "El padre de Marta del Castillo pide en el Congreso opinar sobre el nuevo Código Penal". *La Vanguardia*. 4 de febrero de 2014. [www.lavanguardia.com/politica/20140204/54400825419/padre-marta-del-castillo-congreso-opinar-nuevo-codigo-penal.html](http://www.lavanguardia.com/politica/20140204/54400825419/padre-marta-del-castillo-congreso-opinar-nuevo-codigo-penal.html).

Bottoms, Anthony. "The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing". En *The Politics of Sentencing Reform*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

Brandariz, José Ángel. "La expansión del poder punitivo en España (1995-2010): Criminología y política criminal del giro punitivo". *Control Penal y Neoliberalismo. Estrategias y Resistencias*. Madrid: Editorial Trotta, 2012.

Crewe, Ben. *The Prisoner Society: Power, Adaptation and Social Life in an English Prison*. Oxford: OUP, 2012.

Davis, Angela Y., y David Barsamian. *The Prison Industrial Complex*. San Francisco: AK Press, 1999.

Díez-Ripollés, José Luis. "El Nuevo Modelo de Seguridad Ciudadana". *Jueces para la Democracia*, n.º 49 (2004): 25-42.

Dudley, Steven, y James Bargent. *El dilema de las prisiones: incubadoras del crimen organizado*. Washington DC.: Insight Crime, 2017. <https://insightcrime.org/es/investigaciones/dilema-prisiones-incubadoras-crimen-organizado/>.

España Ministerio del Interior. "Portal Estadístico de Criminalidad". *Ministerio del Interior*. Accedido 30 de septiembre de 2024. <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/publico/portalestadistico/>.

Fassin, Didier. *La Fuerza del Orden: Una Etnografía del Accionar Policial en las Periferias Urbanas*. Argentina: Siglo XXI Editores, 2019.

Garland, David. *The Culture of Control*. Oxford University Press, 2001.

González Sánchez, Ignacio. *Neoliberalismo y Castigo*. Barcelona: Bellaterra Edicions, 2021.

Inter-American Commission on Human Rights. *Report on the Human Rights of Persons Deprived of Liberty in the Americas*. España: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011. <https://www.oas.org/en/iachr/pdl/docs/pdf/PPL2011eng.pdf>.

Lappi-Seppälä, Tapio. "Explaining Imprisonment in Europe". *European Journal of Criminology* 8, n.º 4 (2011): 303-328.

Larrauri, Elena. "Populismo punitivo... y cómo resistirlo". *Jueces para la democracia*, n.º 55 (2006): 15-22.

López-Rodríguez, Alfonso, Álvaro González-Gómez, y Serafín González-Quinzán. "Populismo punitivo y extrema derecha en el espacio ibérico". *Universitas-XXI, Revista de Ciencias Sociales y Humanas*, n.º 35 (2021): 103-126.

Mellón, Joan Antón, Gemma Alvarez Jiménez, y Pedro A. Rothstein. "Populismo punitivo en España (1995-2015): presión mediática y reformas legislativas". *Revista Española de Ciencia Política*, n.º 43 (2017): 13-36.

Nelson, Marta, Sam Feineh, y Maris Mapolski. *A New Paradigm for Sentencing in the United States*. New York: Vera Institute of Justice, 2023.

Oliver, Pedro, Loïc Wacquant, Oscar Martín, José Ángel Brandariz, Stavros Stavrides, Ignacio González, Laurent Bonelli, y Manuel Maroto. "Ciudades de Excepción: Burocracia e infrapenalidad en el estado de seguridad". En *Enclaves de riesgo: gobierno neoliberal, desigualdad y control social*. Madrid: Traficantes de Sueños, 2015.

Open Society Justice Initiative. *Presumption of Guilt: The Global Overuse of Pretrial Detention*. New York: Open Society Foundations, 2014. <https://www.justiceinitiative.org/uploads/de4c18f8-ccc1-4eba-9374-e5c850a07efd/presumption-guilt-09032014.pdf>.

Wacquant, Loïc. *Castigar a los Pobres: El Gobierno Neoliberal de la Inseguridad Social*. España: Gedisa, 2009.



■ Decidir qué debe ser parte del Derecho penal es una tarea bastante compleja. Para poder hacerlo debemos tener en claro qué criterios vamos a tener en cuenta para criminalizar determinadas conductas y no criminalizar otras. En general, los teóricos del Derecho penal pretenden resumir esto de maneras más bien sencillas. Sin embargo, no sólo es más complejo de lo que intentan presentar, sino que sus propuestas se basan en dos principios concretos: evitar la participación ciudadana y concentrar en ellos mismos la capacidad de decidir esas cuestiones. Existe un miedo infundado que limita la participación ciudadana en la creación de leyes penales (y en la intervención en cuestiones penales en general) que se apoya en la idea de que estas intervenciones contribuyen al aumento del llamado "populismo penal", i.e. la asociación de la participación ciudadana con el pedido de más castigos y más uso del Derecho penal. El otro principio en el que basan sus explicaciones es que ellos mismos (los teóricos penales) son los encargados de redactar leyes penales y decidir que debe ser criminalizado y que no.

El problema es que más allá de todas las posibles discusiones teóricas para determinar qué debe ser parte del Derecho penal y qué no, es importante, en comunidades políticas como las nuestras, asegurar la participación ciudadana en las decisiones vinculadas al uso del Derecho penal. En este trabajo me interesa, en particular, pensar los problemas que tenemos para decidir la criminalización de ciertas conductas que, obviamente, tienen como destinatarios a grupos vulnerables. Esto también me permitirá cuestionar la legitimidad de las leyes que se sancionan con una limitada o nula participación ciudadana. De este modo, mi idea es presentar un vínculo entre la participación democrática en la construcción de las leyes penales que se aleje de aquello que sostienen los teóricos penales (elitismo penal), pero también me interesa diferenciarlo de aquello que, al parecer es democrático (populismo penal). En ambos casos las conductas de los grupos desaventajados quedan atrapadas. O bien porque los expertos no tienen contacto sino con otros expertos o bien porque las demandas populistas se sostienen en el tiempo a fuerza de recursos económicos que los miembros de grupos desaventajados carecen.

## Leyes democráticas y participación ciudadana en el Derecho penal: el problema del populismo y el elitismo penal

<sup>1</sup> Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Contacto: gustavo.beade@uach.cl. Una versión anterior de este trabajo se publicó como "Entre el populismo y el elitismo penal: la creación democrática de leyes penales" en *Derecho y Pobreza* (Madrid: Marcial Pons, 2021).



El trabajo se organiza de la siguiente forma: en la primera parte voy a presentar los conceptos de elitismo (1) y populismo penal (2) y en la segunda parte del trabajo me concentro en algunos de los problemas que encuentro en ambos conceptos, e intento definir un ideal democrático de participación ciudadana. En la última parte del trabajo me dedico a señalar los problemas que tiene el Derecho penal que limita la participación ciudadana, en particular en comunidades políticas marcadas por la desigualdad estructural.

## 1. Elitismo penal

Gran parte de los teóricos del Derecho penal creen que, en su condición de expertos, tienen la capacidad y la obligación de encargarse de la redacción de códigos y leyes penales. Es probable que sea necesario contar con expertos para definir cuestiones técnicas y poder comprender ciertas particularidades que tiene el Derecho penal. Sin embargo, el rol que desempeñan les impide compartir un espacio de decisión central en cualquier comunidad política con aquellos ciudadanos que verán afectados o limitados sus derechos por sus decisiones. Esta situación es habitual en comunidades políticas en las que se crean comisiones de expertos dispuestos a redactar leyes y códigos. En general, es posible observar dos posturas bien claras de los expertos cuando se discute la posibilidad de que los ciudadanos formen parte de las discusiones que tengan relación con el uso (en sentido amplio) del Derecho penal. En primer lugar, el experto rehúye a introducirse en una discusión pública respecto de la cuestión debatida. La idea de que se trata de una cuestión pública (el Derecho penal) no alcanza para que presenten sus argumentos no sólo *qua* expertos, sino como ciudadanos que quieren convencer a otros de que su posición es correcta, conveniente o ambas cosas<sup>2</sup>.

Este, quizá es el primer problema que encuentro para cuestionar el rol de los expertos. Sin embargo, en lo que sigue, me propongo mostrar algunos otros problemas que encuentro en la actuación de los expertos en las decisiones vinculadas con la creación de leyes penales. Distingo entre "expertos-teóricos" y "expertos-prácticos". Si bien, ambos expertos tienen rasgos similares y problemas parecidos, voy a presentar características particulares de cada uno de ellos.

### 1.1 Expertos-teóricos

En los casos en los que se alcanza un nivel de discusión pública muy importante, que incluso consiguen generar debates en la comunidad, los expertos teóricos (ET) aportan cuestiones técnicas que son fundamentales para entender el problema debatido. Sin embargo, sus aportes no tienen como finalidad tender puentes de diálogo con los no expertos y, en muchos casos, se presentan con una marcada superioridad moral sobre sus interlocutores. Los expertos intentan mostrar en sus intervenciones que ellos están en un mejor lugar para opinar sobre el asunto que el resto de los ciudadanos. Es decir, ellos son mejores porque tienen el conocimiento específico al que los ciudadanos comunes difícilmente puedan acceder. En estos casos, el diálogo se erosiona antes de comenzar. Nadie tiene interés en dialogar con alguien que lo trata de una forma inadecuada o como un monstruo irracional. Los expertos pierden una oportunidad importante al presentarse de ese modo, pero más aún al tratar al resto de los ciudadanos como personas incapaces de poder entender el problema que se discute. Es cierto que muchas veces existen cuestiones técnicas que dificultan la posibilidad de comprender el problema. Sin embargo, en la mayoría de los casos el problema está en el modo en el que los expertos comunican y presentan el problema a discutir.

<sup>2</sup> El derecho penal no sólo es un asunto de derecho público sino que además es una respuesta contra los males públicos (Public Wrongs). Sobre este punto con más detalles Antony Duff, *The Realm of Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2018).

En otras ocasiones, el aporte de los ET es presentado de una forma técnica demasiado sofisticada, que tampoco colabora con la posibilidad de intercambiar razones con quienes están en la posición contraria. Para poder hacerlo, los ciudadanos deben contar con otros expertos que interpreten el mismo lenguaje. Esto de por sí, excluye muchas voces relevantes que empiezan a intervenir a través de terceros. En estos casos, los ET no tratan de brindar buenos argumentos para persuadir a los ciudadanos de que su reclamo no tiene posibilidades de llegar al resultado deseado.

En general, los ET tampoco dan argumentos que puedan abrir distintas discusiones. Así, cuando se discuten reformas al sistema penal no tratan de proponer medidas alternativas menos lesivas para desincentivar aquello que creen que es punitivista en estas situaciones. No presentan alternativas a demandas populares. De este modo, si lo que se propone desde un espacio de no expertos es utilizar más Derecho penal los ET rechazan la propuesta, pero no presentan una alternativa técnica plausible. La idea implícita en este comportamiento es que no es posible discutir con ciudadanos contaminados de emociones que los llevan a tomar decisiones equivocadas y que sólo generan más violencia que la que pretenden combatir<sup>3</sup>. En definitiva, dejan pasar una oportunidad importante para introducir cuestiones que, quizá, no han sido discutidas en detalle. Presentar un tema como algo inaccesible para el ciudadano no experto o de una complejidad muy elevada es una estrategia muy oportuna si lo que se pretende es disuadir a otros de intentar intervenir en el debate público.

El otro tipo de casos que se me ocurre se vincula con reformas más estructurales de normas legales o códigos de fondo o de procedimientos. Estas situaciones tienen algunos problemas adicionales. En primer lugar, las personas designadas para reformar códigos o normas concretas deberían enfrentar severos cuestionamientos sobre su legitimidad para ocupar esos lugares. En general, estas comisiones son designadas directamente sin tener que pasar por ningún otro filtro que la decisión de pocas personas que forman parte del poder ejecutivo o del poder legislativo. No hay concursos públicos, no hay votación de candidatos y menos aún justificación de sus designaciones. Sus credenciales democráticas son muy débiles. Pero, además, en la mayoría de los casos estas designaciones tienen problemas de representatividad evidentes. No hay paridad de representación de mujeres y hombres, de personas de distintos lugares del país o de distintas razas y religiones. En su mayoría, se trata de comisiones conformadas por hombres blancos heterosexuales. Sin embargo, nadie que es designado en esos espacios cree que deba justificar nada de todo esto. Su legitimidad estaría dada por la designación de representantes elegidos democráticamente. Esto parece una forma extraña de entender la democracia, incluso la democracia representativa. Si bien, es discutible que lo único que importa en la democracia es la representatividad de las autoridades que elegimos, es difícil aceptar que la representatividad se extienda transitivamente hacia los miembros de una comisión de reforma. Es como si en el voto, la carta blanca de acción incluyera cualquier decisión que nuestros representantes quisieran tomar: esto parece difícil de justificar.

Por último, la idea del ET en sí misma me parece dudosa ¿Quiénes son los expertos? ¿Dependerá de la materia? ¿Deben haber estudiado en algún lugar en particular? ¿Con algún profesor en particular? ¿Deben ser jóvenes? ¿Deben ser más viejos? ¿Son expertos en todos los temas de la reforma o sólo de algunos? Todas estas discusiones sirven para pensar en algunos expertos en quienes confiamos en algunos momentos de la historia y que no necesariamente aportaron soluciones que recordamos como buenas experiencias<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> La idea de que existe una manera de limitar las emociones a través de las razones es discutible. Asumir que las emociones no siempre son controlables, sin embargo, nos llevaría a otro tipo de discusión. Desarrollo algunas respuestas en Gustavo A. Beade, *Suerte moral, castigo y comunidad* (Madrid: Marcial Pons, 2017a).

<sup>4</sup> El trío más famosos de los criminólogos positivistas italianos que son criticados por sus soluciones al problema de la criminalidad, Cesare Lombroso, Enrico Ferri y Raffaele Garófalo eran los expertos de su tiempo. Le agradezco a Gonzalo Penna este ejemplo que me brindo hace muchos años. Para más detalles ver Gonzalo Penna, "Populismo, derecho penal y democracia. La tensión entre expertos y legos en la participación política", en *Democracia, ciudadanía activa y sistema penal* (Buenos Aires: Di Plácido, 2019).

## 1.2 Expertos-prácticos

Los expertos-prácticos (EP) son aquellos que pese a trabajar con cuestiones teóricas lo hacen desde la función pública: se trata de fiscales, jueces, defensores y abogados que trabajan con casos determinados. En algunas ocasiones también funcionarios de fuerzas de seguridad. Estos EP creen que su experiencia en el litigio o con casos reales les permite opinar con solvencia y lo pone en un lugar superior al resto de los ciudadanos. Los EP creen que están en un mejor lugar que el resto de sus conciudadanos, pero también están en un mejor lugar que los ET, en parte porque ellos trabajan con esos casos reales en litigios legales. Los ET, se presume, no tienen contacto con casos reales y su actividad profesional está orientada a la investigación y la docencia. Por esta razón, estos EP creen que tiene más legitimidad para poder opinar sobre estos problemas. Sin embargo su distancia con la ciudadanía en muchos casos dificulta aún más la posibilidad de dialogar sobre ciertos problemas.

Pese a que su aproximación a los problemas como expertos es diferente, los inconvenientes que veo en los EP, es similar a los de los ET. Por un lado, la limitada comunicación entre los expertos y la comunidad es similar y debería remediarse. Por lo pronto, el lenguaje del Derecho penal impide el acceso a la información por parte de quienes no son abogados o integrantes del Poder Judicial. Esto puede verse en las sentencias de los tribunales locales y en la jurisprudencia de los organismos internacionales. Las decisiones son extensas, complejas y difíciles de reconstruir. En muchos casos, el EP pretende describir cuestiones de Derecho de una forma técnica para defender su conocimiento y diferenciarse de los ciudadanos que no lo tienen. A menudo, esta necesidad de presentarse en otro lugar como portadores del conocimiento práctico de los problemas genera una exagerada idea de que su conocimiento es imprescindible para resolver cuestiones muy profundas. Sin embargo, estas cuestiones profundas no se agotan en decisiones sobre problemas jurídicos. En muchos casos, estas decisiones deben considerar circunstancias económicas, políticas, sociales que ni los EP ni los ET pueden resolver con su conocimiento específico.

Hay circunstancias que tienen en común ambas situaciones y que podría resumirse de esta forma: el ET sólo dialoga con otros ET. En ese caso, es dudoso que pueda trasladar su conocimiento en la materia hacia otros no expertos-legos. Es como pretender discutir sobre una enfermedad neurológica con un médico. No hay una base de conocimientos común, no hay un lenguaje identificable, etc.<sup>5</sup> Sin embargo, esto no sólo atañe a los ET, también sucede con los EP. Un ejemplo de eso sucedió hace un tiempo cuando durante sus años como juez de la Corte Suprema argentina, Eugenio R. Zaffaroni señaló que:

Nunca estuve enfermo de cáncer pero comprendo el dolor ajeno. Me solidarizaría con cualquier enfermo de cáncer. Más aún. Si no le diesen tratamiento, o si el tratamiento fuese inadecuado, saldría con él a pedirlo. Pero si el enfermo de cáncer me dice que el tratamiento adecuado es la yerba de Doña María, y que por el solo hecho de sufrir, él sabe más que el oncólogo, y no lo seguiría. Porque la yerba de Doña María no sirve, no salva.<sup>6</sup>

Más allá de la discutible analogía (comparar un oncólogo con un teórico penal) es notable el rechazo a las opiniones que puedan surgir desde la población, y la peyorativa caracterización que realiza Zaffaroni.

Es posible que dentro de la deliberación surjan propuestas irracionales, pero también puede

<sup>5</sup> Esto, por supuesto, es mal recibido por la ciudadanía. Así se generan profundas críticas hacia quienes cuestionan estas medidas. Por ejemplo en Nueva Zelanda también han sido criticados por oponerse a este sentimiento público, y retados a discutir públicamente, cuestionando su estilo de disparar desde su torre de marfil. John Pratt y Marie Clark, "Penal populism in New Zealand", *Punishment & Society*, n.º 7 (2005): 306.

<sup>6</sup> Martín Granovsky, "No me gusta el autoritarismo cool", *El País*, accedido el 25 de marzo de 2019, <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-40339-2004-08-29.html>.

haber alternativas plausibles. Lo que esperaría del experto en su intervención en la discusión pública no es que descalifique al ciudadano no experto sino que le presente argumentos para que reflexione sobre sus propios puntos de vista. También esperaría que los argumentos de los no expertos consigan que los expertos revisen sus puntos de vista. Esto último tampoco sucede. La negación a la discusión y la distancia del experto es bastante llamativa. Esto, por supuesto, tiene una serie de problemas que me gustaría desarrollar en lo que sigue.

## 1.3 El problema de los expertos

En principio, deberíamos poder discutir la afirmación de que el experto es el que tiene *el conocimiento verdadero o correcto*. Es cierto que en muchos casos necesitamos la opinión de un experto y su explicación de ciertas circunstancias nos puede ayudar a resolver mejor ciertas cuestiones del Derecho. Ahora, la discusión de una política pública no tiene por qué ser librada a la decisión de ciertas personas más o menos formadas académicamente y más o menos conectada con ciertas esferas del poder político<sup>7</sup>. En particular, en los dos casos que señalé previamente (un hecho particular o una reforma estructural) los ET y los EP conviven y pretenden monopolizar el rumbo de estas reformas. El argumento, como también mencioné antes, se basa en el miedo a que la participación popular exija reformas implausibles o tendientes a castigar más duramente los mismos delitos. Es curioso que esta circunstancia que los expertos intentan prevenir suceda desde hace un tiempo largo pese a los esfuerzos que han realizado muchos teóricos y filósofos<sup>8</sup>.

La discusión pública sobre cuestiones públicas como el uso del Derecho penal es algo que debería estar abierto a la participación democrática sin restricciones de este tipo. Si podemos afirmar que los problemas de criminalizar, establecer cuáles son los derechos de las personas detenidas o analizar si los procesos penales deben contar con una investigación a cargo del fiscal o del juez, entonces podemos sostener que los procesos de creación de códigos penales, códigos procesales o leyes de ejecución penal deben contar con la participación de ciudadanos no expertos. Vuelvo sobre esta cuestión en la tercera parte del texto.

La contrapartida al elitismo penal se construye a partir de nuevos grupos de expertos cuyo conocimiento surge desde la experiencia personal, el sentido común, y anécdotas más que la investigación en ciencias sociales. Estos grupos juzgan los asuntos penales sobre la base de la prevención y la satisfacción de las víctimas, más que los costos financieros y el humanitarismo, cuyos enfoques podrían ser dados por los expertos en Derecho penal<sup>9</sup>. Es aquí donde aparece el llamado populismo penal. Existe un desplazamiento de los expertos del Derecho penal. Este movimiento denigra a las élites de expertos y profesionales y defiende la autoridad 'de la gente', del sentido común, de 'volver a lo básico'. La voz dominante de la política criminal ya no es la del experto, o siquiera la del operador, sino de la gente sufriendo, mal atendida, especialmente la voz de 'la víctima' y de los temerosos y ansiosos miembros del público<sup>10</sup>. Veamos con un poco más de detalles este movimiento.

<sup>7</sup> En este sentido, pocas veces he podido observar a expertos aceptando con beneplácito proyectos de reformas legislativas llevadas a cabo por otros colegas expertos. Con esto quiero señalar que, ni los propios expertos están de acuerdo con sus soluciones.

<sup>8</sup> Ver entre otros Jesús María Silva Sánchez, *La Expansión del Derecho Penal* (Montevideo: BDF, 2001); Douglas Husak, *Overcriminalization* (Oxford: Oxford University Press, 2007); Víctor Tadros, *Wrongs and Crimes* (Oxford: Oxford University Press, 2016); Antony Duff, *The Realm of Criminal Law*.

<sup>9</sup> John Pratt y Marie Clark, "Penal populism in New Zealand", 315.

<sup>10</sup> David Garland, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, trad. por Máximo Sozzo (Barcelona: Gedisa, 2005), 49.



## 2. El populismo penal

Resulta algo difícil poder definir concretamente el concepto de populismo penal<sup>11</sup>. Como señalé en otro lado es un movimiento de ciudadanos indeterminado que se moviliza con la finalidad de lograr ciertos cambios<sup>12</sup>. Sus propuestas, a menudo son confusas, los cambios que proponen son amplios y no tienen una dirección concreta<sup>13</sup>. El populismo penal incluye a las corrientes que pretenden que el Derecho penal tome la forma que la ciudadanía reclama, particularmente a través de sus voces más salientes o resonantes en el tema, que suelen ser las de las víctimas del crimen y sus allegados<sup>14</sup>.

Los reclamos de los movimientos populistas son iniciados por familiares de víctimas mediante dos vías diferentes: por un lado, a través del sistema de justicia y, por el otro, a través del impulso de reformas puntuales del sistema penal. A veces, el reclamo y la investigación ocurren en paralelo y a veces el reclamo sucede cuando la investigación no tuvo los resultados esperados. Cuando esto ocurre, es imaginable que el reclamo sea exigiendo una respuesta que no proveyó el sistema de administración de justicia. En muchos casos, la demanda se reduce a exigir: más castigo, leyes más duras, en definitiva, más Derecho penal. Son estos reclamos los que generan más preocupación. El problema, sin dudas tiene que ver con la influencia de quienes llevan adelante esos reclamos. En la mayoría de los casos, sólo quienes pertenecen a un estrato alto de la sociedad pueden lograr amplificar y hacer perdurar sus reclamos populistas<sup>15</sup>. Habría varias razones para ahondar en esta cuestión.

En principio podría decir que la cuestión económica es determinante para que quien quiera mantener latente el reclamo por el familiar o amigo perdido o por la demanda que plantea debe poder tener cierta afinidad con los medios de comunicación o al menos dinero para poder acceder a un medio. Muchas personas, por distintas razones, no saben cómo manejarse ante una situación semejante. Cómo entablar un diálogo con un medio de comunicación para obtener difusión de un reclamo puntual y que pueda ser amplificado exige de ciertas habilidades y capacidades vinculadas con cuestiones sociales y económicas. Lograr una marcha de reclamos televisada, en un lugar amplio y conseguir difundir la noticia para alcanzar convocatoria importante no es algo que pueda hacer cualquier ciudadano. Más aún, no cualquier reclamo podría alcanzar dimensiones amplias. Es probable que circunstancias vinculadas a tragedias concretas tendrían mucho más alcance que reclamos por acceso a derechos de grupos desaventajados. Es probable que la empatía que pueda generar el reclamo contribuya a ampliar el alcance<sup>16</sup>.

En definitiva, estas son algunas de las características que presentan la mayoría de los movimientos populistas. Me interesa mostrar ahora, cuáles son algunos de los problemas que debe enfrentar. En particular me concentro en cuestionar el acercamiento –que realizan a menudo los teóricos legales– entre la democracia y el populismo. Creo que esta equiparación

11 Un desarrollo exhaustivo del concepto puede verse en Máximo Sozzo. "Populismo penal. Historia, balance, dilemas y perspectivas de un concepto", en *Nova criminis: visiones criminológicas de la justicia penal*, n.º 14 (2017). Un análisis desde la filosofía política en Albert Dzur. "The Myth of Penal Populism: Democracy, Citizen Participation, and American Hyper Incarceration", *Journal of Speculative Philosophy*, n.º 24 (2010): 354-379.

12 Gustavo A. Beade, *Inculpación y castigo: ensayos sobre la filosofía del derecho penal* (Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2017b), capítulo 7

13 En posiciones más sencillas se ha señalado que se trata de un discurso que es caracterizado por un llamado al castigo en nombre de las víctimas. Tom Daems, "Engaging with penal populism: The case of France", *Punishment & Society* 9, n.º 3 (2007): 322.

14 Roberto Gargarella, "Mano dura sobre el Castigo. Autogobierno y comunidad (II)", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, n.º 8 (2007a): 127.

15 Roberto Gargarella, "'Neopunitivismo' y (re)educación republicana. Respuesta a Diego Freedman", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, n.º 8 (2007b): 103

16 Es posible que el reclamo de un familiar de una víctima en un accidente de tránsito tenga más repercusión que los planteos que pudiera hacer la comunidad LGTBI por conseguir el acceso a determinados derechos de personas trans.



es equivocada y que las decisiones populistas están lejos de representar determinaciones democráticas.

### 2.1 El problema del populismo penal

En general, los teóricos penales han cuestionado fuertemente al populismo penal<sup>17</sup>. Los cuestionamientos más corrientes tienen como objetivo devolver la posibilidad de resolver estas cuestiones a las manos de los expertos. Las razones son más o menos evidentes: los ciudadanos no expertos carecen del conocimiento específico para poder resolver estos problemas. Además, se mueven por sentimientos y emociones que hacen implausibles sus demandas. Es aplicable, nuevamente la analogía con los médicos y la cura de enfermedades graves. Un experto diría: "No confiamos en curanderos o remedios caseros para sanar enfermos terminales. No deberíamos confiar en creencias populares para resolver problemas técnicos". Esas críticas se basan en una creciente desconfianza hacia los movimientos sociales que ellos identifican como parte de la democracia. Es decir, para alguien (como yo) que quisiera proponer la participación democrática en las cuestiones penales como algo esencial en una comunidad política, la respuesta de los expertos sería mostrarme al populismo como un ejemplo de participación democrática. Ellos podrían decir que parte de los males que sufrimos actualmente (más personas encarceladas, Estados más autoritarios, etc.) se debe a la posibilidad de que cualquiera opine y participe en cualquier tipo de decisión. Esto es equivocado. Las demandas populistas deben ser distinguidas de lo que la democracia debería exigir en esos casos. Veamos esto un poco más.

Las críticas al populismo intentan mostrar lo siguiente: el sólo hecho de que la demanda provenga de la comunidad política no nos lleva a afirmar que el reclamo es un reclamo democrático. Para que esto sea de este modo necesitamos algunas cosas más que aún no

17 Ver, entre otros, Daniel Pastor, *Tendencias. Hacia una aplicación más imparcial del derecho penal* (Buenos Aires: Hammurabi, 2012).

hemos podido alcanzar. Las demostraciones de participación ciudadana en marchas y reclamos no nos obligan a seguir esos reclamos, pero menos aún nos deberían llevar a afirmar que esa es la voz de la democracia. Tampoco lo son las encuestas de opinión sobre un caso concreto, la empatía que podamos sentir con las víctimas, ni ninguna otra circunstancia similar. En todo caso, es la voz de una gran cantidad de personas: eso es todo.

Las convocatorias que surgen de estos reclamos no logran reemplazar otras formas de deliberación posibles en un sistema democrático. Es decir, no es democrático el acuerdo de una gran cantidad de personas sobre una diversidad de problemas que en algunas situaciones se engloban dentro de frases sencillas, e.g. la seguridad. Tampoco es posible, en esos contextos de encuestas, preguntas que requieren una afirmación o una negación (e.g. ¿Vivimos inseguros? ¿Sentimos miedo en nuestra ciudad?) discutir, consensuar y encontrar respuestas para el problema planteado. Por otra parte, como señalé antes, es notable que las demandas populistas también se originan, por una serie de razones que no puedo analizar aquí, en los sectores con más recursos de la comunidad<sup>18</sup>. Estos sectores son los que, en muchos casos, consiguen alcanzar determinados objetivos en base a su ubicación social. Por un lado, la posibilidad de acceder a los medios de comunicación. Pero, además, consiguen sostener el interés de esos medios en la evolución del reclamo. Por otra parte, también consiguen vincularse con legisladores y jueces que, en determinados casos, pueden hacer lugar a sus demandas o sus reclamos.

Las posibilidades que tienen aquellos que pueden movilizar las demandas populistas son aún mayores en contextos de desigualdad como los que me interesa mostrar en este trabajo. De este modo, también es posible advertir que el populismo lejos de ser democrático o ser una muestra de la participación democrática es una muestra más de la participación de determinados sectores en una comunidad. Nuevamente, en contextos de desigualdad, son aquellos que, al menos tienen sus necesidades básicas satisfechas y que cuentan con la posibilidad de incidir y hacer prevalecer sus intereses por sobre el resto de sus conciudadanos. Es importante, por lo menos, definir cuáles serían aquellos aspectos que un Derecho penal democrático pudiera garantizar en estos contextos.

### 3. Lineamientos de un derecho penal democrático

Pensar en un Derecho penal democrático es una aspiración que exige un trabajo demasiado profundo que no puedo abarcar aquí. Si el Derecho penal pudiera dividirse en partes, deberíamos incluir las siguientes: criminalización, interpretación, aplicación y ejecución. Si no pudiéramos definir qué queremos decir con que el Derecho penal debe ser democrático podríamos comenzar sólo con el problema de la criminalización y el derecho probablemente se transformaría en algo diferente. Obviamente que queda pendiente definir cuál será el rol de los ciudadanos en los otros aspectos del Derecho penal. Sin embargo, mi objetivo aquí es discutir la influencia que tiene la ausencia de participación ciudadana en la criminalización de conductas y la afectación que causa sobre las personas más desaventajadas de las comunidades que conocemos<sup>19</sup>.

Ahora, bien, es necesario distinguir y clarificar conceptualmente lo que entendemos cuando hablamos de "populismo penal". Muchas de las decisiones vinculadas con el Derecho penal deben estar en manos de los miembros de la comunidad política<sup>20</sup>. Pienso, básicamente, en qué cosas deben ser parte del Derecho penal y qué no. Es decir, qué conductas deben ser criminalizadas y convertidas en delitos. Para ello, es necesario escuchar las voces de los integrantes de la

comunidad política. Dentro de estas voces, entran la de los expertos. Sin embargo, sus voces tienen el mismo peso, al momento de tomar una decisión que las de los demás. No hay ninguna razón plausible para señalar que en una discusión política deba seguir los lineamientos de uno o dos expertos en la materia. Tampoco para pensar que delegar la representación democrática incluye la delegación de las decisiones vinculadas con redacción de la legislación penal. Menos aún para afirmar que la decisión sólo debe estar en manos de una parte activa de la comunidad. Los lineamientos de lo que queremos hacer como comunidad sin duda, deben ser discutidos y debatidos, y en su caso, implementados institucionalmente.

Existen algunos trabajos teóricos que pretenden avanzar en la relación existente entre el Derecho penal, la democracia y la filosofía política del republicanismo como dos aspectos relevantes para poder encauzar algún tipo de política criminal, de alguna manera menos punitiva. Así, incluso con diferencias teóricas importantes, se destacan los trabajos de John Braithwaite y Philip Pettit<sup>21</sup> y también el de Antony Duff<sup>22</sup>. Braithwaite y Pettit piensan básicamente que una respuesta correcta a los actos lesivos es un proceso descentralizado y des-profesionalizado que logre un diálogo entre las víctimas y los ofensores. Así, esta forma alternativa de solución de conflictos es visto como una posibilidad más amplia de armonizar y reconstruir relaciones perdidas en una sociedad<sup>23</sup>. Por su parte, Duff sostiene, muy a grandes rasgos, que el castigo es idealmente una forma de comunicación que radica en recordar a los ciudadanos que los valores de las leyes expresan, son sus propios valores<sup>24</sup>. El delito para Duff es algo en que la comunidad en su totalidad está interesada<sup>25</sup>. Estos dos aspectos vinculados con la democracia deliberativa tienden a lograr una forma de diálogo más robusta que llegue a mejores soluciones mediante una forma deliberativa que realza el sistema democrático. Este debate abierto, tiende a que todos los afectados por una determinada política pública puedan ingresar en la discusión para encontrar alternativas y soluciones.

La ausencia de la participación de los interesados es central para entender lo injusto de las consecuencias que de allí se deriva. Algunos de estos aspectos son señalados por Albert Dzur y Rekha Mirchandani, como problemáticos para legitimar ciertas políticas criminales como las imperantes en el estado de California en los Estados Unidos, denominada "Three Strikes and you're out". Esta norma establecía que quienes cometieran tres infracciones, cualesquiera, eran encarcelados, y ya no podían recuperar su libertad. De ahí, su analogía con el béisbol, deporte muy popular en Estados Unidos, en donde cuando un bateador no logra conectar la bola arrojada por el lanzador queda literalmente fuera del juego, debiendo ser reemplazado por otro. Estos autores señalan que esta política pública es un ejemplo de *meras opiniones* antes que *opiniones públicas*<sup>26</sup>. Según Dzur y Mirchandani, la decisión de su implementación fue alentado solo en el marco de una batalla electoral y deliberado minimamente, utilizando para su aprobación terminología de naturaleza meramente emotiva como "ansiedad popular", "temor público", etc.<sup>27</sup>. En definitiva, destacan que quienes eran los posibles afectados por esta ley en nada pudieron participar de la discusión respecto de su implementación. Esta ausencia en la participación ha conseguido que esta norma sea llamada críticamente "los tres veces perdedores".

21 John Braithwaite y Philip Pettit. *Not just deserts: A Republican theory of criminal justice* (Oxford: Clarendon Press, 1990).

22 Antony Duff, *Punishment, Communication and Community* (Oxford: Oxford University Press, 2001).

23 Albert Dzur y Rekha Mirchandani, "Punishment and democracy: the role of public deliberation", *Punishment & Society*, n.º 9 (2007): 152.

24 Así, para la visión de Duff, el castigo es una actividad esencialmente inclusiva. Antony Duff, "Penance, Punishment and the Limits of Community", *Punishment & Society*, n.º 5 (2003): 295.

25 La posición más desarrollada se encuentra en Antony Duff, *The Realm of Criminal Law*.

26 Albert Dzur y Rekha Mirchandani, "Punishment and democracy: the role of public deliberation", 164.

27 Albert Dzur y Rekha Mirchandani, "Punishment and democracy: the role of public deliberation", 164.

18 Una descripción similar y explicada en detalle en Máximo Sozzo. "Populismo penal. Historia, balance, dilemas y perspectivas de un concepto".

19 Le agradezco a Maira Astudillo y a Javier Cigüela por obligarme a hacer esta aclaración.

20 Es dudoso que los jóvenes no deban ser parte de este proceso. Sin embargo, esto debería tener consecuencias en el uso del derecho penal sobre ellos. Un argumento en esta línea en Gideon Yaffe, *The Age of Culpability. Children and the Nature of Criminal Responsibility* (Oxford: Oxford University Press, 2017).



Lo que intenté hacer en las secciones anteriores fue señalar la importancia de la participación democrática para construir el Derecho penal y también para aclarar algunos malos entendidos sobre la asociación entre democracia y populismo penal. La filosofía política republicana está produciendo aportes importantes en esta línea<sup>28</sup>. Dentro de esos aportes, la participación democrática sigue siendo un aspecto que comparten las distintas posiciones que se inscriben dentro del republicanismo. Sin embargo, los lineamientos de un Derecho penal democrático deberían ser definidos todavía con mayor detalle y no puedo ocuparme de eso aquí en detalle. Me interesa, en cambio, presentar los vínculos que encuentro entre este tipo de propuestas y la exclusión de las personas que pertenecen a grupos desaventajados, en particular aquellos que sufren de lo que se ha llamado desigualdad estructural.

## 4. La autoridad del Derecho penal y la desigualdad estructural

La idea de que puede existir un Derecho penal democrático quiere decir muchas cosas y, como adelanté, no he sido demasiado preciso en definir sus alcances. La democracia podría incluir la participación ciudadana en las decisiones judiciales, como ocurre a veces en los juicios por jurados, podría referirse al establecimiento de la restauración como alternativa para resolver conflictos entre personas, como también la posibilidad de que existan jueces no profesionales, entre muchas otras<sup>29</sup>. Sin duda, cada una de esas alternativas debería ser profundizada y analizada con mayor detalle. Es posible que muchas de esas alternativas no terminen por satisfacer nuestros ideales democráticos de participación. Sin embargo, aquí lo que me preocupa es algo más particular: el modo en que tanto el populismo penal como el elitismo penal terminan por excluir a quienes se encuentran en las porciones más desaventajadas de una comunidad. Intento explicar esto con más detalles a continuación.

Como señalé anteriormente, tanto el elitismo como el populismo penal son dos problemas para entender la efectiva participación democrática de los ciudadanos de una comunidad política. Por un lado, porque presenta la idea equivocada de que la presencia de personas en plazas públicas o de ciudadanos en discusiones públicas implica necesariamente la idea de que existe un lugar que debemos reconocerle a la democracia. Vimos que la participación populista es limitada en términos democráticos porque no está construida sobre la base de lo que, entiendo, que la democracia debe tener: la participación de todas las voces de la comunidad y, en particular, de aquellas que serán más afectadas con las decisiones que surjan del proceso de deliberación. La posibilidad de ser llamado a rendir cuentas en un proceso penal y de ser castigado penalmente tiene unas condiciones particulares en comunidades marcadas por la desigualdad estructural. Me refiero a aquellas comunidades que no sólo se encuentran inmersas en situaciones de desigualdad graves sino que estas circunstancias existen desde hace décadas<sup>30</sup>.

Las circunstancias que rodean al elitismo penal no son mucho mejores: es difícil que un experto que tiene como misión redactar un código penal tenga interés en escuchar lo que tiene para decir un convicto, un ex convicto o aquellos ciudadanos sobre los que el código pueda aplicarse. Sin embargo, parece razonable. Pensemos en un ejemplo más concreto: leyes de ejecución penal que regulan distintas alternativas de las personas privadas de la libertad. Difícilmente quienes van a sufrir las consecuencias de esas modificaciones tengan la posibilidad de ser escuchadas. La

pregunta que habría que responder es por qué quienes van a sufrir esos cambios en el modo en que será su tiempo en la cárcel no pueden dar argumentos para rechazar propuestas o presentar nuevas alternativas a esos proyectos. Parece razonable pensar que son, en particular, esos ciudadanos quienes tengan la mejor información sobre lo que ocurre en una cárcel. Negarles esa posibilidad implica también negarles su estatus como ciudadano. Esto parece inadmisibles en un tipo de comunidad política que nos considere como conciudadanos. Nuevamente, esto también parece relevante si queremos pensar en un Derecho penal que sea democrático.

Sin embargo, podría ser discutido el hecho de que la participación ciudadana sea un requisito exigible para calificar de democrático el derecho que nos rige o un sistema jurídico en particular. Alguien podría decir que la mayoría de los sistemas que conocemos funcionan con normalidad y no son todo lo democrático que exijo aquí. Mi punto, sin embargo, es normativo y apunta a que este *debería* ser el modo en el que pensemos el Derecho penal de nuestra comunidad política. Más allá de esta aclaración sobre la forma en la que estoy presentando estas ideas, existen cuestiones puntuales que probablemente también suceda en las comunidades que conocemos. La existencia de estas circunstancias tiene como resultado algunas situaciones que a menudo sucede: ¿Cuál es la consecuencia evidente de estas circunstancias? Pienso que el Estado pierde autoridad y legitimidad para castigar determinados delitos.

Por un lado, la pérdida de autoridad tiene que ver con la imposibilidad de sentirnos parte de la comunidad política en la que vivimos. Si las leyes de los lugares en los que vivimos no han sido pensadas, discutidas y creadas por nosotros los miembros de la comunidad política es difícil pensar que esas leyes van a poder tener algún poder sobre los ciudadanos excluidos de esa decisión. Esto no quiere decir que todas las leyes que no cuenten con la participación de los ciudadanos sean ilegítimas. Sin embargo, parece obvio que aquello que sentimos como algo ajeno a nosotros, pese a que debería vincularnos, es difícil que lo sintamos como propio. En contextos de desigualdad, esa limitada o nula participación se hace más visible. Leyes creadas por ET y/o EP o impulsadas por movimientos populistas dejan afuera a quienes forma parte de la porción más desaventajada de la comunidad. Otra vez, si la idea de la comunidad política se basa en tratarnos con igual consideración y respeto, pensar que existen sectores de la comunidad que deben decirnos de qué manera hay que resolver cuestiones tan centrales como las que regulan el Derecho penal parece problemático. Considerarnos iguales no sólo puede ser una cuestión declarativa, sino real. Si asumimos que somos iguales, pero en los hechos demostramos que existe un grupo que está en condiciones de imponer sus juicios morales y sus normas legales sobre otros estamos en problemas<sup>31</sup>.

Estas dificultades han sido descritas en diferentes trabajos como la ausencia de las precondiciones de responsabilidad<sup>32</sup>. En nuestros países existe un gran porcentaje de ciudadanos que se encuentran excluidos socialmente y, por ende, también de la discusión pública. En algunas ocasiones, se ha dicho que la pobreza no debería ser una razón para excluir la responsabilidad penal<sup>33</sup>. El argumento es que la pobreza no puede excluir las obligaciones que tienen los ciudadanos como parte de la comunidad política. No diríamos, dicen estos teóricos, que alguien que está en una situación de pobreza debe dejar de pagar impuestos, sus deudas o no ser responsable civilmente si provoca un daño. Si esto fuera así, no sería posible concebir una comunidad como lo hacemos. Sin embargo, esto no necesariamente es así. La pobreza nos obliga a pensar alternativas para que los ciudadanos obligados estén en condiciones de cumplir con esas demandas. Para

<sup>28</sup> Ver entre otros Richard Dagger, *Playing Fair: Political Obligation and the Problems of Punishment* (Oxford: Oxford University Press, 2018).

<sup>29</sup> Ver esta cuestión en Roberto Gargarella, "Punishment, Deliberative Democracy & The Jury", *Criminal Law, Philosophy*, n.° 9 (2015) y Albert Dzur, "The Priority of Participation: A Friendly Response to Professor Gargarella", *Criminal Law and Philosophy*, n.° 10 (2016).

<sup>30</sup> Ver Liliana Ronconi, *Derecho a la Educación e Igualdad como no Sometimiento* (Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2018).

<sup>31</sup> Sobre esto, de nuevo Antony Duff, *The Realm of Criminal Law*.

<sup>32</sup> Antony Duff, "Law, Language and Community: Some Preconditions of Criminal Liability", *Oxford Journal of Legal Studies* 18, n.° 2 (1998): 189-206 y *Punishment, Communication and Community*; y Roberto Gargarella, "De la justicia penal a la justicia social", en *De la injusticia penal a la justicia social* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2008) y *Castigar al prójimo* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2016).

<sup>33</sup> Sin embargo, ver Gary Watson, "A Moral Predicament in the Criminal Law", *Inquiry*, n.° 58 (2015). Algunas alternativas en el derecho penal en Javier Cigüela Sola, *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política del castigo* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019).



eso, es necesario garantizar sus derechos, en particular sus derechos sociales, i.e. derecho a la vivienda, a la salud, a la educación, etc. Este me parece que es un punto central para pensar el problema de la responsabilidad penal y su vínculo con las precondiciones de responsabilidad. Si bien en todos los casos (de ciudadanos pobres y no pobres) debemos analizar las condiciones de la responsabilidad penal, bien conocidas en el Derecho penal, i.e. haber llevado a cabo una conducta típica, antijurídica y culpable, es necesario tomar en consideración las pre condiciones que deben existir dentro de una comunidad para responsabilizar a alguien. El incumplimiento por parte de la comunidad de garantizar derechos básicos socava su estatus moral para poder responsabilizar a alguien penalmente. Es decir, en casos en los que el Estado llega por primera a la vida de una persona no para garantizar un derecho, sino para imponer un castigo, debemos cuestionar seriamente esa medida y señalar la falta de autoridad para hacerlo<sup>34</sup>.

Nuevamente, creo que existen una gran cantidad de cuestiones que socavan o limitan la autoridad del derecho sobre los ciudadanos de una comunidad. La arbitrariedad de los jueces, el lenguaje con el que se expresan los tribunales, la falta de representatividad de los miembros del poder judicial son algunas de ellas. Aquí sólo me he enfocado en la cuestión que me parece más importante porque sucede al momento de crear las leyes penales de una comunidad. Las comunidades en las que vivimos se definen, en gran medida, por las leyes penales que tienen. En los últimos años ha existido una preocupación particular por la desmedida creación de leyes penales que criminalizan una gran cantidad de conductas que antes no eran delitos. Esto tiene como una consecuencia obvia el aumento de las personas privadas de su libertad. También se han tomado una serie de decisiones legales que impiden o limitan posibilidades para aquellos ciudadanos que cometieron delitos en el pasado, e.g. imposibilidad de votar o limitación de determinados derechos civiles. Muchas de estas circunstancias han sido legitimadas en la idea de que fueron impulsadas por "reclamos populares". Otras, sin embargo, también se justifican gracias a los aportes de expertos internacionales en temas que, al parecer, el resto de los ciudadanos no entienden, pero que son vitales para su vida diaria. Lo que parece evidente es que si hay desigualdad estructural la ausencia de participación democrática afecta con mayor fuerza a quienes están en peor situación dentro de la comunidad política.

<sup>34</sup> Con más detalles en Gustavo A. Beade y Rocio Lorca "¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién? Un diálogo sobre la legitimidad del castigo en contextos de exclusión social", *Isonomia*, n.º 47 (2017c): 135-164 y Gustavo A. Beade, "Who Can Blame Whom? Moral Standing to Blame and Punish deprived citizens", *Criminal Law and Philosophy* 13, n.º 2 (2019): 271-281.

## 5. Comentario final

■ El objetivo de este trabajo fue, en la primera parte, presentar los problemas que encuentro en el elitismo penal como en el populismo penal si pretendemos que una comunidad política pueda construir un Derecho penal democrático. En la segunda parte del texto quise señalar algunas de las consecuencias que se presentan en contextos de desigualdad en las que la participación democrática es limitada: por un lado, el Derecho pierde autoridad y, por el otro, genera más desigualdad perjudicando concretamente a aquellos ciudadanos de la parte más pobre de la comunidad. Si estamos de acuerdo en que la participación democrática en la creación de leyes penales debe ser un principio sobre el que se construya el vínculo de la comunidad política con el Derecho penal y creemos que la desigualdad exige respuestas diferentes para los problemas de siempre, entonces debemos rechazar los intentos elitistas y las propuestas del populismo penal. Tratarnos como miembros de una comunidad política con igual consideración y respeto implica hacer los esfuerzos que sean necesarios para tengamos las mismas posibilidades de ser iguales y exigir que el derecho sea un reflejo de esa igualdad.

## Referencias

- Beade, Gustavo A. *Suerte moral, castigo y comunidad*. Madrid: Marcial Pons, 2017a.
- . *Inculpación y castigo: ensayos sobre la filosofía del derecho penal*. Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2017b.
- . "Who Can Blame Whom? Moral Standing to Blame and Punish deprived citizens". *Criminal Law and Philosophy* 13, n.º 2 (2019): 271-281.
- Beade, Gustavo A. y Rocío Lorca. "¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién? Un diálogo sobre la legitimidad del castigo en contextos de exclusión social". *Isonomia*, n.º 47 (2017c): 135-164.
- Braithwaite, John y Philip Pettit. *Not just deserts: A Republican theory of criminal justice*. Oxford: Clarendon Press, 1990.
- Cigüela Sola, Javier. *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política del castigo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Daems, Tom. "Engaging with penal populism: The case of France". *Punishment & Society* 9, n.º 3 (2007): 319-324.
- Dagger, Richard. *Playing Fair: Political Obligation and the Problems of Punishment*. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- Duff, Antony. "Law, Language and Community: Some Preconditions of Criminal Liability". *Oxford Journal of Legal Studies* 18, n.º 2 (1998): 189-206
- . *Punishment, Communication and Community*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- . "Penance, Punishment and the Limits of Community". *Punishment & Society*, n.º 5 (2003).
- . *Answering for Crime: Responsibility and Liability in Criminal Law*. Oxford: Hart Publishing, 2007.
- . "Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial". *Ratio*, n.º 23 (2010).
- . *The Realm of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- Dzur, Albert. "The Myth of Penal Populism: Democracy, Citizen Participation, and American Hyper Incarceration". *Journal of Speculative Philosophy*, n.º 24 (2010): 354-379.
- . "The Priority of Participation: A Friendly Response to Professor Gargarella". *Criminal Law and Philosophy*, n.º 10 (2016): 473.
- Dzur, Albert y Rekha Mirchandani. "Punishment and democracy: the role of public deliberation". *Punishment & Society*, n.º 9 (2007).
- Gargarella, Roberto. "Mano dura sobre el Castigo. Autogobierno y comunidad (II)". *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, n.º 8 (2007a).
- . "'Neopunitivismo' y (re)educación republicana. Respuesta a Diego Freedman". *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, n.º 8 (2007b).
- . "De la justicia penal a la justicia social". En *De la injusticia penal a la justicia social*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2008.
- . "Penal Coercion in Contexts of Social Injustice". *Criminal Law and Philosophy*, n.º 5 (2011).
- . "Punishment, Deliberative Democracy & The Jury". *Criminal Law, Philosophy*, n.º 9 (2015): 709.
- . *Castigar al prójimo*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2016.
- Garland, David. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Traducido por Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005.
- Granovsky, Martín. "No me gusta el autoritarismo cool". *El País*. Accedido el 25 de marzo de 2019. <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-40339-2004-08-29.html>.
- Husak, Douglas. *Overcriminalization*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Pastor, Daniel. *Tendencias. Hacia una aplicación más imparcial del derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2012.
- Penna, Gonzalo. "Populismo, derecho penal y democracia. La tensión entre expertos y legos en la participación política". En *Democracia, ciudadanía activa y sistema penal*. Buenos Aires: Di Plácido, 2019.
- Pratt, John y Marie Clark. "Penal populism in New Zealand". *Punishment & Society*, n.º 7 (2005).
- Ronconi, Liliana. *Derecho a la Educación e Igualdad como no Sometimiento*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2018.
- Silva Sánchez, Jesús María. *La Expansión del Derecho Penal*. Montevideo: BDF, 2001.
- Sozzo, Máximo. "Populismo penal. Historia, balance, dilemas y perspectivas de un concepto". En *Nova criminis: visiones criminológicas de la justicia penal*, n.º 14 (2017).
- Tadros, Víctor. *Wrongs and Crimes*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- Yaffe, Gideon. *The Age of Culpability. Children and the Nature of Criminal Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- Watson, Gary. "A Moral Predicament in the Criminal Law". *Inquiry*, n.º 58 (2015).

# Populismo punitivo y medios de comunicación: la introducción de la prisión permanente revisable en España como muestra de la política criminal mediática<sup>1</sup>

## Resumen

■ La sociedad siempre ha sentido fascinación por el mundo del crimen. Hoy en día, con el desarrollo masivo de las comunicaciones, los asuntos criminales pueden ser conocidos al instante. Sin embargo, todo se complica cuando entran en juego los intereses de los agentes políticos, la sociedad y los medios de comunicación. El presente trabajo analiza cómo el poder político, con objeto de conseguir réditos electorales, utiliza los sentimientos de crispación e inseguridad generados en la ciudadanía por el énfasis con el que los medios suelen tratar los asuntos criminales, respondiendo con un severo incremento penal, a través del denominado populismo punitivo. De este modo, se presenta la introducción de la prisión permanente revisable en España como muestra de la política criminal mediática seguida por los Estados basada en un actuar impulsivo e inmeditado a golpe de telediario.

**Palabras clave:** Populismo punitivo; Populismo penal; Política criminal; Prisión permanente revisable; Agenda-setting.

<sup>1</sup> Agradecimientos: La presente investigación ha sido desarrollada en el marco de la subvención concedida por la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León al amparo de la Orden EDU/875/2021, de 13 de julio, por la que se resuelve la convocatoria de ayudas destinadas a financiar la contratación predoctoral de personal investigador, cofinanciadas por el Fondo Social Europeo.

<sup>2</sup> Centro de Investigación en Derechos Humanos y Políticas Públicas (CIDH-Diversitas). Departamento de Derecho Público General, Área de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, España. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0894-9195>. Contacto: [mcabezas@usal.es](mailto:mcabezas@usal.es).



# 1. El concepto de populismo punitivo

Las sociedades actuales, denominadas *sociedades postmodernas*<sup>3</sup>, se caracterizan por un fuerte proceso de globalización, en el que el desarrollo tecnológico y de las comunicaciones ha convertido a internet en el elemento vertebrador de la nueva organización social, facilitando la masiva e instantánea divulgación de información y opiniones<sup>4</sup>. Este modelo ha desencadenado la producción social de riesgos, entre los que destaca la sensación de inseguridad ciudadana. Ante esta inseguridad, las autoridades responden a través del Derecho penal, lo que está marcando una continua expansión punitiva. En este contexto, las relaciones entre medios de comunicación, ciudadanía y actores políticos determinan la agenda legislativa a través del denominado *populismo punitivo*.

Siguiendo la evolución del concepto desarrollada por Sozzo<sup>5</sup>, el origen del concepto *populismo punitivo* o *populismo penal* se remonta a mediados de los años 90, destacando los ensayos del criminólogo inglés Anthony Bottoms, quien lo define como el uso del Derecho penal por parte de los políticos con el fin de obtener réditos electorales. Según Bottoms<sup>6</sup>, los cambios económicos y sociales a nivel macroscópico han dado lugar a un crecimiento del delito y una mayor sensación de inseguridad, en la que viejas certezas sociales se desvanecen y las instituciones que deberían generar aseguramiento fracasan, configurando la denominada *sociedad del riesgo*<sup>7</sup>. De este modo, los actores políticos, buscando popularidad y rédito electoral, aprovechan las inseguridades de los electores prometiendo ser duros con el delito y agravando e incrementando las penas, lo que refuerza el consenso moral existente en la sociedad.

Otra obra esencial para el desarrollo del concepto es la elaborada por David Garland a partir de las décadas de los 80 y 90, para quien el incremento de la punitividad se vuelve una necesidad política, siendo imposible sacar ventaja política de una oposición a la orientación punitiva del Estado. Estas impulsivas campañas de incremento punitivo "expresan sentimientos públicos negativos y contribuyen a provocar efectos simbólicos de reaseguramiento del público frente a su desconfianza en las instituciones estatales"<sup>8</sup>. Unos casos en los que los escándalos particularmente graves juegan un rol central, dando especial protagonismo a la figura de la víctima, su representación política y mediática y los movimientos sociales en torno a ella. Por lo tanto, puede decirse que actualmente existe una deriva populista en la práctica penal, en la que se degrada la importancia de la investigación y conocimientos criminológicos, operando la voz de la víctima y del público como fuente privilegiada<sup>9</sup>.

Del mismo modo, Garland califica estas medidas legislativas como un procedimiento de *acting out*, es decir, "una forma de actuar irreflexiva e impulsiva que elude cualquier reconocimiento realista de los problemas subyacentes, proveyendo al mismo hecho de actuar su propia forma de gratificación y consuelo"<sup>10</sup>. Estas medidas, diseñadas para denunciar el delito y reasegurar al

público, tienen una dudosa eficacia para controlar delitos, sirviendo para proveer una respuesta inmediata como medida de venganza, la cual es considerada como un logro por la sociedad<sup>11</sup>.

De este modo, Pratt<sup>12</sup> construye el término *populismo punitivo* en base a la opinión pública, configurando la misma como fuente legitimadora de propuestas y decisiones políticas<sup>13</sup>. Por ello, ante los riesgos originados por los cambios sociales contemporáneos, opina que ha surgido un sentimiento punitivista del público que legitima el impulso de medidas represivas por parte de la clase política, quienes, a su vez, tratan de construir un consenso político y electoral gracias a atender al "sentido común" emanado de su actuación populista.

En concreto, Fuentes Osorio<sup>14</sup> delimita los siguientes beneficios que extraen los operadores políticos de la intervención legislativa destinada al endurecimiento de las penas: 1) hace notar el interés del legislador por los problemas de la sociedad; 2) transmite la imagen de que las instituciones tienen capacidad de respuesta a los problemas planteados; 3) funciona como una "almohada" para la conciencia de los políticos, ya que a través de la intervención penal del legislador puede afirmar que no ha sido ajeno al problema; y, 4) favorece el silencio social acerca de determinados temas, ya que la intervención legislativa expresa soluciones inmediatas.

Analizado el origen y evolución del concepto, y en síntesis con todo lo anterior, Garland establece una serie de indicadores ilustrativos del paso de un modelo penal resocializador a uno basado en la incapacitación del individuo, que reflejan las características esenciales del *populismo punitivo*<sup>15</sup>: el declive del ideal de la rehabilitación, el resurgimiento de las sanciones punitivas y la "justicia expresiva", los cambios en el tono emocional de la política criminal, el retorno de la víctima, la protección del público por encima de todo, la politización y el nuevo populismo, la reinención de la prisión, la transformación del pensamiento criminológico, la infraestructura de la prevención del delito y la seguridad comunitaria en expansión, la sociedad civil y la comercialización del control del delito, los nuevos estilos de gestión y prácticas del trabajo y la sensación permanente de crisis.

En orden a sintetizar el concepto, Juan Antón-Mellón, Gemma Álvarez y Pedro A. Rothstein<sup>16</sup> han conceptualizado, en sintonía con la literatura académica, tres componentes característicos del discurso populista punitivo. En primer lugar, destacan el papel de la cárcel como institución represora e incapacitadora, en la que el delincuente es visto como "un ser que persigue sin escrúpulos y en pleno uso de su libre arbitrio intereses egoístas e inmorales, a costa de los legítimos intereses de los demás"<sup>17</sup>. Por ello, las prácticas de resocialización han sido sustituidas por una política destinada a reforzar la disciplina y el control sobre el delincuente, donde la cárcel y la inhabilitación se convierten la mejor herramienta para lograrlo<sup>18</sup>. En segundo término, siguiendo a Garland, los autores referencian la colocación del discurso de la víctima y su

3 Sobre la *sociedad postmoderna* véase: Jean-François Lyotard, *La condición postmoderna* (Madrid: Ediciones Cátedra, 1987).

4 Acerca de la *era informacional*, véase: Manuel Castells, *La era de la información: economía, sociedad y cultura* (Madrid: Alianza Editorial, 1997).

5 Máximo Sozzo, "Populismo penal. Historia, balance, dilemas y perspectivas de un concepto", en *Política criminal mediática. Populismo penal, criminología crítica de los medios y de la justicia penal* (Bogotá: Ibáñez, 2018), 24-25.

6 Anthony Bottoms, "The Politics and the Philosophy of Sentencing", en *The politics of sentencing reform* (Oxford: Clarendon Press Oxford, 1995).

7 Sobre la *sociedad del riesgo*, véanse: Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad* (Barcelona: Paidós, 1998) y Blanca Mendoza Buergo, "El Derecho Penal ante la globalización: el papel del principio de precaución", en *Derecho Penal y política transnacional* (Barcelona: Atelier, 2005).

8 Máximo Sozzo, "Populismo penal. Historia, balance, dilemas y perspectivas de un concepto", 25.

9 David Garland, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea* (Barcelona: Gedisa, 2005), 48-50.

10 David Garland, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, 224.

11 David Garland, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, 222-228.

12 Máximo Sozzo, "Populismo penal. Historia, balance, dilemas y perspectivas de un concepto", 33-42.

13 John Pratt, *Penal Populism* (Abingdon: Routledge, 2007), 9-10.

14 Juan Luis Fuentes Osorio, "Los medios de comunicación y el Derecho Penal", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 7 (2005): 41-42.

15 David Garland, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, 39-61.

16 Juan Antón-Mellón, Gemma Álvarez y Pedro A. Rothstein, "Populismo punitivo en España (1995-2015): presión mediática y reformas legislativas", *Revista Española de Ciencia Política*, n.º 43 (2017): 13-36.

17 José Luis Díez Ripollés, "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 6 (2004): 8-9.

18 David Garland, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, 51-54.

reivindicación de castigo en un primer plano<sup>19</sup>, en el que toda atención de los derechos (beneficios penitenciarios y otras figuras esenciales) o bienestar del delincuente es vista como una falta de respeto hacia las víctimas<sup>20</sup>. Todo esto genera un sentimiento generalizado de empatía hacia las víctimas, aumentando la preocupación social por el miedo a ser víctima de un delito similar (pues la opinión pública nunca tiende a verse como potencial delincuente), lo que alimenta el sentimiento de inseguridad ciudadana y su consecuente control punitivo. En último término, la inseguridad ciudadana es empleada por los partidos políticos como un arma de doble filo. Por un lado, es usada como herramienta política para desgastar al partido rival con el fin de ganar apoyo electoral, mientras, por otro lado, también es usada por los gobernantes, quienes responden de forma apresurada, sin analizar las causas sistémicas que subyacen tras los hechos, con el fin de transmitir un sentimiento de eficacia institucional capaz de resolver tales hechos perturbadores. Una respuesta rápida e inmeditada que tranquiliza al ciudadano y, consecuentemente, otorga un importante crédito electoral a los actores políticos<sup>21</sup>.

## 2. La política criminal mediática

El *populismo punitivo* toma forma legislativa a través de la *política criminal mediática*, referida a aquellas conductas institucionales relativas a la lucha contra la delincuencia caracterizadas por un fuerte contenido populista, donde los medios de comunicación desempeñan un papel esencial, a través de la selección y tratamiento de noticias y delitos<sup>22</sup>. Concretamente, el papel de los medios de comunicación suele explicarse a través de teoría de la *agenda-setting*, formulada por Maxwell McCombs y Donald L. Shaw<sup>23</sup>, a través de la cual exponen como la cobertura de los medios establece qué temas serán de preocupación pública para la sociedad a través del *priming* (selección y deshecho de noticias) y del *framing* (estilo y forma de enfocar los hechos, mediante de juicios de valor, mayor o menor duración y espacio dedicado, ubicación, apoyo de medios audiovisuales, etc.)<sup>24</sup>.

Si al hecho anterior se le une la creciente naturaleza privada de los medios, en su búsqueda de beneficios, ofrecerán una mayor cantidad de noticias que demanden sus consumidores, es decir, aquellas más morbosas, entre las que sobresalen los asuntos criminales<sup>25</sup>. Además, gracias a las TIC y la gran versatilidad de acceso a información sobre asuntos criminales, se ha facilitado la transmisión de imágenes de los sucesos, incluso en tiempo real, que ayudan a ofrecer una visión

19 Es criticable que tanto las instancias mediáticas como las políticas consagren el discurso de la víctima como el más atendible, ignorando que la posición de esta es parcial, debiendo posicionarse el Estado en un postura mediadora y racional. Véase: Mercedes García Arán y Luis Peres-Neto, "Perspectivas de análisis y principios constitucionales", en *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008), 42.

20 José Luis Díez Ripollés, "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana", 29.

21 Juan Antón-Mellón, Gemma Álvarez y Pedro A. Rothstein, "Populismo punitivo en España (1995-2015): presión mediática y reformas legislativas", 18-19.

22 Laura Pozuelo Pérez, "Política criminal mediática", en *Política criminal mediática. Populismo penal, criminología crítica de los medios y de la justicia penal* (Bogotá: Ibáñez, 2018), 69.

23 Maxwell E. McCombs y Donald L. Shaw, "The Agenda-Setting Function of Mass Media", *The Public Opinion Quarterly* 36, n.º 2 (1972): 176-187

24 Maxwell E. McCombs, *Estableciendo la agenda. El impacto de los medios en la opinión pública y en el conocimiento* (Barcelona: Paidós, 2006).

25 En las carteleras de los cines, televisiones o plataformas televisivas siempre existe una gran demanda de películas y series acerca de crímenes, a incluso existen plataformas televisivas que cuentan con canales dedicados a la investigación criminal (Crimen + Investigación). Además, los canales de televisión ofrecen magacines televisivos con formato de "reportaje de investigación" en los que cuentan con invitados especiales, como forenses, criminólogos, psicólogos y las propias víctimas o familiares de las mismas y los denominados "especialistas en sucesos". Programas en los que se crean verdaderos juicios paralelos, pues no dudan en emitir continuas referencias a la necesidad del castigo, incidiendo exclusivamente en la finalidad retributiva de las penas, lo que en último lugar tendrá incidencia en la opinión pública.

sensacionalista de los hechos<sup>26</sup>.

En lo relativo a la delincuencia, la visión deformada de la realidad por parte de los medios influye directamente en la percepción de la criminalidad por parte del ciudadano. Y es que la fuente principal de la que depende es su propia experiencia como víctima o de la de sus allegados (algo poco habitual) y, en su defecto, las noticias en relación con la delincuencia, cuando no el mero rumor sobre la experiencia de otros<sup>27</sup>. Por este motivo, la información presentada en los medios de comunicación y redes tiene una influencia directa en la opinión pública y su visión acerca de la criminalidad. Así, la sobrerrepresentación de determinados delitos violentos contra las personas y la subrepresentación de los más leves genera un impacto mediático desproporcionado en atención a la gravedad del problema. Por ende, el sentimiento de inseguridad surgido en la población legítima la introducción de modificaciones penales represivas.

En último término, es preciso mencionar el actual rol de las redes sociales<sup>28</sup>. Plataformas como Facebook y Twitter (X) suponen espacios esenciales a la hora de lanzar mensajes y dar a conocer propuestas, que llegan directamente a la ciudadanía sin pasar por los medios de comunicación. Además, presentan una facilidad de difusión más alta que los otros medios, ya que las publicaciones pueden ser compartidas por los usuarios, incrementando exponencialmente su difusión y llegando a nuevos espacios que nunca lograrían los medios tradicionales. Esta facilidad de difusión se encuentra íntimamente ligada con la cobertura dada en medios tradicionales, pues a mayor difusión en ellos, mayores serán las noticias y opiniones compartidas en redes, lo que incrementa en gran medida la difusión de estas. Finalmente, cabe destacar que, gracias al desarrollo de la sociedad de la información y la globalización y, sobre todo, de las redes sociales, se tiene la capacidad de lanzar mensajes que serán conocidos y divulgados al instante y en cualquier parte del planeta. En este sentido, en el ámbito criminal, son numerosos los mensajes lanzados en las redes por los principales líderes de los partidos políticos, creando alarmismo y empatizando con víctimas y familiares de estas, incluyendo referencias a una necesaria respuesta penal e incidiendo en la opinión pública

Un ejemplo claro de la repercusión de las redes sociales en la comunicación política fue el empleo por el equipo de campaña de Donald Trump en las elecciones que le convirtieron en presidente de Estados Unidos en 2016. En dichas elecciones, derivaron gran parte del gasto que los otros candidatos emplearon en anuncios en televisión y otros medios a redes sociales como *Facebook, Google, Twitter, YouTube, Snapchat, Instagram, Vine* o *Periscope*. Incluso el propio presidente Trump afirmó que "el hecho de que tenga ese poder en términos de números con

26 En un estudio realizado sobre los programas de infraentrenamiento "Gente" y "El Programa de Ana Rosa", Baucells Lladós y Peres-Neto constataron cómo, a través de sus elementos narrativos y de presentación de los hechos, contribuían de manera directa a ensalzar el discurso populista punitivista. En el estudio, se resalta la construcción de los hechos bajo la forma de relato, en el que las fronteras entre lo real y lo ficticio tienen a desdibujarse. Igualmente, en dichos programas, la víctima del delito siempre es la protagonista de la crónica, relegando al autor el papel de villano, verdugo o un mero contrapulso descriptivo. Por tanto, emplean el sufrimiento y dolor de las víctimas como elemento persuasivo, buscando la atención de los espectadores. En el otro lado de la balanza, y como ya se puso de manifiesto en los rasgos del populismo punitivo, en estos programas el delincuente es deshumanizado y alejado de la empatía del espectador, empleando alias como "monstruo", "loco", "pervertido", "criminal" o "bestia", incidiendo, cuando así corresponde, en su origen extranjero. Véase: Joan Baucells Lladós y Luis Peres-Neto, "Discurso televisivo sobre el crimen: los programas especializados en sucesos", en *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008).

En relación con lo anterior, según un estudio sobre marginalidad social, Terradillos Basoco constató que el 70% de las noticias sobre inmigrantes tienen un carácter negativo, reforzando estos programas la conexión entre inmigración y criminalidad. Véase: Juan Terradillos Basoco, "Marginalidad social, Inmigración, Criminalización", en *El Derecho Penal ante la globalización* (Madrid: Colex, 2002).

27 Susana Soto Navarro, "La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia", *Revista Electrónica de Ciencia Política y Criminología*, n.º 7 (2005): 3.

28 Las redes sociales, además de ser mucho más baratas que la inversión en comunicación televisiva, suponen una manera más directa y cercana de dirigirse al electorado potencial. Para ello, resultan esenciales las inversiones en *big data*, es decir, en la captación de datos para conocer mejor a los electores, y poder dirigir de manera específica a cada tipo de destinatario los mensajes y publicidad en los medios prioritarios y en los lugares y electores claves. De este modo, los partidos políticos invierten grandes cantidades para pagar la difusión de videos y mensajes en redes con el fin de poder llegar a determinado público que ellos han segmentado previamente. Véase: Roberto Rodríguez Andrés, "Trump 2016: ¿presidente gracias a las redes sociales?", *Palabra Clave* 21, n.º 3 (2018): 831-859.

Facebook, Twitter, Instagram, etcétera, creo que me ayudó a ganar en una carrera en la que otros gastaron más dinero que yo". Con el uso de las redes, Trump se dirigió directamente a la ciudadanía, lanzando claros mensajes en favor de un mayor punitivismo que garantizase la seguridad de los ciudadanos<sup>29</sup>.

### 3. La introducción de la prisión permanente revisable en España

Un gran ejemplo de *política criminal mediática* es la reforma del Código Penal español de 2015<sup>30</sup>, a través de la cual, bajo el nombre de prisión permanente revisable, se reintrodujo la pena de cadena perpetua, aplicable para delitos de terrorismo, asesinatos en serie, de menores de 16 años o por grupos organizados, revisable a los 25 años<sup>31</sup>.

Esta Ley Orgánica supuso un antes y un después en el sistema de penas español, pues, la cadena perpetua, además de no ser eficaz para la disuasión de los delitos más graves ni para evitar la continuidad delictiva, suscita diversos problemas con respecto a los principios penales, como la prohibición de penas inhumanas o la reinserción social. Sin embargo, resultaba ser una medida muy deseada por la deformada opinión pública, consternada por sucesos como el de la niña Mari Luz o Marta del Castillo.

En relación con este último caso, Marta del Castillo fue una joven de 17 años desaparecida en enero de 2009 en Sevilla. A pesar de no haberse encontrado el cuerpo, la investigación determinó que murió el mismo día del secuestro. Fueron imputados el exnovio de Marta, dos amigos suyos (uno de ellos menor), el hermano del exnovio y la mujer de este último. Finalmente, resultaron condenados el exnovio de Marta del Castillo a 21 años y 3 meses de prisión por un delito de asesinato, así como un amigo menor de edad de este por un delito de encubrimiento, quien ingresó en un centro de menores.

El caso suscitó gran interés en los medios y en la sociedad española debido a la crueldad de los hechos y a las múltiples versiones que ofrecieron los investigados. Ello supuso que el llamado "caso Marta del Castillo" polarizara la agenda informativa española, mostrando cómo unos jóvenes eran capaces de burlar a la justicia, acrecentando la indignación y constatando la sensación de ineficacia de la justicia española<sup>32</sup>.

El padre de Marta, Antonio del Castillo, junto a su mujer, impulsó una campaña para endurecer el Código Penal e instaurar la cadena perpetua en España. Para ello, promovieron numerosas

manifestaciones en apoyo de lo solicitado, iniciaron una campaña de recogida de firmas que presentaron finalmente en el Parlamento, e incluso llegaron a reunirse con el mismo Presidente del Gobierno y miembros de la oposición.

Realizando un análisis de las noticias publicadas en el diario El Mundo en los seis meses siguientes a su desaparición (24/01/2009 – 24/07/2009), se recogen 325 noticias que refieren a "Marta del Castillo", mientras se publicaron 884 que contenían el término "asesinato". Salvando las diferencias por la amplitud del término "asesinato", destacan 332 noticias relativas a asesinatos cometidos en España, 265 sobre asesinatos cometidos en otros Estados o delitos internacionales, 151 noticias relacionadas con el terrorismo de ETA y 136 sobre otros temas (cine, series, exposiciones, etc.). Contrastando los datos anteriores, que se reflejan en la Figura 1, se deduce una masiva sobrerrepresentación de noticias sobre el caso de Marta del Castillo. A todo ello debe añadirse la emotividad en la redacción de los artículos y la magnificación de la voz de los familiares, atendidos por los medios de comunicación y partidos políticos para fines electoralistas<sup>33</sup>.

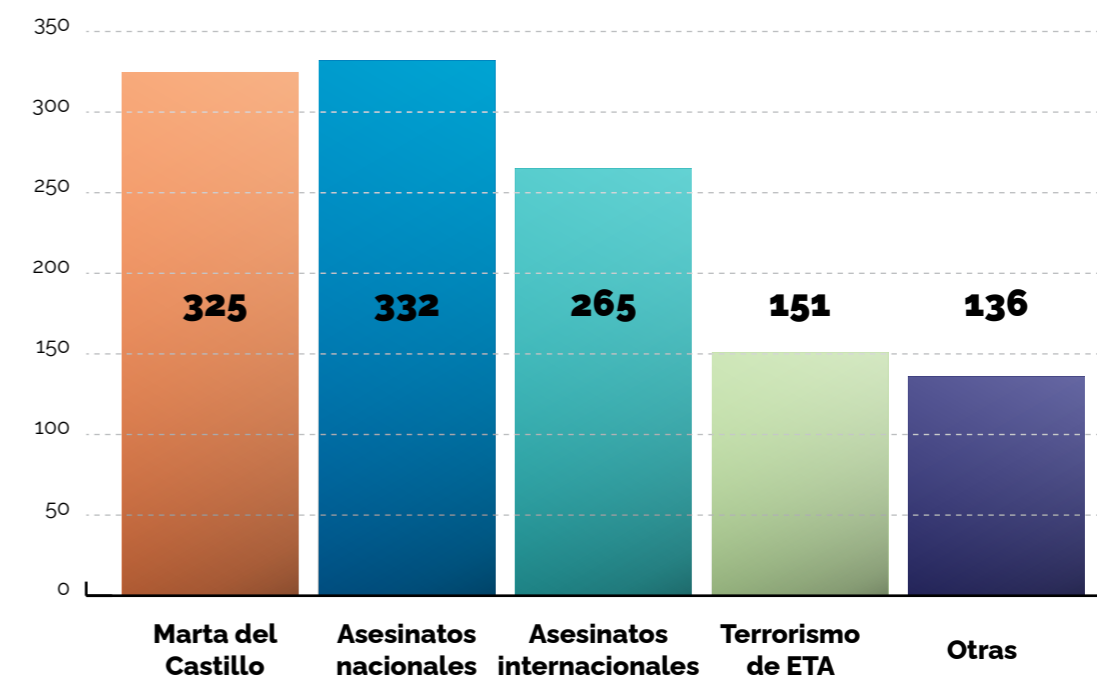


Figura 1. Noticias sobre Marta del Castillo y asesinatos en el diario El Mundo (24/01/2009-24/07/2009)  
Fuente: El Mundo  
Elaboración: Autor

<sup>29</sup> Son ejemplos de los mensajes punitivistas lanzados por Donald Trump:

Donald J. Trump (@realDonaldTrump). "Desafiando a los votantes, el gobernador de California detendrá todas las ejecuciones de 737 asesinos a sangre fría. Los amigos y familiares de las siempre olvidadas VÍCTIMAS no están entusiasmados, ¡y yo tampoco!", trad. propia, *Twitter*, 13 de marzo de 2019.

Donald J. Trump (@realDonaldTrump). "Hoy también he dado instrucciones al Departamento de Justicia para que proponga una legislación que garantice que quienes cometan delitos de odio y asesinatos en masa sean castigados con la PENA DE MUERTE, y que este castigo capital se aplique de forma rápida, contundente y sin años de tiempo innecesario", trad. propia, *Twitter*, 5 de agosto de 2019.

<sup>30</sup> España, *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Boletín Oficial del Estado 77, 31 de marzo de 2015.

<sup>31</sup> Además, entre otras modificaciones, se suprimió el libro de faltas, pasando a ser consideradas delitos leves o sanciones administrativas; se introdujo el delito de financiación ilegal de partidos políticos; se elevó la edad de consentimiento sexual a los 16 años y se agravaron las penas de delitos de prostitución de menores o incapaces; se amplió la medida de expulsión del territorio nacional a todos los extranjeros condenados a penas superiores a un año y se modificó la libertad condicional, de forma que si se revoca el beneficio no se descontará el tiempo cumplido.

<sup>32</sup> Juan Antón-Mellón, Gemma Álvarez y Pedro A. Rothstein, "Populismo punitivo en España (1995-2015): presión mediática y reformas legislativas", 53.

<sup>33</sup> Son ejemplos de titulares de la época: Javier Martín-Arrollo, "Un millar de personas marcha para que Marta vuelva a casa", *El País*, 1 de febrero de 2009, [https://elpais.com/diario/2009/02/01/andalucia/1233444127\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2009/02/01/andalucia/1233444127_850215.html). El País, "Los padres de Marta del Castillo reclaman un referéndum sobre la cadena perpetua", *El País*, 18 de febrero de 2009, [https://elpais.com/sociedad/2009/02/18/actualidad/1234911601\\_850215.html](https://elpais.com/sociedad/2009/02/18/actualidad/1234911601_850215.html). ABC, "El padre de Marta cree que los políticos quieren silenciar su lucha", *ABC*, 23 de febrero de 2009, [https://www.abc.es/espana/abci-padre-marta-crea-politicos-quieren-silenciar-lucha-200902230300-913308401257\\_noticia.html](https://www.abc.es/espana/abci-padre-marta-crea-politicos-quieren-silenciar-lucha-200902230300-913308401257_noticia.html). El País, "Zapatero dice al padre de Marta que trabaja para el cumplimiento íntegro de las penas", *El País*, 24 de febrero de 2009, [https://elpais.com/elpais/2009/02/24/actualidad/1235467020\\_850215.html](https://elpais.com/elpais/2009/02/24/actualidad/1235467020_850215.html). Cadena SER, "Los padres de Marta del Castillo llevan al Congreso 1,6 millones de firmas pidiendo cadena perpetua revisable", *Cadena SER*, 17 de noviembre de 2010, [https://cadenaser.com/ser/2010/11/17/espana/1289955013\\_850215.html](https://cadenaser.com/ser/2010/11/17/espana/1289955013_850215.html). José María Rondón, "Los padres de Marta: 'La sentencia está hecha para castigar a mi familia'", *El Mundo*, 16 de enero de 2012, [https://www.elmundo.es/elmundo/2012/01/16/andalucia\\_sevilla/1326709381.html](https://www.elmundo.es/elmundo/2012/01/16/andalucia_sevilla/1326709381.html).



Además de en los medios escritos, el presente caso también acaparó toda la atención de los magazines televisivos, llegando a llevarse por delante al programa de Telecinco "La Noria". Dicho programa, con el fin de dar la exclusiva, entrevistó a la madre de "El Cuco", uno de los condenados por la muerte de Marta del Castillo. Enseguida se inició una campaña en las redes sociales para condenar que se pagase a familiares de delincuentes por hablar en medios de comunicación. Así mismo, se emprendió un boicot a las marcas comerciales que se anunciaban en los cortes publicitarios del programa, llegando a eliminar sus anuncios empresas como *El Corte Inglés*, *Bayer*, *Burger King*, *Nestlé*, o *L'Oreal*. Todo ello derivó en el movimiento del programa fuera de las horas de *prime time* en enero de 2012, cancelándose definitivamente en el mes de abril<sup>34</sup>. Este hecho resalta una de las características que describen el populismo punitivo: la magnificación del discurso de la víctima y la relegación del punto de vista del culpable a un segundo plano, actuando contra todo aquel que pretenda dar voz al mismo.

El caso de Marta del Castillo, junto con otros de gran calado emocional<sup>35</sup>, generó una sensación de impunidad muy relevante en la opinión pública, que consideró insuficientes las penas impuestas, lo que derivó en nuevas movilizaciones. Así se destaca en el Preámbulo de la LO 1/2015, cuando afirma que

la necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas. Con esta finalidad, siguiendo el modelo de otros países de nuestro entorno europeo, se introduce la prisión permanente revisable para aquellos delitos de extrema gravedad, en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido.<sup>36</sup>

Finalmente, sus demandas fueron atendidas bajo el gobierno en mayoría absoluta del Partido Popular, aprobando la Ley Orgánica 1/2015, bajo el caluroso apoyo de los familiares de Marta del Castillo, Sandra Palo y Mari Luz Cortés desde la Tribuna del Parlamento: era una medida por y para ellas (y la opinión pública).

La introducción de cadena perpetua, así como la deriva punitiva del ordenamiento jurídico español, como queda reflejado en todos los preámbulos de las diferentes reformas del Código Penal, se deben única y exclusivamente a saciar las peticiones de la opinión pública, que ven el sistema penal demasiado blando y solicitan un endurecimiento de las penas. Como prueba de ello, durante los meses anteriores a la aprobación de la citada Ley Orgánica, una encuesta de Metroscopia para el diario El País<sup>37</sup> reflejó que un 67% de la población era partidaria de la instauración de la cadena perpetua, de los cuales un 20% del total la solicitaban sin revisión alguna. Igualmente, los datos indicaron que el endurecimiento punitivo es un asunto que trasciende ideologías, pues, a pesar de encontrar un apoyo más fuerte entre los votantes de los partidos de derecha y centro-derecha (Partido Popular, Ciudadanos y UPyD) con un apoyo cercano al 90%, también alrededor del 50% de los votantes de partidos de izquierda (PSOE, Podemos, IU) apoyaban la medida. Esta amplísima opinión favorable convirtió la prisión permanente en un clamor popular, al que ningún partido político ejerció una verdadera oposición.

<sup>34</sup> Véanse: Mario Becedas, "La Noria explota el caso Marta del Castillo", *El Mundo*, 29 de octubre de 2011, <https://www.elmundo.es/elmundo/2011/10/28/television/1319823769.html>. El País, "La Noria se queda sin anunciantes", *El País*, 15 de noviembre de 2011, [https://elpais.com/elpais/2011/11/15/actualidad/1321343331\\_850215.html](https://elpais.com/elpais/2011/11/15/actualidad/1321343331_850215.html). El Periódico, "Tele 5 deja de emitir La noria", *El Periódico*, 25 de abril de 2012, <https://www.elperiodico.com/es/gente/20120425/telecinco-deja-emitir-noria-1708921>.

<sup>35</sup> Véase el caso de Mari Luz Cortés en: Miguel González Quiles, "Mari Luz Cortés: 16 años del crimen que removió la Justicia en España", *La Razón*, 13 de enero de 2024, [https://www.larazon.es/andalucia/huelva/mari-luz-cortes-16-anos-crimen-que-removio-justicia-espana\\_2024011365a1d702cf867300018fofe2.html](https://www.larazon.es/andalucia/huelva/mari-luz-cortes-16-anos-crimen-que-removio-justicia-espana_2024011365a1d702cf867300018fofe2.html). Igualmente, véase el caso de Sandra Palo en: Carlos Hidalgo, "20 años del asesinato de Sandra Palo: 'Un menor que mate o viole con 13 años debe tener castigo'", *ABC*, 16 de mayo de 2023, <https://www.abc.es/espana/madrid/aniversario-sandra-palo-20230516135634-nt.html>.

<sup>36</sup> España, *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Preámbulo.

<sup>37</sup> Anabel Díez, "La mayoría de los españoles avala la cadena perpetua revisable", *El País*, 9 de febrero de 2015, [https://elpais.com/politica/2015/02/08/actualidad/1423425189\\_291517.html](https://elpais.com/politica/2015/02/08/actualidad/1423425189_291517.html).

Igual de representativos resultan posteriores estudios elaborados sobre el mantenimiento de la prisión permanente revisable, los cuales reflejan un porcentaje cercano al 70% a favor de dicha figura, nuevamente traspasando las barreras ideológicas. De esta manera, una encuesta elaborada por SigmaDos para el diario El Mundo en diciembre de 2018<sup>38</sup> destacó como tan solo el 27,9 % de los encuestados estaban a favor de su derogación. Los datos son similares a los del año 2015, aumentando el apoyo a la figura entre los electores del Partido Socialista (del 50% al 60,7%). Ello se refleja en la actitud empleada por el PSOE, que, a pesar de oponerse a la medida y presentar un recurso de inconstitucionalidad<sup>39</sup>, no procedió a su derogación.

<sup>38</sup> Rafael J. Álvarez, "La mayoría de los votantes de todos los partidos pide la prisión permanente revisable", *El Mundo*, 4 de enero de 2019, <https://www.elmundo.es/espana/2019/01/04/5c2e6c2621efa0f92b8b45e0.html>.

<sup>39</sup> La pena de prisión permanente revisable fue avalada por el Tribunal Constitucional, que no la consideró como una pena inhumana ni degradante y determinó que su revisabilidad era el factor determinante de su legitimidad. Véase: España Tribunal Constitucional, *Sentencia n.º 169/2021*, de 6 de octubre de 2021.

## 4. Conclusiones

■ Con el desarrollo del proceso de globalización y el avance tecnológico, la divulgación instantánea de información se ha convertido en un eje vertebrador de la sociedad. En este contexto, las interacciones entre actores políticos, sociedad y medios de comunicación determinan la agenda legislativa penal a través del denominado *populismo punitivo*. En desarrollo de este, la ciudadanía, influenciada por la presentación de las noticias criminales en los medios de comunicación y su tratamiento sensacionalista (quienes, a su vez, obedecen a las demandas de sus consumidores), incrementa su preocupación e inseguridad hacia el delito, reclamando una mayor respuesta punitiva por los operadores políticos. A su vez, estos, buscando rédito electoral, responden a las inseguridades de los electores a través de reformas penales inmeditadas que agravan las penas o introducen nuevas figuras, lo que sacia las demandas populares y refuerza el actuar del Estado.

Así, se ha tornado habitual que, ante la sobrerrepresentación de grandes casos mediáticos, que no reflejan la situación global del delito, se magnifique el discurso de la víctima y se demonice al delincuente, ignorando las causas y el contexto que subyacen a la comisión delictiva. Ante ello, las prácticas de disciplina y control, alejadas de cualquier afán resocializador, se tornan en la mejor solución para calmar el clamor popular y obtener apoyo electoral. Incluso los propios agentes políticos, gracias al desarrollo de las redes sociales, son capaces de conectar de manera directa con la población para amplificar los sentimientos de inseguridad ante los que responder con mayores medidas punitivas.

Como se ha desarrollado en el trabajo, un gran ejemplo de esta *política criminal mediática* se encuentra en la introducción de la prisión permanente revisable en España en 2015, una medida inocuidadora que, como se plasmó en el preámbulo de la Ley que la contempló, respondió primordialmente a la demanda ciudadana. No en vano, el tratamiento político y mediático de casos que conmovieron a la población española, como el asesinato de Marta del Castillo, guarda especial relación con la reforma. Una muestra más de la legislación a golpe de telediario que deja de lado reflexiones político-criminales sosegadas con un único fin: afianzar el consenso moral y dar alas al anhelo de venganza por encima del principio fundamental de resocialización.

## 5. Referencias

ABC. "El padre de Marta cree que los políticos quieren silenciar su lucha". *ABC*. 23 de febrero de 2009. [https://www.abc.es/espana/abci-padre-marta-cree-politicos-quieren-silenciar-lucha-200902230300-913308401257\\_noticia.html](https://www.abc.es/espana/abci-padre-marta-cree-politicos-quieren-silenciar-lucha-200902230300-913308401257_noticia.html).

Álvarez, Rafael J. "La mayoría de los votantes de todos los partidos pide la prisión permanente revisable". *El Mundo*. 4 de enero de 2019. <https://www.elmundo.es/espana/2019/01/04/5c2e6c2621efa0f92b8b45e0.html>.

Antón-Mellón, Juan, Gemma Álvarez, y Pedro A. Rothstein. "Populismo punitivo en España (1995-2015): presión mediática y reformas legislativas". *Revista Española de Ciencia Política*, n.º 43 (2017).

Baucells Lladós, Joan y Luis Peres-Neto. "Discurso televisivo sobre el crimen: los programas especializados en sucesos". En *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

Becedas, Mario. "La Noria explota el caso Marta del Castillo". *El Mundo*. 29 de octubre de 2011. <https://www.elmundo.es/elmundo/2011/10/28/television/1319823769.html>.

Beck, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.

Blanca, Mendoza Buergo. "El Derecho Penal ante la globalización: el papel del principio de precaución". En *Derecho Penal y política transnacional*. Barcelona: Atelier, 2005.

Bottoms, Anthony. "The Politics and the Philosophy of Sentencing". En *The politics of sentencing reform*. Oxford: Clarendon Press Oxford, 1995.

Cadena SER. "Los padres de Marta del Castillo llevan al Congreso 1,6 millones de firmas pidiendo cadena perpetua revisable". *Cadena SER*. 17 de noviembre de 2010. [https://cadenaser.com/ser/2010/11/17/espana/1289955013\\_850215.html](https://cadenaser.com/ser/2010/11/17/espana/1289955013_850215.html).

Castells, Manuel. *La era de la información: economía, sociedad y cultura*. Madrid: Alianza Editorial, 1997.

Díez, Anabel. "La mayoría de los españoles avala la cadena perpetua revisable". *El País*. 9 de febrero de 2015. [https://elpais.com/politica/2015/02/08/actualidad/1423425189\\_291517.html](https://elpais.com/politica/2015/02/08/actualidad/1423425189_291517.html).

Díez Ripollés, José Luis. "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 6 (2004).

EFE. "La Comunidad pide a Justicia que tome nota del 'rechazo' a la salida de 'Rafita'". *El Mundo*. 29 de junio de 2006. <https://www.elmundo.es/elmundo/2007/06/28/madrid/1183042031.html>.

El País. "Los padres de Marta del Castillo reclaman un referéndum sobre la cadena perpetua". *El País*. 18 de febrero de 2009. [https://elpais.com/sociedad/2009/02/18/actualidad/1234911601\\_850215.html](https://elpais.com/sociedad/2009/02/18/actualidad/1234911601_850215.html).



El País. "Zapatero dice al padre de Marta que trabaja para el cumplimiento íntegro de las penas". *El País*. 24 de febrero de 2009. [https://elpais.com/elpais/2009/02/24/actualidad/1235467020\\_850215.html](https://elpais.com/elpais/2009/02/24/actualidad/1235467020_850215.html).

El País. "La Noria se queda sin anunciantes". *El País*. 15 de noviembre de 2011. [https://elpais.com/elpais/2011/11/15/actualidad/1321343331\\_850215.html](https://elpais.com/elpais/2011/11/15/actualidad/1321343331_850215.html).

El Periódico. "Tele 5 deja de emitir La noria". *El Periódico*. 25 de abril de 2012. <https://www.elperiodico.com/es/gente/20120425/telecinco-deja-emitir-noria-1708921>.

España. *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Boletín Oficial del Estado 77, 31 de marzo de 2015.

España Tribunal Constitucional. *Sentencia nº. 169/2021*, de 6 de octubre de 2021.

Fuentes Osorio, Juan Luis. "Los medios de comunicación y el Derecho Penal". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 7 (2005).

García Arán, Mercedes y Luis Peres-Neto. "Perspectivas de análisis y principios constitucionales". En *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

Garland, David. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa, 2005.

González Quiles, Miguel. "Mari Luz Cortés: 16 años del crimen que removió la Justicia en España". *La Razón*. 13 de enero de 2024. [https://www.larazon.es/andalucia/huelva/mari-luz-cortes-16-anos-crimen-que-removio-justicia-espana\\_2024011365a1d702cf867300018f0fe2.html](https://www.larazon.es/andalucia/huelva/mari-luz-cortes-16-anos-crimen-que-removio-justicia-espana_2024011365a1d702cf867300018f0fe2.html).

Hidalgo, Carlos. "20 años del asesinato de Sandra Palo: 'Un menor que mate o viole con 13 años debe tener castigo'". *ABC*. 16 de mayo de 2023. <https://www.abc.es/espana/madrid/aniversario-sandra-palo-20230516135634-nt.html>.

Lyotard, Jean-François. *La condición postmoderna*. Madrid: Ediciones Cátedra, 1987.

Martín-Arrollo, Javier. "Un millar de personas marcha para que Marta vuelva a casa". *El País*. 1 de febrero de 2009. [https://elpais.com/diario/2009/02/01/andalucia/1233444127\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2009/02/01/andalucia/1233444127_850215.html).

McCombs, Maxwell E. *Estableciendo la agenda. El impacto de los medios en la opinión pública y en el conocimiento*. Barcelona: Paidós, 2006.

McCombs, Maxwell E. y Donald L. Shaw, "The Agenda-Setting Function of Mass Media". *The Public Opinion Quarterly* 36, n.º 2 (1972).

Mendoza Buergo, Blanca. "El Derecho Penal ante la globalización: el papel del principio de precaución". En *Derecho Penal y política transnacional*. Barcelona: Atelier, 2005.

Pozuelo Pérez, Laura. "Política criminal mediática". En *Política criminal mediática*.

*Populismo penal, criminología crítica de los medios y de la justicia penal*. Bogotá: Ibáñez, 2018.

Pratt, John. *Penal Populism*. Abingdon: Routledge, 2007.

Rodríguez Andrés, Roberto. "Trump 2016: ¿presidente gracias a las redes sociales?". *Palabra Clave* 21, n.º 3 (2018).

Rondón, José María. "Los padres de Marta: 'La sentencia está hecha para castigar a mi familia'". *El Mundo*. 16 de enero de 2012. [https://www.elmundo.es/elmundo/2012/01/16/andalucia\\_sevilla/1326709381.html](https://www.elmundo.es/elmundo/2012/01/16/andalucia_sevilla/1326709381.html).

Soto Navarro, Susana. "La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia". *Revista Electrónica de Ciencia Política y Criminología*, n.º 7 (2005).

Sozzo, Máximo. "Populismo penal. Historia, balance, dilemas y perspectivas de un concepto". En *Política criminal mediática. Populismo penal, criminología crítica de los medios y de la justicia penal*. Bogotá: Ibáñez, 2018.

Terradillos Basoco, Juan. "Marginalidad social, Inmigración, Criminalización". En *El Derecho Penal ante la globalización*. Madrid: Colex, 2002.

Trump, Donald J. "Desafiando a los votantes, el gobernador de California detendrá todas las ejecuciones de 737 asesinos a sangre fría. Los amigos y familiares de las siempre olvidadas VÍCTIMAS no están entusiasmados, ¡y yo tampoco!". Traducción propia. *Twitter*. 13 de marzo de 2019.

Trump, Donald J. "Hoy también he dado instrucciones al Departamento de Justicia para que proponga una legislación que garantice que quienes cometan delitos de odio y asesinatos en masa sean castigados con la PENA DE MUERTE, y que este castigo capital se aplique de forma rápida, contundente y sin años de tiempo innecesario". Traducción propia. *Twitter*. 5 de agosto de 2019.

## Resumen

■ Este artículo trata, en primer lugar, el fenómeno del populismo como concepto de la ciencia política y la sociología, destacando sus rasgos principales y la tensión que genera con la democracia. Posteriormente, se hace un recorrido teórico del concepto de populismo punitivo desde una perspectiva de política criminal, para examinar cómo esta expansión irracional del Derecho penal afecta negativamente principios y garantías que limitan al *ius puniendi*. Por último, estos hallazgos teóricos son aplicados al caso de la reforma constitucional colombiana que permite la cadena perpetua como pena de ciertos delitos graves, para determinar si dicha enmienda puede considerarse populista.

**Palabras clave:** Populismo punitivo; Democracia; Proporcionalidad; Dignidad humana; Cadena perpetua; Medios de comunicación.

## Abstract

This article addresses, first, populism as a phenomenon described by political science and sociology, highlighting its main features and the tension it creates with democracy. Thereafter, a theoretical examination of the concept of penal populism from the perspective of crime policy is presented, in order to evaluate how this irrational expansion of criminal law negatively impacts certain principles and guarantees that limit the *ius puniendi*. Lastly, these theoretical insights are utilized in the case of the Colombian constitutional amendment that allows the application of life imprisonment as penalty for certain serious crimes, to determine whether this amendment can be considered populist.

**Keywords:** Penal populism; Democracy; Proportionality; Human dignity; Life imprisonment; Mass media.

# Populismo punitivo: manifestación política vs. Derecho penal La cadena perpetua en Colombia

<sup>1</sup> Posdoctorado en Derecho Penal Económico y de la Empresa de la Universidad Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt (Alemania). Doctora en Derecho, Especialista en Derecho Penal y Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Directora del Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Calle 12b #1-15, Bogotá D.C., Colombia. carmen.ruiz@uexternado.edu.co.

<sup>2</sup> LLM. en Teoría Jurídica de la Universidad Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt (Alemania). Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Docente Investigador del Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Calle 12b #1-15, Bogotá D.C., Colombia. ricardo.arenas@uexternado.edu.co.



# 1. Origen del concepto y características

El populismo punitivo, a pesar de ser un concepto relativamente reciente a nivel teórico y académico, ha sido un fenómeno estudiado extensamente durante las últimas décadas, no solo en la criminología anglosajona en donde se originó<sup>3</sup>, sino también en los estudios de política criminal y Derecho penal hispanohablante. En consecuencia, el tema ha cobrado tanta importancia en los últimos años que ha salido de la esfera de la academia, y ha entrado en la semántica de los medios de comunicación<sup>4</sup>.

Sin embargo, antes de abordar específicamente este fenómeno, es menester definir el populismo en general, conforme a los distintos intentos contruidos por la ciencia política y la sociología. Esta aproximación inicial es importante pues nos permitirá adentrarnos en el debate "democracia vs. Populismo" y examinar especialmente el rol de los medios de comunicación en la expansión de este fenómeno.

## 1.1 El "populismo" como concepto

En el ámbito científico, distintos teóricos han aceptado lo difusa que puede ser la construcción del concepto de "populismo", lo que genera dificultades en su uso para describir un fenómeno político diferenciado<sup>5</sup>. Algunas primeras conceptualizaciones intentaron ligar el fenómeno a teorías marxistas, en donde se definía como una forma de ejercer el poder político, incorporando a las masas industriales, no como una verdadera clase obrera emancipada y consciente de sus propios intereses, sino como un colectivo manipulado por el estado (representante de las clases dominantes), preocupado por intereses individualistas y no por demandas de clase<sup>6</sup>. Sin embargo, el concepto continuó su desarrollo durante el siglo XX y la mayoría de los teóricos poco a poco se distanciaron de estas construcciones, redefiniendo el populismo para incluir líderes políticos de izquierda o de derecha<sup>7</sup>, caracterizados por criticar la democracia representativa y el pluralismo político, y por utilizar una retórica maniquea, que exalta la voluntad unitaria de un pueblo en contra de sus enemigos<sup>8</sup>.

A partir de estas consideraciones, teóricos recientes han extraído algunos rasgos generales para definir fenómenos populistas: 1) la apelación ideológica al "pueblo" como soberano legítimo del poder político; 2) la contraposición de este pueblo a unos enemigos que actualmente tienen el poder (élites); y, 3) el deseo de restaurar el poder que el pueblo ha perdido con la política tradicional<sup>9</sup>.

El primer rasgo, la construcción simbólica del "pueblo", no implica simplemente la denominación de un grupo determinado de personas con un elemento político, económico o social en común<sup>10</sup>. Al contrario, el vocablo "pueblo" depende del uso que la misma política le dé a nivel discursivo, y puede referirse a distintas partes de la población: el pueblo como la ciudadanía completa, el pueblo como los más desfavorecidos económicamente, el pueblo como nación o etnia, etc. Esta ambigüedad es aprovechada para construir al pueblo de manera indeterminada, como un sujeto colectivo que reúne a personas que han quedado excluidas de la política tradicional<sup>11</sup>. Así, el "pueblo" no tiene necesariamente una ideología política concreta, es decir, no todos sus miembros tienen los mismos intereses en común. En cambio, su identidad se construye a partir de la insatisfacción de sus demandas<sup>12</sup>. En otras palabras, el "pueblo" termina siendo conformado por personas cuyos intereses no han sido escuchados por la política.

El segundo rasgo, el antagonismo entre el "pueblo" y sus "enemigos", también debe matizarse, pues, de la misma forma en que el "pueblo" es un concepto ambiguo y amplio, los posibles "enemigos" de este pueblo también tienen una identidad fluida<sup>13</sup>. El enemigo es utilizado, entonces, como el otro lado de la dicotomía política, como un "otro" que le da identidad al pueblo por contraposición: la hostilidad hacia algo que no es uno mismo<sup>14</sup>. Esta versatilidad, por lo tanto, moraliza el discurso político, es decir, divide a la sociedad en buenos y malos, convirtiéndose estos últimos en un problema que debe ser resuelto por medio de su criminalización, expulsión, derrocamiento, etc.<sup>15</sup>. En consecuencia, el "pueblo" no solo se construye a partir de las demandas insatisfechas por el proceso democrático, sino que también discursivamente se identifica como parte de un bando que lucha contra el "otro", culpable de todos los problemas de la sociedad<sup>16</sup>.

El último rasgo, por su parte, destaca la relación entre el líder carismático<sup>17</sup> y su pueblo. A nivel discursivo, los líderes atribuyen la falta de satisfacción de las demandas populistas a la ineficiencia de las instituciones democráticas, señaladas de obstaculizar la "voluntad" del pueblo<sup>18</sup>. En consecuencia, se clama por una relación más directa con el "pueblo", una relación sin intermediarios (la clase política tradicional o las instituciones democráticas representativas), para resolver estas demandas insatisfechas. Lo anterior implica un acercamiento del político con la gente, con las clases excluidas, algo que los partidos políticos en crisis muchas veces no pueden lograr<sup>19</sup>. Sin embargo, esta relación sin intermediarios nunca llega a empoderar al pueblo, sino a

3 Anthony Bottoms, "The philosophy and politics of punishment and sentencing", en *The politics of sentencing* (Oxford: Clarendon Press, 1995), 17-50.

4 El Comercio, "Populismo Penal", *El Comercio*, 22 de julio de 2020, <https://www.elcomercio.com/opinion/populismo-penal-opinion-columna-columnista.html>; El Espectador, "La perpetua tentación del populismo punitivo", *El Espectador*, 24 de julio de 2019, <https://www.elespectador.com/opinion/editorial/la-perpetua-tentacion-del-populismo-punitivo-articulo-870734/>; El Espectador, "El Congreso cae, de nuevo, en el populismo punitivo", *El Espectador*, 7 de junio de 2020, <https://www.elespectador.com/opinion/editorial/el-congreso-cae-de-nuevo-en-el-populismo-punitivo/>; Carlos Gajardo, "Populismo penal", *La Tercera*, 15 de marzo de 2019, <https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/populismo-penal/571561/>; José Ojeda, "El populismo punitivo del gobierno para controlar la pandemia", *JGM Radio*, 2 de junio de 2020, <https://radiojgm.uchile.cl/el-populismo-punitivo-del-gobierno-para-controlar-la-pandemia>; Yesid Reyes, "Populismo punitivo", *El Tiempo*, 14 de julio de 2019, <https://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/yolanda-reyes/populismo-punitivo-habitacion-propia-columna-de-yolanda-reyes-388312>.

5 Gildardo Bueno, "El populismo como concepto en América Latina y en Colombia", *Revista Estudios políticos*, n.º 42, (2013), 112-137, <http://dx.doi.org/10.3989/ris.2018.76.4.18.089>; Roberto García, "Las raíces del populismo. Los movimientos populistas del siglo XIX en Rusia y Estados Unidos", *Revista Argumentos* 23, n.º 63 (2010): 267-288; María Ipar, "El concepto de populismo: una revisión crítica de sus "clásicos" y "nuevos" marcos teórico-interpretativos", *Revista Brasileira de Ciencia Política*, n.º 30 (2019): 235-274, <https://doi.org/10.1590/0103-335220193007>; Martín Retamozo, "La teoría política del populismo: usos y controversias en América Latina en la perspectiva posfundacional", *Latinoamérica* 64, n.º 1 (2017): 125-151, <https://doi.org/10.22201/cialc.24486914e.2017.64.56836>; Claudio Riveros, "El proceso populista: un aporte teórico al debate del fenómeno", *Izquierdas*, n.º 8 (2018): 61-88, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-50492018000100061>.

6 María Ipar, "El concepto de populismo: una revisión crítica de sus "clásicos" y "nuevos" marcos teórico-interpretativos", 235-274.

7 Franco Savarino, "Populismo. Perspectivas europeas y latinoamericanas", *Espiral, Estudios sobre Estado y sociedad* 13, n.º 37 (2006): 77-94.

8 Susanne Gratius y Ángel Rivero, "Más allá de la izquierda y la derecha: populismo en Europa y América Latina", *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, n.º 119 (2018): 35-61, [doi.org/10.24241/rci.2018.119.2.35](https://doi.org/10.24241/rci.2018.119.2.35).

9 María De Guadalupe Salmorán, "Populismo: una ideología antidemocrática", *Teoría Política*, n.º 7 (2017): 127-154.

10 Claudio Riveros, "El proceso populista: un aporte teórico al debate del fenómeno", 61-88.

11 Martín Retamozo, "La teoría política del populismo: usos y controversias en América Latina en la perspectiva posfundacional", 125-151.

12 María Ipar, "El concepto de populismo: una revisión crítica de sus "clásicos" y "nuevos" marcos teórico-interpretativos", 235-274.

13 María De Guadalupe Salmorán, "Populismo: una ideología antidemocrática", 127-154.

14 Joaquín Valdívieso, "El populismo según Ernesto Laclau", *Astrolabio. Revista internacional de filosofía*, n.º 18 (2016), 52-61.

15 María De Guadalupe Salmorán, "Populismo: una ideología antidemocrática", 127-154.

16 Gildardo Bueno, "El populismo como concepto en América Latina y en Colombia", 112-137.

17 Asimilable a las construcciones teóricas weberianas sobre el líder carismático, Max Weber, *Economy and Society* (Berkeley: University of California Press, 2013). Para la discusión completa sobre la relación entre populismo y el concepto de carisma político ver Blanca Deusdad, "El concepto de liderazgo político carismático: Populismo e identidades", *Revista opción* 19, n.º 41 (2003).

18 María De Guadalupe Salmorán, "Populismo: una ideología antidemocrática", 127-154.

19 César Ulloa, "El populismo en la democracia".

nuevos movimientos políticos (cuya organización termina siendo muy similar a la de los partidos criticados) o al líder carismático personalmente<sup>20</sup>.

Con estos tres rasgos, nos adentraremos en la discusión alrededor de la relación entre populismo y democracia que, como se examinará, aún es debatida al interior de la teoría política.

## 1.2 Populismo vs democracia

La tensión entre el populismo y la democracia ha sido ampliamente estudiada por la ciencia política y aún no ha encontrado una respuesta definitiva. Algunos observan una contradicción directa entre los discursos populistas y la democracia, pues la apelación al "pueblo", la lucha contra un enemigo, y la consolidación del poder en un líder carismático trae como costo el debilitamiento de las instituciones que tradicionalmente han sido catalogadas como democráticas (por ejemplo, los partidos políticos)<sup>21</sup>. Sin embargo, otros consideran que el populismo expande la democracia para incorporar a ciertos sectores excluidos<sup>22</sup>, pues presuntamente permite el acercamiento a las demandas de una población que no se siente representada por los partidos políticos tradicionales, ignorando que aquellos discursos populistas también terminan excluyendo a otros "que son vistos como parte de la oligarquía o son invisibilizados"<sup>23</sup>.

Este debate puede aclararse mejor si se analiza a la luz de dos concepciones opuestas de democracia. Por una parte, está la postura que concibe una versión liberal (o parlamentaria) de democracia. Por otra parte, están los teóricos que abogan por una "democracia sin adjetivos"<sup>24</sup>, como una forma de criticar fuertemente el liberalismo de la primera.

La primera concepción, la democracia liberal, reconoce que esta forma de gobierno requiere algo más que el simple gobierno de una mayoría, representante de la soberanía popular. Así, esta idea de democracia también conlleva instituciones que salvaguarden derechos fundamentales<sup>25</sup>, que protejan a las minorías en contra de una posible tiranía de la mayoría<sup>26</sup>, que fortalezcan el rol de los partidos políticos<sup>27</sup> y consoliden el Estado de derecho<sup>28</sup>.

En consecuencia, bajo esta perspectiva, la democracia corre peligro con los discursos populistas. En primer lugar, la concepción del "pueblo" como colectivo anula la construcción del individuo como sujeto político, con un derecho fundamental a participar y a tener pensamientos e intereses propios<sup>29</sup>. Asimismo, la dicotomía entre "pueblo" y "enemigo" menoscaba la posibilidad del pluralismo, y la diferencia pacífica de opiniones<sup>30</sup>, aspectos fundamentales para cualquier

democracia<sup>31</sup>. Finalmente, el constante cuestionamiento a las instituciones liberales y al *establishment* debilita las instancias de representación, cuya función es canalizar las distintas posiciones del debate político y someterlas a constante contradicción<sup>32</sup>.

La segunda concepción de democracia, en contraste, rechaza el parlamentarismo y critica fuertemente la democracia liberal, pues considera al voto secreto como una tergiversación de la "verdadera" voluntad política, manifestada preponderantemente en la aclamación pública<sup>33</sup>. En consecuencia, esta concepción es reduccionista, en el sentido en que implica solamente la toma de decisiones colectivas por medio de un gobierno mayoritario, caracterizado por la "identificación del gobernante con los gobernados"<sup>34</sup>, es decir, la homogenización del pueblo para formar la unidad del Estado<sup>35</sup>.

Por lo tanto, el populismo es compatible con (e incluso deseable en) una democracia "sin calificativos", como una alternativa a la crisis de las instituciones liberales (el parlamento y los partidos políticos)<sup>36</sup>. En primer lugar, el discurso populista homogeniza a una gran parte de la población (sin importar sus diversas demandas insatisfechas) y la convierte en un solo colectivo llamado "pueblo". En segundo lugar, el discurso populista utiliza la dicotomía amigo-enemigo de Schmitt<sup>37</sup> para dar una identidad a ese "pueblo" y unirlo en contra de un "otro" (compuesto por ciudadanos del mismo Estado), culpable de los problemas de la sociedad. Por último, la relación no mediada entre el pueblo y el líder carismático destaca el rechazo al parlamentarismo y la exaltación de formas "más directas" de ejercer la voluntad popular, tales como la aclamación y el plebiscito.

En consecuencia, los juicios valorativos sobre el debate "populismo y democracia" necesariamente están permeados por las visiones y significados atribuidos al concepto de democracia. Si se tiene un concepto no reduccionista de democracia, el cual implica una visión constitucional pluralista, se verá con malos ojos los discursos populistas, pues intentarán homogenizar a la población, antagonizar a quienes no estén de acuerdo y menoscabar las instituciones representativas. En contraste, con una visión sesgada y falaz de la democracia, que no acepte la diferencia de opiniones ni reconozca el rol de los partidos políticos, se estará más abierto a líderes populistas y sus discursos sobre expandir la política más allá de las élites, a pesar de que estos discursos solo sean técnicas de esas mismas élites para manipular a las masas<sup>38</sup>.

## 1.3 Populismo y medios de comunicación

Al analizar el papel que cumplen los medios de comunicación en una democracia frente a los proyectos populistas, también encontramos una relación ambigua. En primer lugar, los medios, en este contexto, tienen el poder de estructurar "la voluntad colectiva y, por lo tanto, adquieren importancia en motorizar o frenar las pretensiones contra hegemónicas de los recientes

20 Nadia Urbinati, "Me the People: How Populism Transforms Democracy".

21 Edda Ortiz, "Populismo y democracia en América Latina", 43-62; María De Guadalupe Salmorán. "Populismo: una ideología antidemocrática", 127-154.

22 César Ulloa, "El populismo en la democracia", *Revista FORUM Revista Departamento de Ciencia Política*, n.º 4 (2013).

23 Carlos De la Torre, "Masas, pueblo y democracia: un balance crítico de los debates sobre el nuevo populismo", *Revista de Ciencia política* 23, n.º 1 (2019): 55-66, <https://doi.org/10.4067/S0718-090X2003000100005>.

24 Pablo Castaño, "Populism and democracy", *Revista Internacional de Sociología* 76, n.º 4 (2018): 2, <http://dx.doi.org/10.3989/ris.2018.76.4.18.089>.

25 Pablo Castaño, "Populism and democracy", 1-8.

26 Agustín Squella, "Idea de la democracia en Kelsen", *Estudios Políticos*, n.º 13 (1984): 47-60.

27 Agustín Squella, "Idea de la democracia en Kelsen", 47-60.

28 Luis Córdova, "Liberalismo y democracia en la perspectiva de Norberto Bobbio", *Convergencia, Revista de Ciencias Sociales* 15, n.º 48 (2008): 29-48.

29 María De Guadalupe Salmorán. "Populismo: una ideología antidemocrática", 127-154.

30 María De Guadalupe Salmorán. "Populismo: una ideología antidemocrática", 127-154.

31 Robert Dahl, "Pluralism revisited", *Revista Comparative Politics* 10, n.º 2 (1978): 127-137, <https://doi.org/10.2307/421645>.

32 María De Guadalupe Salmorán. "Populismo: una ideología antidemocrática", 127-154.

33 Hörst Dreier, "The Essence of Democracy – Hans Kelsen and Carl Schmitt Juxtaposed", en *Hans Kelsen and Carl Schmitt. A Juxtaposition* (Gerlingen: Bleicher Verlag, 1999).

34 Carl Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (Berlin: Duncker & Humblot, 1926), 20.

35 Hörst Dreier, "The Essence of Democracy – Hans Kelsen and Carl Schmitt Juxtaposed".

36 Pablo Castaño, "Populism and democracy", 5.

37 María Delgado, "El criterio amigo-enemigo en Carl Schmitt. El concepto de lo político como una noción ubicua y desterritorializada", *Revista Cuaderno de Materiales*, n.º 23 (2011): 173-185.

38 Nadia Urbinati, "Political theory of populism". *Annual Review of Political Science*, n.º 22 (2019a): 111-127, <https://doi.org/10.1146/annurev-polisci-050317-070753>.



proyectos populistas<sup>39</sup>. En el caso concreto de los líderes carismáticos, por ejemplo, los medios audiovisuales (televisión, redes sociales) pueden cultivar y mostrar dicho carisma en toda su amplitud, a diferencia de la prensa<sup>40</sup>. En ese sentido, los medios tendrían el rol de manipular y servir como propaganda al servicio de los discursos populistas, generando repercusiones negativas en la democracia y menoscabando la formación de una opinión pública crítica de este tipo de discursos<sup>41</sup>.

Sin embargo, los medios de comunicación también pueden actuar como *watchdogs*, antagonizando constantemente a los políticos de turno y generando una discusión alrededor de su figura como líder<sup>42</sup>. Por lo tanto, para disolver esta ambigüedad en el rol de los medios de comunicación, debemos aterrizar a su relación específicamente con populismo punitivo, algo que se examinará en la sección correspondiente. Allí se expondrá cómo la atención mediática que se le da al crimen genera una sensación de inseguridad en la población, que se traduce en demandas populistas (penas más duras y más criminalización).

En conclusión, existe un carácter ambiguo en el concepto de populismo, no solo por las dificultades de definirlo desde el punto de vista teórico, sino también por su relación ambivalente con la democracia, que bajo una perspectiva se ve fortalecida por los movimientos populistas, mientras bajo otra esta peligra, y con los medios de comunicación, que en algunos casos actúan como propaganda de Estado y en otros como verdaderos vigilantes del poder.

Habiendo examinado este fenómeno a la luz de la teoría política, a continuación, se observará cómo estos discursos se manifiestan para promover reformas irracionales desde el punto de vista de la política criminal. Para esto, primero se describirá brevemente la evolución teórica del concepto de populismo penal. Después se analizará su relación con los fines de la pena y los principios tradicionales del Derecho penal liberal. Posteriormente, se tratará el papel de los medios de comunicación, puntualmente en relación con estas reformas penales. Enseguida, se examinarán los posibles límites institucionales a estas reformas, específicamente en Colombia. Por último, se expondrán las críticas que se le han hecho al concepto.

## 2. Populismo punitivo y política criminal

La literatura académica generalmente define el "populismo penal" o "populismo punitivo" como un fenómeno de expansión irracional del Derecho penal<sup>43</sup>. Esta expansión está basada en tres presunciones que se desarrollarán a lo largo del texto: "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 uso"<sup>44</sup>.

39 Philip Kitzberger, "Caimanes del mismo pozo". Populismo y representaciones de los medios y la prensa en la estabilización hegemónica del chavismo", *Revista mexicana de Opinión Pública* 13, n.º 25 (2018): 19, <http://dx.doi.org/10.22201/fcpys.24484911e.2018.25.63322>.

40 Juan Fraiman, "Medios de comunicación masiva y populismo en América Latina: posibles articulaciones para analizar los casos en el peronismo argentino, el getulismo brasileño y el cardenismo mexicano", *Revista Razón y Palabra* 14, n.º 70 (2009): 1-34.

41 Juan Fraiman, "Medios de comunicación masiva y populismo en América Latina: posibles articulaciones para analizar los casos en el peronismo argentino, el getulismo brasileño y el cardenismo mexicano", 1-34.

42 Philip Kitzberger, "Caimanes del mismo pozo". Populismo y representaciones de los medios y la prensa en la estabilización hegemónica del chavismo", 15-38.

43 Juan Sarmiento, Enith Bula y Carolina Mariño, "El populismo penal en Colombia. Propuesta para un debate inconcluso", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 51, n.º 155 (2019): 1047-1079, <http://dx.doi.org/10.22201/ij.24484873e.2019.155.14956>.

44 Elena Larrauri, "Populismo punitivo... y cómo resistirlo", *Revista de Estudios Criminales*, n.º 25 (2007): 32; Juan Sarmiento, Enith Bula y Carolina Mariño, "El populismo penal en Colombia. Propuesta para un debate inconcluso", 1050; Natalia Torres, *Populismo punitivo en Colombia: una aproximación a la política legislativa de las recientes reformas de los delitos sexuales* (Medellín: Universidad EAFIT, 2010), 21.

Esta aproximación general al concepto permite vislumbrar que se trata de una politización del Derecho penal. Es otras palabras, los legisladores populistas en vez de diseñar una política criminal considerando principalmente los fines de la pena, íntimamente relacionados con la legitimidad del Derecho penal<sup>45</sup>, persiguen de manera preponderante fines políticos externos, por ejemplo, la generación de consensos entre la población que apoya sus decisiones populistas<sup>46</sup>, dejando de lado cualquier racionalidad subyacente.

Por una parte, es importante ver cómo este concepto destaca el aspecto comunicativo de la norma jurídica, es decir, la función de las normas de preparar a la sociedad frente a un futuro incierto que la puede decepcionar<sup>47</sup>, comunicando la vigencia de ciertas expectativas normativas. Como se explicará más adelante, los miedos e incertidumbres de la población frente a la comisión de futuros delitos es aprovechada por los políticos populistas para expedir nuevas normas penales, las cuales comunican que el sistema penal existente no es eficiente y que se necesita de la intervención de la política para reformarlo. Con este mensaje, los políticos populistas obtienen la aprobación del pueblo, traducida en triunfos electorales.

Para examinar cómo estas reformas populistas impactan negativamente la política criminal, en primer lugar, se observará cómo este fenómeno se relaciona con los fines de prevención general y con el "Derecho penal simbólico". En segundo lugar, se explicará cómo este tipo de reformas afectan el fin de prevención especial positiva. Posteriormente, se observará cómo desarrollos teóricos posteriores enriquecen el concepto de populismo penal, para explicar otros fenómenos que corrientemente no se considerarían como tal, por ejemplo, las omisiones legislativas.

### 2.1 Prevención general y "Derecho penal simbólico"

Primero, se debe destacar que el concepto de populismo penal insinúa la persecución de fines de prevención general negativo con la imposición de penas, es decir, el objetivo de "intimidar a los individuos que se pudieran inclinar por el camino del delito"<sup>48</sup>. Esto es claro cuando analizamos la primera presunción planteada: los legisladores asumen que, a mayores penas, menor delincuencia<sup>49</sup>. En otras palabras, quien diseña la reforma populista cree que el endurecimiento de las penas llevará a que posibles delincuentes se abstengan de cometer delitos, pues la pena logra disuadirlos de su crimen.

Igualmente, la segunda presunción, que el legislador populista utilice la pena como medio para reforzar el consenso moral de la sociedad, evoca el fin de prevención general positiva<sup>50</sup>, consistente en "la afirmación y el aseguramiento de las normas básicas, de los valores fundamentales que estas protegen"<sup>51</sup>.

45 Enrique Abi-Ackel, "El discurso populista en la intervención punitiva: un análisis político criminal" (Tesis Doctoral, Universidad de Sevilla, 2017), <https://idus.us.es/handle/11441/68950>.

46 Julián Muñoz, "Populismo punitivo y una "verdad" construida", *Nuevo Foro Penal*, n.º 72 (2009): 13-42.

47 Niklas Luhmann, *El derecho de la sociedad* (Ciudad de México: Herder, 2005).

48 Miguel Córdoba y Carmen Ruiz, "Teoría de la pena, Constitución y Código Penal", *Derecho Penal y Criminología*, (2001), 58.

49 Juan Sarmiento, Enith Bula y Carolina Mariño, "El populismo penal en Colombia. Propuesta para un debate inconcluso", 1047-1079.

50 Juan Sarmiento, Enith Bula y Carolina Mariño, "El populismo penal en Colombia. Propuesta para un debate inconcluso", 1047-1079.

51 Mario Durán, "La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre su función", *Revista de Derecho*, (2016): 275-295, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502016000100013>.

Si bien ambas modalidades de la prevención general han sido criticadas y reformuladas por distintos autores<sup>52</sup>, este fin está presente en muchos ordenamientos penales (entre estos el colombiano<sup>53</sup>. En consecuencia, no habría nada que objetársele, desde el punto de vista dogmático-penal, al legislador que diseña su reforma populista conforme a las primeras dos presunciones.

El problema, entonces, se encuentra en la tercera presunción: el legislador expide la reforma penal para obtener ganancias electorales. Esta función "latente"<sup>54</sup>, detrás de estas reformas, alude a una relación con el "Derecho penal simbólico"<sup>55</sup>, especialmente cuando esta ganancia electoral prevalece sobre la prevención general. En otras palabras, el reproche, desde el punto de vista dogmático, se dirige a los legisladores que realicen un "cálculo"<sup>56</sup> al tomar una decisión de política criminal, en que prevalezcan objetivos extra-penales como la reelección o una mayor legitimidad estatal.

Concretamente, por ejemplo, el legislador populista, al decidir si expande el Derecho penal, deja de atender estadísticas sobre qué tanto la pena está intimidando a la población, y comienza a enfocarse en si la reforma causa en la población una "impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido"<sup>57</sup>. Lo anterior impacta negativamente el sistema penal, pues se promueven "políticas que son atractivas electoralmente, pero injustas, ineficientes o contrarias a una lectura verdadera de la opinión pública"<sup>58</sup>.

Las anteriores consideraciones nos llevan a una precisión muy importante: la sola existencia de funciones latentes (en este caso, la ganancia electoral) no deslegitima una reforma penal concreta. En otras palabras, no se critica la función simbólica del Derecho penal *per se*, pues los efectos expresivos (suscitar ciertos sentimientos en los individuos) e integradores (generar representaciones valorativas en la población) también pueden ser legítimos<sup>59</sup>, si aportan al cumplimiento de fines justificados para imponer una pena, es decir, si "constituyen el núcleo de la prevención intimidatoria, individual y colectiva"<sup>60</sup>.

En cambio, la crítica subyacente de los conceptos de "populismo penal" y de "Derecho penal simbólico" es que "las funciones latentes predominan sobre las manifiestas"<sup>61</sup>, es decir, que el legislador engañe a la población, en el sentido en que la reforma no esté dirigida a proteger bienes jurídicos (una función instrumental, que transforma la realidad social)<sup>62</sup>, sino que solo se

dirija a apaciguar a la población<sup>63</sup>.

Podemos ver claramente, en consecuencia, que estos dos conceptos están íntimamente relacionados y apuntan, si no al mismo fenómeno, al menos a fenómenos que se solapan constantemente. No es casualidad que algunos autores<sup>64</sup> utilicen como ejemplo de "Derecho penal simbólico" leyes que busquen tranquilizar el miedo de la población o que busquen demostrar una acción rápida por parte del legislador (ejemplos de populismo penal para otros autores)<sup>65</sup>.

## 2.2 Prevención especial y hacinamiento carcelario

Las reformas penales populistas, además de traducirse en un "Derecho penal simbólico", pueden afectar otros fines legítimos de la pena, como la resocialización del delincuente o la llamada "prevención especial positiva"<sup>66</sup>. Este fin, en general, implica "la reincorporación del delincuente a la comunidad"<sup>67</sup>. Es decir, a diferencia de la prevención general, no se persigue que la población se intimide con la imposición de penas y se evite la comisión de los delitos, sino que el delincuente corrija su conducta y los factores que lo llevaron a cometerlos<sup>68</sup>. Así, el condenado, después de cumplir su pena, puede reinsertarse en la sociedad y no volverá a delinquir<sup>69</sup>.

El problema con estas reformas es que la expansión irracional del Derecho penal implica no solo establecer mayores penas, sino también nuevos tipos penales y eliminar garantías penales (por ejemplo, negociaciones antes del juicio, la prescripción de la acción penal, beneficios carcelarios). Esto aumenta la presión sobre el sistema carcelario, pues potencialmente son más personas procesadas y condenadas a más años en prisión<sup>70</sup>. Lo anterior claramente genera el riesgo de que se produzca hacinamiento carcelario o que, en países donde ya existe (como Colombia)<sup>71</sup>, esta situación empeore.

Este hacinamiento, a su vez, repercute en la capacidad del Estado de proveer herramientas a los condenados para que cumplan con su proceso de resocialización<sup>72</sup>, lo que puede llevar a la reincidencia, generando el efecto contrario al fin inicialmente propuesto<sup>73</sup>. Por tanto, estas reformas llevan, a largo plazo, no solo a desatender fines de la pena, sino también generan efectos contrarios a una prevención especial y desencadenan "constantes violaciones a los derechos

63 Mario Durán, "La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre su función", 275-295.

64 Winfried Hassemer, "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", *Revista Nuevo Foro Penal*, n.º 51 (1991): 147-172.

65 Joan Antón-Mellón y Elisenda Antón-Carbonell, "Populismo punitivo, opinión pública y leyes penales en España (1995-2016)", *Revista Internacional de Pensamiento Político*, n.º 12 (2017): 133-150; Yeraldin Arrieta, "Populismo punitivo y derecho penal simbólico", 33-45.

66 Juan Trujillo, "Populismo punitivo y colapso carcelario: hacia una abolición gradual de la prisión cerrada en Colombia", *Revista Republicana*, n.º 25 (2018): 139, <https://doi.org/10.21017/rev.repub.2018.v25.a53>.

67 Hernando Londoño, "La prevención especial en la teoría de la pena", *Nuevo Foro Penal* 12, n.º 24 (1984): 154.

68 Hernando Londoño, "La prevención especial en la teoría de la pena", 151-186.

69 Norberto Hernández, "La resocialización como fin de la pena – una frustración en el sistema penitenciario y carcelario colombiano", *Revista Caderno CRH* 30, n.º 81 (2017): 539-560, <https://doi.org/10.1590/S0103-49792017000300010>.

70 Juan Trujillo, "Populismo punitivo y colapso carcelario: hacia una abolición gradual de la prisión cerrada en Colombia", 135-160.

71 Norberto Hernández, "La resocialización como fin de la pena – una frustración en el sistema penitenciario y carcelario colombiano", 539-560; Colombia Contraloría General de la Nación, *El hacinamiento carcelario en Colombia: un problema estructural sin solución a la vista* (Colombia: Contraloría General de la Nación-Boletín Macro Fiscal, 2015).

72 Norberto Hernández, "La resocialización como fin de la pena – una frustración en el sistema penitenciario y carcelario colombiano", 539-560.

73 Norberto Hernández, "La resocialización como fin de la pena – una frustración en el sistema penitenciario y carcelario colombiano", 539-560.

52 Miguel Córdoba y Carmen Ruiz, "Teoría de la pena, Constitución y Código Penal", 55-68; Günther Jackobs, *Sobre la teoría de la pena* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998); Immanuel Kant, *Metafísica de las costumbres* (Madrid: Editorial Tecnos, 2005).

53 Colombia, *Código de Procedimiento Penal*, Diario Oficial n.º 45.658, 1 de septiembre de 2004, art. 4.

54 Mario Durán, "La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre su función", 281.

55 Enrique Abi-Ackel, "El discurso populista en la intervención punitiva: un análisis político criminal", 227-228.

56 David Green, "Penal Populism and the Folly of 'Doing Good by Stealth'", *Revista The Good Society* 23, n.º 1 (2014):75-76, <https://doi.org/10.5325/goodsociety.23.1.0073>.

57 Yeraldin Arrieta, "Populismo punitivo y derecho penal simbólico", *Inciso. Revista de Investigaciones en Derecho y Ciencias Políticas* 20, n.º 1 (2018): 41.

58 Julian Roberts et al., *Penal Populism and Public Opinion: Lessons from Five Countries* (New York: Oxford University Press, 2003), 5.

59 José Díez, "El derecho penal simbólico y los efectos de la pena", en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo* (Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, 2003), 152.

60 José Díez, "El derecho penal simbólico y los efectos de la pena", 152.

61 Winfried Hassemer, "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", 24.

62 José Díez, "El derecho penal simbólico y los efectos de la pena", 147-172.



humanos de los presos"<sup>74</sup>.

En consecuencia, el cálculo político populista genera disrupciones en la política criminal. Lo anterior debido a que los valores fundamentales y postulados jurídicos consagrados en la Constitución<sup>75</sup>, y concretados en un modelo de Estado, dejan de orientar al ejercicio del *ius puniendi* y, en cambio, este poder de cumplir objetivos políticos que contrarían la lógica de la política criminal democrática, expresión del Estado de derecho<sup>76</sup>.

Si bien estas formulaciones iniciales nos proveen de herramientas para examinar ciertos efectos negativos en términos de dogmática penal, algunos desarrollos teóricos posteriores articulan una mejor conceptualización del impacto que tienen estas reformas populistas, más allá de la legitimidad que se pierde por desatender o contrariar los fines de la pena.

## 2.3 Desarrollos teóricos posteriores

Algunos autores han expandido las formulaciones anteriormente planteadas para abarcar nuevos fenómenos que al comienzo no se consideraron dentro de la rúbrica de "populismo penal". En primer lugar, al analizar el papel de los medios masivos, se han identificado dos tipos de populismo penal "mediático": uno conservador y uno disruptivo, dependiendo del tipo de delincuencia que se considere más urgente<sup>77</sup>. El primero, por una parte, pone el énfasis en los delitos contra la vida, el patrimonio y la libertad sexual, haciendo uso de los estereotipos de los delincuentes y la distinción clara entre estos y las "personas decentes"<sup>78</sup>. En contraste, el disruptivo concentra su atención en los crímenes de cuello blanco, como una forma de combatir la impunidad de la que se privilegian los que están en el poder<sup>79</sup>, acercando el concepto a formulaciones del populismo en la teoría política, cuyos discursos catalogan a las "élites" como el enemigo del pueblo.

La anterior clasificación resulta importante, pues normalmente los autores se refieren al populismo punitivo como producto de políticas neoliberales y conservadoras<sup>80</sup>. En consecuencia, se podría pensar que este tipo de reformas serían solo impulsadas desde una ideología política de derecha. No obstante, esta clasificación rompe con la línea de pensamiento anterior, para plantear que también desde la izquierda política pueden darse estas reformas penales populistas, las cuales se enfocarían más en la criminalidad de las clases dominantes.

Otra clasificación en relación con las políticas penales populistas las divide en dos: las transparentes y las encubiertas<sup>81</sup>. Las primeras se refieren a políticas que son más fácilmente identificables como de populismo punitivo, es decir, reformas que los políticos hacen para parecer

74 María Del Mar Reyes, "El populismo punitivo en los delitos sexuales en Colombia", *Universitas Studentes*, n.º 19 (2019a): 75.

75 Laura Zúñiga, "Dogmática funcionalista y política criminal: una propuesta fundada en los derechos humanos", *Derecho PUCP*, n.º 81 (2018): 47-92, <http://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.201802.002>.

76 Mauricio Ochoa, "Estado, Política Criminal y Derecho Penal", *Revista Ciencia y Cultura*, n.º 10 (2002): 95-104.

77 Débora de Souza De Almeida, "Los Empresarios Morales y el Populismo Penal Mediático: Los Mass Media como Grupo de Presión en la Elaboración de la Política Criminal Populista", *Cuadernos de política criminal*, (2020): 189-232.

78 Débora de Souza De Almeida, "Los Empresarios Morales y el Populismo Penal Mediático: Los Mass Media como Grupo de Presión en la Elaboración de la Política Criminal Populista", 204.

79 Débora de Souza De Almeida, "Los Empresarios Morales y el Populismo Penal Mediático: Los Mass Media como Grupo de Presión en la Elaboración de la Política Criminal Populista", 189-232.

80 Joan Antón-Mellón y Elisenda Antón-Carbonell, "Populismo punitivo, opinión pública y leyes penales en España (1995-2016)"; Elena Larrauri, "Populismo punitivo... y cómo resistirlo"; Julián Muñoz, "Populismo punitivo y una "verdad" construida"; Juan Sarmiento, Enith Bula y Carolina Mariño, "El populismo penal en Colombia. Propuesta para un debate inconcluso"; Juan Uribe, "¿Puede hablarse en Colombia de populismo punitivo?", *Nuevo Foro Penal*, n.º 78 (2012), <http://dx.doi.org/10.17230/nfp.8.78.3>.

81 David Green, "Penal Populism and the Folly of "Doing Good by Stealth", 73-86.

más duros con el crimen. Estas utilizan herramientas retóricas para justificarse, y en la mayoría de los casos no tienen ningún fondo "retributivo o consecuencialista que encaje con el ladrido punitivo"<sup>82</sup>, esto es, no tienen una finalidad legítima de fondo. El segundo tipo de políticas, las encubiertas, se refieren a una omisión por parte del legislador: en vez de reformar los aspectos de política criminal injustos e ineficientes, estos se mantienen por una "aceptación inercial, voluntaria"<sup>83</sup>.

Así, la clasificación también amplía lo que otros teóricos han considerado típicamente como populismo punitivo (acciones de reforma), pues introduce las omisiones. Así, el acto de reformar disposiciones penales injustas también podría tener costos políticos altos, a diferencia de la simple inacción<sup>84</sup>, lo que llevaría a los legisladores a ignorar el asunto. En consecuencia, esta inacción también instrumentaliza el Derecho penal para finalidades ilegítimas desde el punto de vista dogmático. Un ejemplo de esto es la falta de una protección penal adecuada de la hacienda pública en Colombia, un tema poco atractivo en la agenda política de muchos gobiernos, que no recibe mucha atención e impulso legislativo.

A partir de estas consideraciones evolutivas, destacamos una definición que plantea unas características más articuladas del populismo punitivo:

a) [pensar] que todos los males de la inseguridad pueden ser resueltos con leyes más duras; b) El análisis técnico en la producción normativa deja de ser fundamentada para dar lugar a la total improvisación; c) flexibilización y relativización de los derechos y garantías fundamentales; [...] e) utiliza el miedo como discurso para mantener el terror al delito como pauta social; f) inobservancia de los principios limitadores del Derecho penal; g) sumisión al clamor creado de los medios de comunicación (se omiten las citas).<sup>85</sup>

Esta definición destaca tres elementos nuevos en los que se enfocará este artículo a continuación. En primer lugar, las reformas populistas también desconocen los principios limitadores del Derecho penal, específicamente el principio de proporcionalidad de las penas, íntimamente ligado con la dignidad humana, y el principio de mínima intervención. Por otra parte, esta expansión irracional del Derecho penal también afecta las garantías procesales del acusado. Por último, los medios de comunicación exacerban estas demandas irracionales.

## 2.4 Populismo punitivo vs principios y garantías penales

Es importante destacar que las medidas populistas someten al Derecho penal a la opinión pública y al poder político, generando "una cierta pérdida de autonomía"<sup>86</sup>. Lo anterior se da porque las mismas estructuras del Derecho penal (incluida la dogmática y los estudios criminológicos) dejan de ser las que guían la política criminal en una dirección racional, y son reemplazadas por el clamor popular y las ansias de ganancia electoral. 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.

82 David Green, "Penal Populism and the Folly of "Doing Good by Stealth", 78.

83 David Green, "Penal Populism and the Folly of "Doing Good by Stealth", 79.

84 David Green, "Penal Populism and the Folly of "Doing Good by Stealth", 73-86.

85 Henríque Abi-Ackel, "El discurso populista en la intervención punitiva: un análisis político criminal", 224-225.

86 Natalia Torres, *Populismo punitivo en Colombia: una aproximación a la política legislativa de las recientes reformas de los delitos sexuales*, 29.

## 2.4.1 Proporcionalidad de la pena

El populismo punitivo afecta un principio limitador fundamental del Derecho penal: la proporcionalidad en las penas. Este principio implica "el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos"<sup>87</sup>, es decir, limita el poder del Estado en contra de un castigo que desborde la lesión que se ha causado en los bienes jurídicos protegidos.

Asimismo, teniendo en cuenta que la naturaleza misma del Derecho penal implica hacer daño a alguien que ha cometido un delito, la proporcionalidad ayuda a compatibilizar el ejercicio del *ius puniendi* con la garantía de la dignidad humana, para evitar que los castigos sean excesivos y crueles<sup>88</sup>.

Este principio también se relaciona directamente con el fin de la pena: la medida del castigo depende necesariamente del fin que se persiga<sup>89</sup>. Por ejemplo, si se quiere comunicar que algunos bienes jurídicos son más valiosos que otros, a los primeros se les debería aplicar una pena mayor, para disuadir mejor a posibles criminales de la comisión del delito. De esta manera, el legislador está obligado a tener en cuenta "la gravedad de la conducta, el bien jurídico a proteger y la consecuencia jurídica con la que se va a castigar"<sup>90</sup>.

Es fácil atisbar, después de esta sucinta formulación, por qué el populismo punitivo puede llegar a afectar este principio: la reforma penal populista es una actuación irracional hacia el endurecimiento de las penas<sup>91</sup>, perdiendo de vista su finalidad y, con esta, un posible cálculo racional sobre su proporcionalidad.

Asimismo, el legislador deja de atender los estudios de expertos (como criminólogos, sociólogos, juristas) para el diseño de su reforma populista<sup>92</sup>, lo que resulta especialmente lesivo de la proporcionalidad, pues estos datos estadísticos le permiten al legislador conocer qué tanto las penas estarían cumpliendo con su finalidad de prevención, y posteriormente evaluar si un incremento produjese este efecto legítimo. Sin este tipo de evaluación, solo permanece una finalidad latente: una ganancia electoral.

Además, otra forma de desconocer subrepticamente este principio consiste en convertir una conducta ya penalizada por un tipo existente en un nuevo tipo penal autónomo, normalmente con un castigo más severo<sup>93</sup>. Esta estrategia populista vislumbra claramente la instrumentalización solo simbólica del Derecho penal, pues en este tipo de reformas no existe cambio alguno sustancial en la política criminal, hay es un triunfo comunicativo que genera la percepción de que se está combatiendo el crimen.

Por último, el desconocimiento de este principio puede llevar al establecimiento de la prisión perpetua para delitos que enardecen a la opinión pública (por ejemplo, delitos sexuales), como es el caso de conductas cuyo sujeto pasivo son menores de edad<sup>94</sup>. Aquí también se ve la relación íntima entre este principio y el fin de la pena, pues con estas reformas populistas se desconoce, de manera absoluta, el objetivo de resocializar al delincuente<sup>95</sup>.

## 2.4.2 Mínima intervención, subsidiariedad y fragmentariedad

Como se ha visto, la creación de nuevos delitos también puede ser populista<sup>96</sup>, pues en estos casos también se "vende" al Derecho penal como una solución a un problema social que podría tratarse con otro tipo de herramientas no punitivas. Así, estas medidas populistas terminan afectando otro principio limitador: el de mínima intervención o de necesidad, el cual implica que el Derecho penal solo debe utilizarse "cuando los demás sectores del ordenamiento jurídico fracasan"<sup>97</sup>.

El fundamento de este principio es que el Derecho penal contiene las sanciones más graves. En consecuencia, el legislador debe ser cuidadoso en su utilización, pues las repercusiones de la imposición de una pena siempre serán mayores a las de cualquier otra consecuencia jurídica. Así, solo las afectaciones más graves a los bienes jurídicos tutelados deben merecer un reproche de esta magnitud<sup>98</sup>.

Se debe decir, además, que este principio está relacionado íntimamente con el de subsidiariedad, que implica que el Derecho penal debe ser el último recurso del Estado para proteger los bienes jurídicos<sup>99</sup>, y con el de fragmentariedad, que prescribe que el Estado no tiene legitimidad para castigar todas las conductas que vulneren bienes jurídicos, sino solo las que tengan una especial gravedad<sup>100</sup>. A pesar de la existencia de estos principios limitadores, los políticos constantemente están tentados a violarlos, pues ven en el Derecho penal una solución fácil y económica a problemas sociales altamente complejos<sup>101</sup>. En consecuencia, al notar que la opinión pública está reclamando que se actúe, el político responde de forma populista con una nueva reforma.

De esta manera, sin atender a datos estadísticos que permitan ver la verdadera afectación del bien jurídico que se intenta proteger, o sin considerar recomendaciones de expertos sobre posibles soluciones alternativas a la problemática, el político populista se muestra como alguien "en sintonía con los reclamos sociales"<sup>102</sup> e impulsa la incorporación de nuevos tipos penales, expandiendo irracionalmente el derecho penal y afectando gravemente estos tres principios, para lograr objetivos políticos extrapenales. El resultado de esto es la introducción de incoherencias en el sistema penal, lo que termina repercutiendo negativamente en su funcionamiento y en los derechos del procesado o de las víctimas.

87 Hernán Fuentes, "El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena", *Revista Ius et Praxis*, (2008): 19, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000200002>.

88 Juan Sotomayor y Fernando Tamayo, "Dignidad humana y derecho penal: una difícil convergencia. Aproximación al contenido constitucional de la norma rectora del artículo 1 del Código Penal colombiano", *Revista de Derecho*, n.º 48 (2017): 21-53.

89 Hernán Fuentes, "El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena", 15-42.

90 Nieves Sanz, "Alternativas a la prisión. Su viabilidad en las legislaciones centroamericanas, española y mexicana" (México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, Talleres Impresos Chávez, 2004), 395.

91 Elena Larrauri, "Populismo punitivo... y cómo resistirlo", 9-55; Julián Muñoz, "Populismo punitivo y una "verdad" construida", 13-42; Juan Sarmiento, Bula Enith y Carolina Mariño, "El populismo penal en Colombia. Propuesta para un debate inconcluso", 1047-1079.

92 Julián Muñoz, "Populismo punitivo y una "verdad" construida", 13-42; Juan Sarmiento, Enith Bula y Carolina Mariño, "El populismo penal en Colombia. Propuesta para un debate inconcluso", 1047-1079.

93 Juan Sarmiento, Bula Enith y Carolina Mariño, "El populismo penal en Colombia. Propuesta para un debate inconcluso", 1047-1079.

94 Welle Deutsche, "Colombia aprueba cadena perpetua para violadores de niños", *Deutsche Welle*, 19 de junio de 2019, <https://www.dw.com/es/colombia-aprueba-cadena-perpetua-para-violadores-de-ni%C3%B1os/a-53866079>.

95 Juan Trujillo, "Populismo punitivo y colapso carcelario: hacia una abolición gradual de la prisión cerrada en Colombia", 135-160.

96 Laura Castillo, "Los conductores ebrios: entre el derecho penal y el populismo punitivo", en *Problemas Actuales del Derecho Penal I*, (2012-2015) (Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2017), 1047-1079.

97 César Goicochea y Carolina Córdova, "El principio de mínima intervención del derecho en los delitos de violación sexual de menor de edad", *Revista IUS* 1, n.º 2 (2019): 49, <https://doi.org/10.35383/ius.v1i2.273>.

98 Dino Caro, "Sistema penal y mínima intervención: de una función simbólica a una función real", *THEMIS: Revista de Derecho*, n.º 27-28 (1994): 183-194.

99 Felipe Villavicencio, "Límites a la función punitiva estatal", *Derecho y Sociedad*, n.º 21 (2003): 93-116.

100 Felipe Villavicencio "Límites a la función punitiva estatal", 93-116.

101 María Marqués, "Problemas de legitimación del derecho penal del miedo", *Revista Política Criminal* 12, n.º 24 (2017): 690-730, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992017000200690>.

102 Laura Castillo, "Los conductores ebrios: entre el derecho penal y el populismo punitivo", 24.

### 2.4.3 Garantías penales del procesado

El 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<sup>103</sup>. Esto no solo se manifiesta en mayor punibilidad y nuevos tipos, sino también en el desconocimiento de garantías o beneficios procesales, a veces incluso constitucionales<sup>104</sup>. La razón detrás de este tipo de reformas es que los políticos ven una oportunidad de explotar un sentimiento concreto de la opinión pública: que las garantías procesales son las "verdaderas responsables de la falta de eficacia del sistema de justicia penal"<sup>105</sup>.

Sin embargo, esta es una visión sesgada de las garantías penales, pues aquellas se establecen para someter el *ius puniendi* a la ley, por medio de derechos y beneficios concretos a favor del procesado<sup>106</sup>, que el juez debe aplicar sin importar el sujeto pasivo o el delito, pues se relacionan íntimamente con la dignidad humana<sup>107</sup>. Con el discurso populista, este aspecto se desconoce, abriendo la posibilidad para los abusos del poder punitivo, justificando reformas que generan más consenso en la población que clama por justicia.

La eliminación de este tipo de garantías se manifiesta de diversas formas. Por una parte, algunas políticas penales populistas llevan a la expedición de leyes que excluyen la prescripción de la acción penal para ciertos delitos, especialmente los que causan gran escándalo en la opinión pública, como los delitos sexuales<sup>108</sup> y los delitos en contra de la administración pública<sup>109</sup>. El principio que desconoce el legislador en este caso es la seguridad jurídica, no solo del procesado, sino también del mismo Estado<sup>110</sup>. Esto es porque la prescripción garantiza que eventualmente, a pesar de la inacción del Estado, se tenga certeza de que no se va a perseguir indefinidamente a la persona que ha cometido un delito.

Asimismo, las leyes que evitan la prescripción penal incluso parecen ir en contra de los mismos fines populistas, pues una justificación que fundamenta la prescripción es que el mismo paso del tiempo genera "tranquilidad social" en la población que ya ha olvidado los hechos delictivos. De hecho, la aplicación tardía de la pena "generaría en la población más perturbación que el delito mismo"<sup>111</sup>. En consecuencia, si bien cuando se expida una ley populista de este tipo el político habrá recibido alguna ganancia electoral y posibles alabanzas de la opinión pública, a largo plazo, si se asume que la ley tiene alguna eficacia, terminaría destruyendo la tranquilidad social que se pretendía obtener con la ley y con la pena.

Estas reformas populistas, por otra parte, apuntan a reducir los beneficios carcelarios, por ejemplo, la suspensión en la ejecución de la pena<sup>112</sup>, la libertad condicional<sup>113</sup> y la prisión domiciliaria<sup>114</sup>. Estas se impulsan normalmente por medio de una ley que expresamente excluye ciertos delitos<sup>115</sup> o por medio del incremento de las penas, lo que automáticamente excluye la posibilidad de acceder a ciertos beneficios procesales<sup>116</sup>, pues estos beneficios se establecen normalmente para delitos con penas más bajas.

En resumen, con estas reformas se desconoce la razón de ser de estos beneficios: la humanización del Derecho penal<sup>117</sup>. Esta humanización significa la imposición y ejecución de la pena de una forma racional, coherente, de tal manera que cumpla con los fines establecidos por la ley y, a su vez, sea necesaria y útil. De tal modo, estas reformas populistas eliminan alternativas a la prisión, las cuales también podrían cumplir los fines legítimos, e incluso ser "más favorable[s] para garantizar la dignidad del condenado"<sup>118</sup>.

En consecuencia, con la expansión irracional de la cárcel, el legislador populista no tiene como objetivo cumplir los fines de la pena, sino apaciguar a la población que se siente insegura porque el delincuente no está privado efectivamente de su libertad. Es importante destacar que esta inseguridad de la población muchas veces es construida por los medios de comunicación que impulsan sus propios fines en detrimento de una verdadera opinión pública informada. Por tanto, resulta adecuado ahora pasar a tratar la relación entre populismo y medios.

### 2.5 Relación con los medios de comunicación

Los estudios sobre rol de los medios de comunicación en la consecución de reformas penales de este tipo han sido vastos. En primer lugar, los medios logran "purificar una oleada de populismo penal para transformarla en una verdad absoluta que se presenta sin oposición"<sup>119</sup>. Es decir, estos, al enfocarse excesivamente en reportar noticias relacionadas con altos índices de criminalidad, generan "miedo, preocupación o inseguridad"<sup>120</sup> en la población. Dichos sentimientos llevan a que la población piense que el sistema judicial no está funcionando y, en consecuencia, los políticos responden con un endurecimiento de las penas, para "ofrecer [una] 'imagen de firmeza' frente a la sociedad"<sup>121</sup>.

103 Javier Cigüela, "Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 22 (2020); Mauricio Martínez, "Populismo punitivo, mayorías y víctimas", *Revista Nomos*, n.º 2 (2008): 183-199.

104 Mauricio Martínez, "Populismo punitivo, mayorías y víctimas", 183-199; Natalia Torres, *Populismo punitivo en Colombia: una aproximación a la política legislativa de las recientes reformas de los delitos sexuales*; Laura Castillo, "Los conductores ebrios: entre el derecho penal y el populismo punitivo", 9-42.

105 Jornadas Juzgados de Pueblo, "El populismo punitivo", *Pontevedra: Jueces para la democracia*, (2006), 11.

106 Angelica Gutiérrez, "Neopunitivismo en la legislación procesal penal del año 2009 en Costa Rica" (Tesis de Maestría, Universidad Estatal a Distancia, San José, Costa Rica, 2017), <https://repositorio.uned.ac.cr/reunited/handle/120809/1734>.

107 Samuel Páez, "Garantías procesales y derechos fundamentales del sistema procesal penal, frente a la práctica indiscriminada de la detención preventiva como medida cautelar en Colombia" (Tesis de Maestría, Universidad Nueva Granada, 2019), <https://repositorio.unimilitar.edu.co/handle/10654/35912>.

108 Alexei Sáenz, "La imprescriptibilidad de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en el Perú", *Vox Juris* 37, n.º 1 (2019): 109-132, <https://doi.org/10.24265/voxxuris.2019.v37n1.09>.

109 Juan Trujillo, "Populismo punitivo y colapso carcelario: hacia una abolición gradual de la prisión cerrada en Colombia", 135-160.

110 Vicente Martínez, "La prescripción del delito", *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, n.º 27 (2011): 125-142.

111 Mariano La Rosa, *La prescripción en el derecho penal* (Buenos Aires: Astrea, 2008), 74.

112 Miguel Zamora, "Acercas del discurso populista punitivo", *Revista Digital Maestría en Ciencias Penales*, n.º 5 (2013): 139-178.

113 Diana Milla, "Los beneficios penitenciarios y el crimen organizado. El nuevo modelo penal de seguridad ciudadana en Iberoamérica", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, n.º 65 (2012): 325-464.

114 Colombia, *Ley 1709 de 2014*, Diario Oficial 49.039, 20 de enero de 2014, art. 68A.

115 Colombia, *Ley 1709 de 2014*, art. 68A; Natalia Torres, *Populismo punitivo en Colombia: una aproximación a la política legislativa de las recientes reformas de los delitos sexuales*.

116 Diana Milla, "Los beneficios penitenciarios y el crimen organizado. El nuevo modelo penal de seguridad ciudadana en Iberoamérica", 325-464.

117 Colombia Ministerio de Justicia y Derecho, *Subrogados penales, mecanismos sustitutos de pena y vigilancia electrónica en el sistema penal colombiano* (Colombia: Ministerio de Justicia y del Derecho, 2014).

118 Colombia Ministerio de Justicia y Derecho, *Subrogados penales, mecanismos sustitutos de pena y vigilancia electrónica en el sistema penal colombiano*, 5.

119 Gustavo Beade, "El populismo penal y el derecho penal todoterreno en la Argentina", *Revista Derecho Penal y Criminología* 31, n.º 90 (2010): 62.

120 Débora de Souza De Almeida, "Los Empresarios Morales y el Populismo Penal Mediático: Los Mass Media como Grupo de Presión en la Elaboración de la Política Criminal Populista", 212.

121 Juan Sarmiento, Enith Bula y Carolina Mariño, "El populismo penal en Colombia. Propuesta para un debate inconcluso", 1054.



Así, los medios de comunicación terminan siendo "empresarios morales"<sup>122</sup>, encargados de provocar una respuesta legislativa, que no solo incide en la criminalización primaria (entendida como el establecimiento de normas penales)<sup>123</sup> sino también en la secundaria, exigiendo a los jueces una forma específica de interpretar las normas penales<sup>124</sup>.

En resumen, los medios masivos, al descalificar las leyes penales y tildarlas de ineficaces, construyen una verdad consistente en "miedo e inseguridad que, a su vez, conducirán a la fragilización de los vínculos sociales y a demandas de respuestas estatales más duras"<sup>125</sup>. Estas construcciones presuponen un cambio en la opinión pública en relación con el delincuente, que, como se indicó, pasó de ser un individuo que debía ser ayudado, a alguien desviado y peligroso<sup>126</sup>. De esta manera, los medios terminan instrumentalizando el miedo para construir nuevos enemigos (los delincuentes)<sup>127</sup>, lo cual es aprovechado por políticos populistas para promover reformas irracionales.

Con una concepción similar de los medios masivos, un estudio realizado en España<sup>128</sup> identificó dos técnicas que estos utilizan para incidir en la política criminal. Por una parte, está el "agenda-setting", que implica la selección de un tema por parte de los medios de comunicación para convertirlo "en asunto de interés nacional"<sup>129</sup>. En relación con la política criminal, esta técnica consiste en decidir poner como tema principal de noticias un tipo de delito concreto, generando así un debate público que presiona al sistema político a reaccionar<sup>130</sup>. Con investigaciones empíricas (referidas al caso español) demuestra que la preocupación social por la delincuencia sube conforme los medios de comunicación deciden dar atención mediática a cierto tipo de delitos.

Sin embargo, el estudio también muestra que esta correlación puede ser muy simplista, destacando que existen otros factores que contribuyen a esta "agenda-setting", por ejemplo, cuando se menciona la delincuencia en alocuciones políticas públicas<sup>131</sup>. Asimismo, cuestiona la verdadera presión que puedan ejercer los grupos poblacionales después de sentirse inseguros por las noticias que presentan los medios, y concluye que poco tuvo que ver la ciudadanía en el impulso de reformas penales en España en el año 2002 y que, de hecho, estas reformas se debieron a un pulso entre partidos políticos<sup>132</sup>.

La otra técnica que se identifica es el *framing*<sup>133</sup>, la cual implica que los medios encuadran el tema de tal forma que le indican a la población cómo deben interpretar la información que reciben. De esta manera, el *framing* permitiría desarrollar una serie de mitos asociados con la delincuencia y con el sistema penal (por ejemplo, que las garantías son obstáculo para la persecución eficaz), los cuales terminan impactando el diseño de una reforma penal<sup>134</sup>. Es en esta técnica donde se ve el verdadero poder de los medios: no es tanto que puedan inventarse cifras ni poner temas que no están siendo relevantes para la sociedad, sino que estos son "vendidos" de una forma que genera más escándalo.

En resumen, los medios, en relación con el populismo punitivo, no solo son el puente de comunicación entre la población y los políticos para reclamos de endurecimiento de las penas, sino que también pueden ayudar a construir narrativas que lleven a la población a pensar que el sistema es ineficiente, de tal forma que moldeen la opinión pública hacia penas más severas.

Al haber examinado el impacto negativo que estas reformas generan en la política criminal, y la influencia que tienen los medios de comunicación sobre la población en general y sobre los políticos, queda por ver cómo contrarrestar estas iniciativas populistas por medios jurídicos.

## 2.6 Límites jurídicos al populismo punitivo en Colombia

La expansión irracional del Derecho penal se produce típicamente por vía de reformas legislativas a los diferentes tipos penales, a la cuantía de la pena o a los términos de prescripción. Por lo tanto, posibles limitaciones a estas reformas deben abordarse desde la perspectiva de los límites al poder legislativo en una democracia liberal que, como se ha indicado, no solo implica un poder de las mayorías, sino también instituciones que protejan el Estado de derecho y los derechos fundamentales. En consecuencia, examinaremos cómo las disposiciones constitucionales podrían contrarrestar reformas populistas. Para efectos ilustrativos, tomaremos el caso de Colombia y el llamado "bloque de constitucionalidad" como parte del texto superior. Asimismo, analizaremos el caso especial en el que el legislador intenta aprobar sus medidas punitivistas por medio de reformas constitucionales y cómo la teoría de la "sustitución de la constitución" puede frenar este tipo de maniobras.

### 2.6.1 Control constitucional de leyes y "bloque de constitucionalidad"

Primero, se debe indicar que la Constitución colombiana establece el principio de supremacía<sup>135</sup>, el cual implica que todas las normas constitucionales son jerárquicamente superiores a todos los demás tipos de normas jurídicas. Esta supremacía no solo comporta el hecho de que todas las normas de ordenamiento colombiano deben ser compatibles desde el punto de vista formal (procedimental), sino que estas también deben ajustarse con los contenidos materiales (axiológicos) de la Constitución, entre ellos, los derechos fundamentales<sup>136</sup>.

Dicha compatibilidad, concretamente de las disposiciones legales frente a las constitucionales, puede ser exigida judicialmente por medio de la acción pública de inconstitucionalidad, que permite a cualquier ciudadano poner de presente a la Corte Constitucional la posible contradicción entre una ley (o una parte de una ley) y algún mandato constitucional<sup>137</sup>. De esta manera, la

122 Débora de Souza De Almeida, "Los Empresarios Morales y el Populismo Penal Mediático: Los Mass Media como Grupo de Presión en la Elaboración de la Política Criminal Populista", 189-232.

123 Gabriel Rodríguez y Elizabeth Cabalé, "Criminalización específica o especial de la violencia de género (el feminicidio). ¿Solución o problema?", *Revista Estudios del Desarrollo Social: Cuba y América Latina* 6, n.º 3 (2018): 274-295; Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alacia, y Alejandro Slokar. *Derecho Penal Parte General* (Buenos Aires: Editorial Ediar, 2002).

124 Débora de Souza De Almeida, "Los Empresarios Morales y el Populismo Penal Mediático: Los Mass Media como Grupo de Presión en la Elaboración de la Política Criminal Populista", 189-232; Juan Fuentes, "Los medios de comunicación y el derecho penal", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 7 (2005): 1-51.

125 Débora de Souza De Almeida, "La construcción de la realidad por los mass media y las Sensibilidades y mentalidades sociales desencadenadas respecto al crimen y punición", *Revista Crítica Penal y Poder*, n.º 20 (2020): 233.

126 Débora de Souza De Almeida, "La construcción de la realidad por los mass media y las Sensibilidades y mentalidades sociales desencadenadas respecto al crimen y punición", 227-266.

127 Julián Muñoz, "Populismo punitivo y una "verdad" construida", 13-42.

128 Daniel Varona, "Medios de comunicación y punitivismo", *Revista InDret*, n.º 1 (2011): 1-34.

129 Daniel Varona, "Medios de comunicación y punitivismo", 3.

130 Daniel Varona, "Medios de comunicación y punitivismo", 1-34.

131 Daniel Varona, "Medios de comunicación y punitivismo", 1-34.

132 Daniel Varona, "Medios de comunicación y punitivismo", 1-34.

133 Daniel Varona, "Medios de comunicación y punitivismo", 22.

134 Daniel Varona, "Medios de comunicación y punitivismo", 1-34.

135 Colombia, *Constitución Política de la República de Colombia*, Gaceta Constitucional 116, 20 de julio de 1991, art. 3.

136 Gustavo Cote, "Constitucionalización del derecho penal y proporcionalidad de la pena", *Revista Universitas*, n.º 116 (2008): 119-151.

137 Colombia Corte Constitucionale, *Sentencia, Referencia: Expediente D-5114*, 29 de septiembre de 2004.

Constitución dota de eficacia los límites que ella misma impone al legislador, instituyendo a la Corte Constitucional como su guardiana<sup>138</sup>.

En consecuencia, uno de los límites a las reformas populistas podría hacerse efectivo por este medio, en el caso en que esta viole los contenidos de la norma superior. Como se ha indicado, las reformas populistas normalmente versan sobre aspectos relacionados con la pena (tipo de pena o cuantía) y con las garantías procesales (imprescriptibilidad y beneficios carcelarios). Por lo tanto, resulta adecuado observar, por una parte, qué tipo de limitaciones establece el texto constitucional en relación con estos aspectos y, por otra parte, observar la doctrina de los "límites implícitos" al *ius puniendi*, establecida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

### 2.6.1.1 Límites explícitos

En primer lugar, las limitaciones expresas en relación con los tipos de pena incluyen la prohibición de la pena de muerte<sup>139</sup>, las torturas, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes<sup>140</sup>, la esclavitud y la servidumbre<sup>141</sup>, las penas de destierro, prisión perpetua y la confiscación<sup>142</sup>. Así, cualquier reforma populista que quiera establecer alguna de estas penas podrá ser expulsada del ordenamiento después de una decisión de la Corte Constitucional declarando su inenajenabilidad.

En relación con las garantías procesales, primero, la Carta Política establece el derecho al debido proceso<sup>143</sup>, que incluye el principio de legalidad (nadie puede ser penado por un acto que no estaba establecido anteriormente como punible); el principio de favorabilidad (se debe aplicar preferentemente una ley más permisiva o favorable, incluso si es posterior, frente a una más restrictiva o desfavorable); la presunción de inocencia; el derecho a la defensa; el principio de *non bis in idem* (no ser juzgado dos veces por el mismo hecho); y el derecho a tener un proceso público sin dilaciones injustificadas. Asimismo, existen garantías procesales que exigen la intervención de un juez en caso en que haya detención preventiva<sup>144</sup> o captura en flagrancia<sup>145</sup>. De igual forma, existe la garantía de separación de los órganos de acusación y de juzgamiento, exigible incluso en estados de excepción<sup>146</sup>. Por último, existe la prohibición de admitir una prueba que haya sido obtenida con violación de estas garantías<sup>147</sup>.

Igualmente, se debe destacar que nuestra Constitución establece que los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en estados de excepción, prevalecen en el orden interno<sup>148</sup>. De esta disposición, la Corte ha establecido la doctrina del bloque de constitucionalidad, que implica que este tipo de tratados pueden ser utilizados (como si fueran parte del texto constitucional) como parámetro de constitucionalidad de las leyes<sup>149</sup>. Así, cualquier derecho humano no incluido explícitamente

138 Colombia, *Constitución Política de la República de Colombia*, art. 241 (1).

139 Colombia, *Constitución Política de la República de Colombia*, art. 11.

140 Colombia, *Constitución Política de la República de Colombia*, art. 12.

141 Colombia, *Constitución Política de la República de Colombia*, art. 17.

142 Colombia, *Constitución Política de la República de Colombia*, art. 34.

143 Colombia, *Constitución Política de la República de Colombia*, art. 29.

144 Colombia, *Constitución Política de la República de Colombia*, art. 28.

145 Colombia, *Constitución Política de la República de Colombia*, art. 32.

146 Colombia, *Constitución Política de la República de Colombia*, art. 252.

147 Colombia, *Constitución Política de la República de Colombia*, art. 29.

148 Colombia, *Constitución Política de la República de Colombia*, art. 93.

149 Colombia Corte Constitucional, *Sentencia, Referencia: Expediente D-4111*, 04 de febrero de 2003.

en la Constitución, no derogable en estados de excepción, es también un límite a las reformas expansivas e irracionales del Derecho penal por parte del legislador.

Por consiguiente, estas limitaciones, en conjunto con la acción pública de constitucionalidad, podrían servir como verdadera protección en contra de reformas populistas que intenten violar derechos fundamentales (como garantías procesales) para conseguir réditos electorales.

Es importante, por último, destacar la segunda parte del artículo 93 de la Constitución<sup>150</sup>, que establece que todos estos derechos y deberes consagrados en el texto constitucional "se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia". Es decir, frente a disposiciones constitucionales, todas las interpretaciones que hagan los funcionarios públicos deben ser acordes con los tratados sobre derechos humanos incorporados al ordenamiento jurídico<sup>151</sup>.

En consecuencia, el derecho internacional de los derechos humanos ratificado por Colombia, y las interpretaciones que hagan instancias judiciales internacionales (por ejemplo, la Corte IDH)<sup>152</sup>, deberán complementar hermenéuticamente los artículos mencionados. Lo anterior implica que en caso de haber una reforma populista que no viole el simple texto de la constitución, pero si contrarie un instrumento internacional que lo interprete, podría declararse inconstitucional (o por lo menos, condicionar su constitucionalidad a una interpretación conforme)<sup>153</sup>.

### 2.6.1.2 Límites implícitos

Por otra parte, la Corte Constitucional<sup>154</sup>, como autoridad judicial encargada de interpretar la Constitución, ha establecido que, si bien el legislador tiene una amplia libertad para establecer la cuantía de las penas y establecer nuevos tipos, esta discusión en relación con la política criminal no puede ser completamente contingente y arbitraria. Es decir, para diseñar la política criminal en un Estado democrático<sup>155</sup> debe haber un debate amplio, y no simplemente "una inflación de normas penales promulgadas apresuradamente"<sup>156</sup>. Parecería entonces que, para la Corte, las reformas abiertamente populistas serían contrarias a la Constitución. Sin embargo, el desarrollo de esta doctrina simplemente ha llevado a la Corte a afirmar que existen límites implícitos (en contraste con los explícitos, referidos al texto constitucional) a este *ius puniendi*: la proporcionalidad y la razonabilidad<sup>157</sup>.

Estos límites implícitos, de acuerdo con la Corte Constitucional<sup>158</sup>, no son reglas concretas que establezcan qué tipos de delitos deberían tener sanciones más severas, ni qué tipo de penas serían adecuadas para ciertas conductas punibles, pues eso, como se ha indicado, corresponde al debate democrático legislativo. En cambio, implican un mandato al legislador de valorar la gravedad de la conducta, el bien jurídico afectado, su importancia, el grado de culpabilidad, y la

150 Colombia, *Constitución Política de la República de Colombia*.

151 Juan Sotomayor y Fernando Tamayo, "Dignidad humana y derecho penal: una difícil convergencia. Aproximación al contenido constitucional de la norma rectora del artículo 1 del Código Penal colombiano", 21-53.

152 Manuel Quinche, "El control de convencionalidad y el sistema colombiano", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 12 (2009): 163-190.

153 Colombia Corte Constitucional, *Sentencia, Referencia: Expediente D-2678*, 04 de mayo de 2000.

154 Colombia Corte Constitucional, *Sentencia, Referencia: Expediente D-8351*, 06 de julio de 2011.

155 Colombia, *Constitución Política de la República de Colombia*, art. 1.

156 Colombia Corte Constitucional, *Sentencia, Referencia: Expediente D-2297*, 4 de agosto de 1999.

157 Colombia Corte Constitucional, *Sentencia, Referencia: Expediente D-11528*, 22 de febrero de 2017.

158 Colombia Corte Constitucional, *Sentencia, Referencia: Expediente D- 7836*, 10 de febrero de 2010.

actitud procesal del imputado<sup>159</sup>. De igual forma, estos límites implícitos exigen al legislador una técnica concreta para establecer las penas: estas no pueden ser consagradas con una cuantía específica, sino por medio de un rango de mínimos y máximos, que permitan al juez cierto grado de discrecionalidad al momento de evaluar el caso concreto<sup>160</sup>.

Por lo tanto, a diferencia de los límites explícitos establecidos en el texto constitucional al legislador penal, estos límites implícitos permiten más margen de maniobra para que el legislador establezca reformas penales populistas, pues, argumentando que se atendieron a los criterios establecidos por la Corte, y estableciendo un rango para las penas, el legislador podría fácilmente instrumentalizar el Derecho penal para fines políticos; por ejemplo, estableciendo la imprescriptibilidad de ciertos delitos, sin realmente atender a estudios científicos de criminología, ni a los principios de política criminal establecidos por la doctrina.

En resumen, los límites explícitos al legislador penal pueden ser una herramienta poderosa en contra de reformas populistas que afecten gravemente derechos fundamentales, salvaguardando el Estado de derecho. No se puede decir lo mismo de los límites implícitos pues, si bien la Corte parece propender por criticar el populismo punitivo, no termina por establecer criterios adicionales que puedan realmente contrarrestarlo.

## 2.6.2 Reformas constitucionales populistas y la "sustitución de la Constitución"

Si bien, como se ha indicado, la mayoría de las reformas populistas se dan por vía legislativa y, por tanto, los políticos están sometidos a límites constitucionales (y convencionales) en el sentido ya explicado, también los políticos pueden promover reformas constitucionales (por vía parlamentaria, es decir, por medio del poder constituyente derivado)<sup>161</sup> de carácter populista, en materia penal. Por esta razón, resulta relevante examinar los posibles límites en este nivel jerárquico para el caso de Colombia.

Lo primero que debe aclararse es que, a diferencia de otras constituciones (como la alemana)<sup>162</sup>, la Constitución política de Colombia no tiene cláusulas de intangibilidad. Esto significa que no existen disposiciones concretas que no puedan ser susceptibles de reforma por parte del constituyente derivado<sup>163</sup>, mientras se cumplan con los requisitos establecidos por la Constitución, siendo estos más exigentes (en términos de mayorías y procedimiento) que el de las leyes ordinarias<sup>164</sup>. Esta idea es reforzada por las mismas disposiciones constitucionales que establecen, en su artículo 379<sup>165</sup>, que dichos proyectos de reforma "solo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos" en todo el título relativo a la cuestión de reformas constitucionales. Asimismo, el artículo relativo a las funciones de la Corte Constitucional establece que esta puede revisar los actos reformativos de la Constitución, "solo por vicios de procedimiento en su formación"<sup>166</sup>.

<sup>159</sup> Colombia Corte Constitucional, *Sentencia*, Referencia: Expediente D-2678; Colombia Corte Constitucional, *Sentencia*, Referencia: Expediente D-11528.

<sup>160</sup> Colombia Corte Constitucional, *Sentencia*, Referencia: Expediente D-11528.

<sup>161</sup> Colombia, *Constitución Política de la República de Colombia*, art. 374.

<sup>162</sup> Gerardo Durango, "Cláusulas de intangibilidad de protección de los derechos fundamentales como garantía frente a las mayorías-minorías democráticas", *Revista Análisis Político* 28, n.º 84 (2015): 102-114, <https://doi.org/10.15446/anol.v28n84.54641>.

<sup>163</sup> Colombia Corte Constitucional, *Sentencia*, Referencia: Expedientes D-6057 y D-6072, 14 de junio de 2006.

<sup>164</sup> Colombia, *Constitución Política de la República de Colombia*, art. 375, 377 y 379.

<sup>165</sup> Colombia, *Constitución Política de la República de Colombia*.

<sup>166</sup> Colombia, *Constitución Política de la República de Colombia*, art. 241.

Con este contexto normativo podría pensarse que no existe ningún límite a un político populista que logre cumplir con los requisitos procedimentales para una reforma constitucional en relación con las garantías y con las prohibiciones establecidas en materia penal. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte ha desarrollado una doctrina que establece límites a la reforma constitucional, más allá del simple procedimiento: la llamada "teoría de la sustitución de la Constitución"<sup>167</sup>.

Esta teoría parte de la distinción entre el constituyente primario (típicamente expresado por medio de una Asamblea Nacional Constituyente) y el constituyente secundario o derivado (por ejemplo, el Congreso de la República). Esta distinción, para la Corte, tiene efectos a nivel de competencia, es decir, el poder derivado no puede hacer todo lo que el primario sí puede hacer, pues estaría usurpando su competencia<sup>168</sup>. De esta forma, la Corte tiene el deber de salvaguardar esta distinción (que, al tratarse de un tema de competencia, es un vicio formal y no sustancial)<sup>169</sup>.

En cuanto al procedimiento del test, según la Corte, este juicio implica verificar si la reforma introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución que reemplace las disposiciones originales del constituyente, y si estos dos principios –original y reformado– son completamente incompatibles<sup>170</sup>. Se debe decir, empero, que la misma Corte ha aceptado que este test no es una doctrina completamente acabada, ni que ya se hayan identificado todos los supuestos de hecho que permitan determinar que se está violando la competencia del constituyente primario<sup>171</sup>. En consecuencia, cada nuevo caso concreto va desarrollando la doctrina de una manera inductiva.

No es objeto de este artículo entrar en controversias teóricas sobre este test, pues este se ha consolidado como mayoritario en la Corte, a pesar de las dificultades que plantea identificar cuáles son esos principios definitorios de la Constitución<sup>172</sup>. Sin embargo, para efectos de nuestra investigación, esta teoría funge como límite a dicho constituyente derivado y, por tanto, potencialmente podría servir para evitar reformas penales populistas, en el caso en que la Corte, con su método inductivo, considere que estas sustituyen la constitución.<sup>173</sup>

Por último, es importante considerar un caso especial derivado de esta teoría: el llamado "test de efectividad de la reforma"<sup>174</sup>. En primer lugar, se debe decir que este parece estar ligado más directamente a las reformas populistas específicamente. Según la Corte, las reformas constitucionales también son inconstitucionales si no modifican sustancialmente los mandatos

<sup>167</sup> Colombia Corte Constitucional, *Sentencia*, Referencia: Expediente D-5645, 19 de octubre de 2005.

<sup>168</sup> Colombia Corte Constitucional, *Sentencia*, Referencia: Expediente D-5645.

<sup>169</sup> Colombia Corte Constitucional, *Sentencia*, Referencia: Expedientes D – 8673, D- 8679 y D- 8680, 29 de marzo de 2012.

<sup>170</sup> Camilo Guzmán, Carlos Lucio y Luis Fajardo, "Análisis conceptual y metodología de la sustitución de la Constitución", en *La sustitución de la Constitución. Un análisis teórico, jurisprudencial y comparado* (Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2015), 114-140.

<sup>171</sup> Colombia Corte Constitucional, *Sentencia*, Referencia: Expedientes D – 8673, D- 8679 y D- 8680.

<sup>172</sup> Mauricio González, "La teoría de la sustitución constitucional", en *La sustitución de la Constitución. Un análisis teórico, jurisprudencial y comparado* (Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2015), 33-58.

<sup>173</sup> Este fue el juicio que, en efecto, utilizó la Corte en la Sentencia C-294-21 al analizar la reforma constitucional que establecía la cadena perpetua para delitos graves en contra de menores de edad, decisión publicada durante el proceso de edición de este artículo. En esta sentencia, la Corte encontró que esta reforma sustituía los elementos esenciales de la Constitución y, por tanto, los poderes del constituyente derivado habían sido excedidos. Si bien la Corte explícitamente no cataloga a la reforma de "populista", sí hace referencia a la existencia de una política criminal populista en Colombia. Es de resaltar que esta reforma también es catalogada como populista por parte de algunos *amicus curiae* y algunas Aclaraciones de Voto de los magistrados en dicha decisión (Colombia Corte Constitucional, *Sentencia C-294-21*, 2 de septiembre de 2021).

<sup>174</sup> Camilo Guzmán, Carlos Lucio y Luis Fajardo, "Análisis conceptual y metodología de la sustitución de la Constitución", 114.



establecidos en el texto<sup>175</sup>. En efecto, si las normas constitucionales reformadas son las mismas que las anteriores, no se considera que ha habido una reforma constitucional válida y, por tanto, dicha reforma es inconstitucional, pues se considera que "se ha encubierto, con el ropaje de la reforma constitucional, una decisión política singular de tipo plebiscitario"<sup>176</sup>. Esta limitación al constituyente derivado, por lo tanto, busca evitar que se instrumentalice la reforma constitucional, para dar la impresión a la población de que la política está actuando (cuando en realidad no está haciendo nada, pues no ha cambiado el contenido normativo de la Constitución) o, en los términos de la doctrina del populismo penal, para una simple "ganancia electoral"<sup>177</sup>. En consecuencia, se puede observar con claridad cómo este tipo de test directamente funciona como límite a las posibles reformas populistas que el legislador quiera promover por vía constitucional.

En conclusión, como se ha explicado, el populismo es un fenómeno extremadamente ambiguo, no solo en relación con sus formulaciones conceptuales desde la sociología y la teoría política, sino también cuando se analiza su relación con la democracia. En contraste, el concepto más especializado de populismo penal sí tiene una relación antagónica con la dogmática penal, pues la instrumentalización de la política criminal para fines electorales (por encima de los fines propios del *ius puniendi*) vulnera los principios del Derecho penal, las garantías procesales y potenciales beneficios a favor del imputado y, con estos, la misma dignidad humana. Por esta razón, se han planteado en este escrito posibles límites jurídicos a esta expansión irracional del Derecho penal por parte del legislador: los límites constitucionales (que incluyen al bloque de constitucionalidad), materializados por medio del control judicial de la Corte Constitucional.

### 3. Formulaciones alternativas

Si bien el concepto de populismo punitivo, conforme a las anteriores características, ha tenido éxito en la doctrina, no ha sido completamente aceptado<sup>178</sup>, por ejemplo, consideran incompleta esta corriente mayoritaria, pues solo se refiere a la manipulación por parte de políticos a las masas y sus posiciones punitivas para sacar alguna ventaja política. Así, su concepto de populismo punitivo se concentra en los movimientos sociales que están por fuera del diseño de políticas criminales y que hablan en nombre de quienes han sido olvidados por el gobierno<sup>179</sup>, formulación más cercana a los rasgos que se han indicado del populismo en general. Los autores observan que, según la opinión de estos grupos, el *establishment* ha protegido en exceso los derechos individuales de los criminales<sup>180</sup>, en vez de proteger a los ciudadanos que cumplen con la ley.

En consecuencia, para estos autores, el fenómeno del populismo penal no está referido a una función latente de la pena de conseguir ventajas políticas por encima de los fines más tradicionales y manifiestos. En cambio, es un fenómeno social que genera tensiones entre la gente del común y los políticos de turno. No se refieren a la política tradicional, sino a los movimientos alternativos (a veces de protesta), que canalizan un sentimiento concreto de algunos sectores de la población: que no se está siendo lo suficientemente duros con el crimen. La creciente popularidad de estos movimientos alternativos, junto con la desconfianza en los gobiernos tradicionales por esta percepción de inacción, ha llevado a que estos empiecen a obtener escaños parlamentarios. De esta manera, se ve una aplicación más directa del concepto de "pueblo", excluido porque sus

demandas democráticas no son escuchadas. El éxito de estos nuevos partidos genera que los partidos tradicionales, al necesitar de los primeros para formar mayorías, terminen accediendo a estas demandas, convirtiéndolas en ley<sup>181</sup>.

Estos autores, por tanto, atribuyen el surgimiento del populismo penal a cinco causas principales: 1) la falta de deferencia de la población hacia las instituciones gubernamentales; 2) la falta de confianza en los políticos y los procesos democráticos; 3) la consolidación de la "sociedad del riesgo"; 4) el creciente papel de los medios; y, 5) la importancia que en los últimos años se les ha dado a las víctimas de los delitos<sup>182</sup>. De tal modo, identifican el problema del populismo penal como parte de un problema social más grande, una política populista general, que para ellos implica una suerte de "fin de la razón"<sup>183</sup>.

Otra aproximación crítica es planteada por Uribe<sup>184</sup>, quien propone un concepto de populismo punitivo más restringido que el que sostiene la mayoría, solo aplicable a las sociedades que cumplan con los siguientes requisitos: 1) un Derecho penal expresivo autoritario; 2) la utilización del Derecho penal por parte de los políticos para efectos electorales sin importar la efectividad, o el daño social, de la norma; 3) la existencia de una sensibilidad social causada por un modelo político neoconservador y económico neoliberal (cuyos medidores son la desigualdad económica y la inestabilidad laboral); y 4) la existencia de una clara diferencia entre la mayoría y los grupos marginales que hace que la mayoría se identifique para combatir a un enemigo<sup>185</sup>. En consecuencia, Uribe también intenta ligar este fenómeno directamente al concepto de populismo en la ciencia política.

Conforme a estos planteamientos, el autor afirma que en Colombia no existe un populismo penal, sino un "populismo hobbesiano"<sup>186</sup>, referido a la existencia de una especie de Derecho penal autoritario y una tendencia a votar por políticos que prometan acabar a toda costa con el conflicto, en vez de una participación democrática activa "en la creación de proyectos de leyes que agudicen el derecho penal"<sup>187</sup>.

Sin embargo, desde la postura mayoritaria se ha respondido a estos planteamientos. Sarmiento, Bula y Mariño<sup>188</sup> consideran que este populismo hobbesiano, si bien es aplicable a Colombia, no es excluyente de la existencia de un populismo punitivo, de acuerdo con los planteamientos ya descritos a lo largo de este artículo. Estos autores afirman, en cambio, que el populismo hobbesiano "se relaciona con otras tendencias de expansión irracional del derecho penal, como [...] la justicia penal de excepción"<sup>189</sup>. Por lo tanto, estos autores defienden la aplicación del concepto de populismo punitivo en Latinoamérica, pues afirman que también en estos países también se han implementado políticas neoconservadoras y neoliberales, asociadas con una mayor punitividad<sup>190</sup>.

181 John Pratt y Michele Miao, "Populismo penal: El fin de la razón", 71-105.

182 John Pratt y Michele Miao, "Populismo penal: El fin de la razón", 71-105.

183 John Pratt y Michele Miao, "Populismo penal: El fin de la razón", 71-105.

184 Juan Uribe "¿Puede hablarse en Colombia de populismo punitivo?", 70-106.

185 Juan Uribe "¿Puede hablarse en Colombia de populismo punitivo?", 81.

186 Juan Uribe "¿Puede hablarse en Colombia de populismo punitivo?", 97.

187 Juan Uribe "¿Puede hablarse en Colombia de populismo punitivo?", 97.

188 Juan Sarmiento, Enith Bula y Carolina Mariño, "El populismo penal en Colombia. Propuesta para un debate inconcluso", 1047-1079.

189 Juan Sarmiento, Enith Bula y Carolina Mariño, "El populismo penal en Colombia. Propuesta para un debate inconcluso", 1053.

190 Juan Sarmiento, Enith Bula y Carolina Mariño, "El populismo penal en Colombia. Propuesta para un debate inconcluso", 1047-1079.

175 Camilo Guzmán, Carlos Lucio y Luis Fajardo, "Análisis conceptual y metodología de la sustitución de la Constitución", 111-140; Colombia Corte Constitucional, *Sentencia*, Referencia: Expediente D-4111.

176 Colombia Corte Constitucional, *Sentencia*, Referencia: Expediente D-4111.

177 Elena Larrauri, "Populismo punitivo... y cómo resistirlo", 10.

178 John Pratt y Michele Miao, "Populismo penal: El fin de la razón", *Nova Criminis. Visiones Criminológicas de la Justicia Penal* 9, n.º 13 (2017): 71-105.

179 John Pratt y Michele Miao, "Populismo penal: El fin de la razón", 71-105.

180 John Pratt y Michele Miao, "Populismo penal: El fin de la razón", 71-105.

En consecuencia, si bien la doctrina mayoritaria ha estudiado el populismo penal desde la perspectiva de la criminología y la dogmática penal, lo que dificulta en muchas ocasiones relacionarlo con el concepto de la ciencia política del populismo en general, autores críticos de esta concepción intentan reformular el concepto como una derivación directa de este populismo de la ciencia política, enriqueciendo el debate desde otras aristas académicas.

## 4. Críticas

Otros doctrinantes han rechazado completamente el concepto de "populismo punitivo", considerando que le hace falta "una caracterización precisa"<sup>191</sup>, y cuestionando su aplicación general y al contexto colombiano<sup>192</sup>.

Dzur<sup>193</sup>, por otra parte, específicamente critica a los autores que ven negativamente el hecho de que la gente esté participando constantemente en el diseño de políticas criminales y que plantean como solución al problema más participación de expertos en política criminal, y menos participación de la población lego.

En consecuencia<sup>194</sup>, acepta que, si bien el populismo puede llevar a consecuencias negativas, tales como las descritas por los autores que defienden el concepto, también observa la otra cara de la moneda: un populismo "grueso" en el que este clamor popular pueda construir una mejor sociedad y virar hacia una forma de justicia "restaurativa". Afirma que en realidad el problema no es que la población opine sobre política criminal, sino que las formas democráticas de participación no sean adecuadas e incluyentes. En consecuencia, este autor toma la relación positiva entre populismo y democracia, resaltando una expansión en la participación de sectores de la población que estaban excluidos gracias a fallas en las instituciones tradicionales, y la aplica directamente al fenómeno penal.

Por último<sup>195</sup>, llega a una conclusión muy radical en relación con el populismo punitivo: en vez de haber un fenómeno nuevo de utilización de emociones de la población para dirigir reformas penales (algo que para él siempre ha existido en una sociedad democrática), lo que hay es un exceso de atención por parte de criminólogos y académicos al fenómeno, algo que demuestra "cambios en las sensibilidades sociales y una creciente ambivalencia hacia el uso de las sanciones punitivas".

<sup>191</sup> Fernando Tamayo, "La limitada capacidad del concepto de populismo punitivo como herramienta de interpretación del sistema penal colombiano", *Revista Criminalidad* 58, n.º 3 (2016): 24.

<sup>192</sup> Fernando Tamayo, "La limitada capacidad del concepto de populismo punitivo como herramienta de interpretación del sistema penal colombiano", *Revista Criminalidad* 58, n.º 3 (2016): 21-35.

<sup>193</sup> Albert Dzur, "The Myth of Penal Populism: Democracy, Citizen Participation, and American Hyperincarceration", *Revista The Journal of Speculative Philosophy* 24, n.º 4 (2010): 354-379, <https://doi.org/10.5325/jspecphil.24.4.0354>.

<sup>194</sup> Albert Dzur, "The Myth of Penal Populism: Democracy, Citizen Participation, and American Hyperincarceration", 371.

<sup>195</sup> Rogert Matthews, "El mito de la punitividad", *Revista Delito y Sociedad* 2, n.º 28 (2009): 27, <https://doi.org/10.14409/dys.v2i28.5603>.

## 5. Conclusiones teóricas preliminares

■ Antes de adentrarnos en nuestro caso de estudio, a partir de este recorrido histórico y teórico, podemos concluir lo siguiente:

— Si bien el populismo, observado desde la sociología y la ciencia política, no ha estado libre de dificultades conceptuales, existen ciertos rasgos destacables: 1) La construcción semántica de un "pueblo", excluido de la política tradicional; 2) La contraposición de este pueblo con unos enemigos que deben ser eliminados; 3) La crítica de las instituciones democráticas liberales y el surgimiento de la figura de un líder carismático que se acerca, de una forma más directa, a su pueblo.

— La relación entre democracia y populismo es ambivalente y está permeada por la visión y significado que se le atribuya a la primera. La democracia liberal, la cual intenta proteger el pluralismo, los derechos fundamentales y el Estado de derecho, verá con malos ojos el populismo. En contraste, la visión reduccionista de la democracia "sin adjetivos" enfatizará los beneficios de un acercamiento sin intermediarios entre el líder y el pueblo excluido, criticando las instituciones liberales y el pluralismo.

— Las corrientes mayoritarias que han estudiado el populismo penal no han partido de estas formulaciones de la ciencia política, sino de estudios criminológicos, lo que ha llevado a otros desarrollos que relacionan el fenómeno más directamente con el "Derecho penal simbólico" y la inobservancia de los fines tradicionales de la pena.

— Las reformas penales populistas desconocen los principios de proporcionalidad, subsidiariedad y de mínima intervención, además de algunas garantías procesales, pues no atienden a estudios dogmáticos y criminológicos que guían al *ius puniendi* hacia su propia limitación, sino que están dirigidas a obtener ganancias electorales.

— El papel de los medios en los gobiernos populistas es ambiguo, sirviendo en algunos casos como propaganda del líder carismático para exaltar su figura, mientras en otros actúan como verdaderos críticos y vigilantes con el poder. En contraste, los medios exacerbaban la inseguridad y angustia de la población en relación con el delito, por medio de la presentación estratégica de ciertas noticias sobre delincuencia que escandalizan a la opinión pública. Esto cataliza un sentimiento a favor de reformas penales populistas.

— Existen ciertos límites a las reformas legislativas populistas en materia penal. En el caso colombiano, por una parte, el control judicial de la Corte Constitucional a las reformas legislativas hace efectivo los límites constitucionales a la política criminal. Por otra parte, la doctrina de la sustitución de la Constitución tiene el potencial para frenar reformas constitucionales populistas, aun sin cláusulas de intangibilidad.

— Algunas formulaciones minoritarias han intentado reconceptualizar el populismo penal desde las formulaciones de la ciencia política sobre populismo en general, lo que ha llevado a ampliar el debate académico y a estrechar lazos entre distintas disciplinas. Además, algunos teóricos han rechazado por completo el uso académico del concepto o al menos la connotación negativa atribuida por la mayoría de los teóricos.

## 6. Cadena perpetua en Colombia

### 6.1 Antecedentes en Colombia

En las diferentes constituciones de Colombia, exceptuando su prohibición expresa en la Constitución de 1991, la figura de la cadena perpetua ha estado ausente. Esta prohibición contenida en su artículo 34 se fundamenta en necesidades históricas. Durante la época de la creación de la Asamblea Nacional Constituyente se vivió una era de grave violencia en el país, en la que los gobiernos de turno, mediante la declaratoria de Estados de excepción, buscaban imponer penas perpetuas a quienes atentaran contra la seguridad y el bienestar de la ciudadanía.

En este contexto, se expidió el Decreto 2490 de 1988, el único antecedente de creación de la prisión perpetua en el ordenamiento jurídico colombiano. En el mismo, en virtud del ejercicio de poderes excepcionales derivados de la declaratoria del estado de sitio, se contemplaba la pena perpetua para aquellas personas pertenecientes a un grupo armado no autorizado que incurrieran en homicidio o cuando cometieran actos criminales con fines terroristas.

Este Decreto fue sometido a control por parte de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 27 de marzo, el cual declaró inconstitucionales los artículos 1.º y 2.º de la precitada norma por encontrar que no se adecuaban a los fines del Estado de derecho y a la Constitución Política de 1886, la cual regía para dicha época. De dicho fallo queremos resaltar:

En este sentido no sólo el texto constitucional sino reiterados fallos de la Corte han consagrado los objetivos humanitarios que se proyectan en la concepción de la pena [...], que son ajenos a la institución de la pena perpetua. En este sentido, toda la tradición humanística del Estado de Derecho, que no sólo proclamó los derechos políticos y civiles sino la eminente dignidad de la persona humana ha tenido una larga y fecunda evolución en el Derecho Político y el Derecho Penal de Colombia, dentro de la cual no encaja el recurso a la pena perpetua, ni siquiera como solución de emergencia institucional.<sup>196</sup>

La Corte indicó que la consagración de la cadena perpetua en Colombia para la época atentaba contra la Constitución Política de 1886, a pesar de la ausencia de una prohibición expresa.

### 6.2 Reforma constitucional y prisión perpetua en Colombia

El 20 de julio del 2019 se radicó en el Congreso un proyecto de acto legislativo por medio del cual se buscaba modificar el artículo 34, que consagraba la prohibición expresa mencionada<sup>197</sup>. En su lugar, esta prohibición se sustituye por la pena de prisión perpetua, para los delitos que afectan la vida o la integridad, libertad y formación sexual de los menores. En la exposición de motivos del proyecto se presentaron diferentes argumentos, pero ninguno que sustentara la eficacia de la prisión perpetua para disminuir la ocurrencia de los delitos mencionados en contra de los menores. Los argumentos expuestos fueron: 1) Las principales víctimas de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual son los menores de edad; 2) Los menores, conforme a tratados internacionales y la Constitución, tienen un interés prevalente; 3) Países como Perú y Argentina también contemplan en sus ordenamientos la pena de prisión perpetua; 4) La dignidad humana, como principio rector de un Estado de derecho, se debe predicar de la víctima antes que del procesado; 5) Al ser revisable la pena propuesta, no es contraria a la dignidad humana.

La exposición de motivos de la reforma aprobada por el Senado, el 18 de junio de 2020, destaca la necesidad de implementar esta pena, argumentando que este tipo de delitos debe disminuir o desaparecer. Pese a esto, no contiene evidencia alguna que sustente la eficacia de la implementación de cadenas perpetuas o incremento punitivo como mecanismo que impida su consumación. Se trata, en cambio, de simples afirmaciones sin sustento probatorio o científico aunados a algunos argumentos que sí son verdaderos, como el interés prevalente del menor o que otros países cuentan con esta pena perpetua en sus códigos.

En su momento, el Consejo Superior de Política Criminal del Ministerio de Justicia<sup>198</sup> argumentó que el aumento de penas en Colombia no ha disminuido la ocurrencia de los delitos cuyas penas han aumentado, específicamente para casos de crímenes en contra de la integridad sexual de menores. Asimismo, expertos en materia penal se dirigieron a los congresistas para explicar que la reforma propuesta era, además de claramente inconstitucional, inviable en términos económicos<sup>199</sup>. Sin embargo, el proyecto fue aprobado por el Congreso, la Constitución se modificó y la cadena perpetua hoy se encuentra permitida en nuestra Constitución. No obstante, aún falta que la Corte Constitucional revise la constitucionalidad de esta y que el Congreso regule su aplicación.

Si la evidencia académica, científica y estadística demuestra que el aumento de penas no funciona para disuadir al delincuente, y si los expertos están, casi de manera unánime, en contra de la medida por ser inútil e inconstitucional, ¿por qué el Congreso de Colombia decidió modificar la Constitución para introducir la prisión perpetua?

La respuesta que dan los penalistas colombianos al unísono es populismo punitivo<sup>200</sup>. El cambio de la Constitución no obedece a una lógica de técnica legislativa adecuada, ni a un interés de los congresistas en defender a los menores, o a su protección prevalente que se deriva del artículo 44 de la Carta Política<sup>201</sup>. Se trata de una forma de calmar los temores y angustias populares, ante la falta de intervención del Estado en aplicación real de la ley vigente, menor impunidad y la implementación de medidas preventivas en la base del tejido social.

En el caso tomado como ejemplo, son evidentes los rasgos descritos en este artículo como características del populismo, específicamente de populismo punitivo. Es una situación donde "el pueblo" ha identificado enemigos que deben ser eliminados o neutralizados, en este caso, mediante la aplicación de una prisión perpetua. Así, el líder carismático comunica a la sociedad, mediante un simbolismo, que sus miedos han sido atendidos, sin que en el fondo se brinde solución real al problema de delincuencia sexual en menores.

<sup>198</sup> Colombia Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Política Criminal. *Estudio del Consejo Superior de Política Criminal relacionados con cuatro (4) propuestas legislativas de intervención sobre las agresiones sexuales que afectan a los niños, niñas y adolescentes en Colombia* (Colombia: Ministerio de Justicia, 2016).

<sup>199</sup> El País y Colprensa, "Cadena perpetua contra violadores de menores sería inconstitucional, esto analizan los expertos", *El País*, 21 de junio de 2020, <https://www.elpais.com.co/colombia/cadena-perpetua-contra-violadores-de-menores-seria-inconstitucional-esto-analizan-expertos.html>.

<sup>200</sup> El País y Colprensa, "Cadena perpetua contra violadores de menores sería inconstitucional, esto analizan los expertos".

<sup>201</sup> Colombia, *Constitución Política de la República de Colombia*.

<sup>196</sup> Colombia Corte Suprema de Justicia, *Sentencia*, Referencia: Expediente número 1892 (288 E), 27 de marzo de 1989.

<sup>197</sup> Colombia, *Acto legislativo 01 de 2020*, Diario Oficial 51.383, 22 de julio de 2020.



En Colombia, y para el caso estudiado, los medios de comunicación han tenido un papel importante. Conscientes de ello o no, han contribuido en exacerbar miedos, ansiedad y angustia en la población. Es importante resaltar que con esta consideración no queremos decir que el problema no exista, sino simplemente queremos resaltar el rol de los medios al centrar su comunicación en un tema específico, con lo cual hace más visible el problema y la sensación de temor social.

Otra característica del populismo punitivo que encontramos en la prisión perpetua aprobada en Colombia es el pasar límites estructurales de un Estado de derecho. La cadena perpetua, atenta contra la dignidad humana, contra el principio de la humanidad de las penas, fundamento de prohibición de sanciones como la pena de muerte y cadena perpetua, o de prácticas como la tortura o los tratos crueles para lograr confesiones u obtención de pruebas. También desconoce los principios de proporcionalidad, subsidiariedad y de mínima intervención, es evidente que desconoce la racionalidad y límites al *ius puniendi*.

Pese a la situación descrita, somos optimistas al confiar en la función que cumple la Corte Constitucional, como límite y control a las reformas legislativas populistas en materia penal.

## Bibliografía

Abi-Ackel, Henrique. "El discurso populista en la intervención punitiva: un análisis político criminal". Tesis Doctoral, Universidad de Sevilla, 2017. <https://idus.us.es/handle/11441/68950>.

Antón-Mellón, Joan y Antón-Carbonell Elisenda. "Populismo punitivo, opinión pública y leyes penales en España (1995-2016)". *Revista Internacional de Pensamiento Político*, n.º 12 (2017).

Arrieta, Yeraldin. "Populismo punitivo y derecho penal simbólico". *Inciso. Revista de Investigaciones en Derecho y Ciencias Políticas* 20, n.º 1 (2018).

Beade, Gustavo. "El populismo penal y el derecho penal todoterreno en la Argentina". *Revista Derecho Penal y Criminología* 31, n.º 90 (2010).

Bobbio, Norberto. "Democracia y populismo". *Revista de Ciencia Política* 8, n.º 1-2 (1986).

Bottoms, Anthony. "The philosophy and politics of punishment and sentencing". En *The politics of sentencing*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

Bueno, Gildardo. "El populismo como concepto en América Latina y en Colombia". *Revista Estudios políticos*, n.º 42 (2013). doi <http://dx.doi.org/10.3989/ris.2018.76.4.18.089>.

Caro, Dino. "Sistema penal y mínima intervención: de una función simbólica a una función real". *THEMIS: Revista de Derecho*, n.º 27-28 (1994).

Castañó, Pablo. "Populism and democracy". *Revista Internacional de Sociología* 76, n.º 4 (2018). <http://dx.doi.org/10.3989/ris.2018.76.4.18.089>.

Castillo, Laura. "Los conductores ebrios: entre el derecho penal y el populismo punitivo". En *Problemas Actuales del Derecho Penal I*, (2012-2015). Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2017.

Cigüela, Javier. "Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 22 (2020).

Colombia. *Acto legislativo 01 de 2020*. Diario Oficial 51.383, 22 de julio de 2020.

———. *Código de Procedimiento Penal*. Diario Oficial 45.658, 1 de septiembre de 2004.

———. *Constitución Política de la República de Colombia*. Gaceta Constitucional 116, 20 de julio de 1991.

———. *Ley 1709 de 2014*. Diario Oficial 49.039, 20 de enero de 2014.

Colombia Contraloría General de la Nación. *El hacinamiento carcelario en Colombia: un problema estructural sin solución a la vista*. Colombia: Contraloría General de la Nación-Boletín Macro Fiscal, 2015.

Colombia Corte Constitucional. *Sentencia, Referencia: Expediente D-2297*. 4 de agosto de 1999.

———. *Sentencia, Referencia: Expediente D-2678*. 04 de mayo de 2000.

———. *Sentencia, Referencia: Expediente O.P.-034*. 19 de octubre de 2000.

———. *Sentencia, Referencia: Expediente D-4111*. 04 de febrero de 2003.

———. *Sentencia, Referencia: Expediente CRF-001*. 09 de julio de 2003.

———. *Sentencia, Referencia: Expediente D-5114*. 29 de septiembre de 2004.

———. *Sentencia, Referencia: Expediente D-5645*. 19 de octubre de 2005.

———. *Sentencia, Referencia: Expedientes D-6057 y D-6072*. 14 de junio de 2006.

———. *Sentencia, Referencia: Expediente D- 7836*. 10 de febrero de 2010.

———. *Sentencia, Referencia: Expediente D-8351*. 06 de julio de 2011.

———. *Sentencia, Referencia: Expedientes D - 8673, D- 8679 y D- 8680*. 29 de marzo de 2012.

———. *Sentencia, Referencia: Expediente D-11528*. 22 de febrero de 2017.

———. *Sentencia, Referencia: Expedientes acumulados D-13.915 y D-13.945*. 02 de septiembre de 2021.

———. *Sentencia C-294-21*. 2 de septiembre de 2021.

Colombia Corte Suprema de Justicia. *Sentencia, Referencia: Expediente número 1892 (288 E)*. 27 de marzo de 1989.

Colombia Ministerio de Justicia y Derecho. *Subrogados penales, mecanismos sustitutivos de pena y vigilancia electrónica en el sistema penal colombiano*. Colombia: Ministerio de Justicia y del Derecho, 2014.

Colombia Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Política Criminal. *Estudio del Consejo Superior de Política Criminal relacionados con cuatro (4) propuestas legislativas de intervención sobre las agresiones sexuales que afectan a los niños, niñas y adolescentes en Colombia*. Colombia: Ministerio de Justicia, 2016.

Córdoba, Miguel y Carmen Ruiz. "Teoría de la pena, Constitución y Código Penal". *Derecho Penal y Criminología*, (2001).

Córdova, Luis. "Liberalismo y democracia en la perspectiva de Norberto Bobbio". *Convergencia, Revista de Ciencias Sociales* 15, n.º 48 (2008).

Cote, Gustavo. "Constitucionalización del derecho penal y proporcionalidad de la pena". *Revista Vniversitas*, n.º 116 (2008).

Dahl, Robert. "Pluralism revisited". *Revista Comparative Politics* 10, n.º 2 (1978). <https://doi.org/10.2307/421645>.

De Almeida, Débora de Souza. "La construcción de la realidad por los mass media y las Sensibilidades y mentalidades sociales desencadenadas respecto al crimen y punición". *Revista Crítica Penal y Poder*, n.º 20 (2020).

———. "Los Empresarios Morales y el Populismo Penal Mediático: Los Mass Media como Grupo de Presión en la Elaboración de la Política Criminal Populista". *Cuadernos de política criminal*, (2020).

De la Torre, Carlos. "Masas, pueblo y democracia: un balance crítico de los debates sobre el nuevo populismo". *Revista de Ciencia política* 23, n.º 1 (2019). <https://doi.org/10.4067/S0718-090X2003000100005>.

Delgado, María. "El criterio amigo-enemigo en Carl Schmitt. El concepto de lo político como una noción ubicua y desterritorializada". *Revista Cuaderno de Materiales*, n.º 23 (2011).

Deusdad, Blanca. "El concepto de liderazgo político carismático: Populismo e identidades". *Revista opción* 19, n.º 41 (2003).

Deutsche, Welle. "Colombia aprueba cadena perpetua para violadores de niños". *Deutsche Welle*. 19 de junio de 2019. <https://www.dw.com/es/colombia-aprueba-cadena-perpetua-para-violadores-de-ni%C3%B1os/a-53866079>.

Díez, José. "El derecho penal simbólico y los efectos de la pena". En *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, 2003.

Dreier, Hörst. "The Essence of Democracy – Hans Kelsen and Carl Schmitt Juxtaposed". En *Hans Kelsen and Carl Schmitt. A Juxtaposition*. Gerlingen: Bleicher Verlag, 1999.

Durán, Mario. "La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre su función". *Revista de Derecho*, (2016). <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502016000100013>.

Durango, Gerardo. "Cláusulas de intangibilidad de protección de los derechos fundamentales como garantía frente a las mayorías-minorías democráticas". *Revista Análisis Político* 28, n.º 84 (2015). <https://doi.org/10.15446/anpol.v28n84.54641>.

Dzur, Albert. "The Myth of Penal Populism: Democracy, Citizen Participation, and American Hyperincarceration". *Revista The Journal of Speculative Philosophy* 24, n.º 4 (2010). <https://doi.org/10.5325/jspecphil.24.4.0354>.

El Comercio. "Populismo Penal". *El Comercio*. 22 de julio de 2020. <https://www.elcomercio.com/opinion/populismo-penal-opinion-columna-columnista.html>.

El Espectador. "El Congreso cae, de nuevo, en el populismo punitivo". *El Espectador*. 7 de junio de 2020. <https://www.elespectador.com/opinion/editorial/el-congreso-cae-de-nuevo-en-el-populismo-punitivo/>.

———. "La perpetua tentación del populismo punitivo". *El Espectador*. 24 de julio de 2019. <https://www.elespectador.com/opinion/editorial/la-perpetua-tentacion-del-populismo-punitivo-articulo-870734/>.

El País y Colprensa. "Cadena perpetua contra violadores de menores sería inconstitucional, esto analizan los expertos". *El País*. 21 de junio de 2020. <https://www.elpais.com.co/colombia/cadena-perpetua-contra-violadores-de-menores-seria-inconstitucional-esto-analizan-expertos.html>.

Fraiman, Juan. "Medios de comunicación masiva y populismo en América Latina: posibles articulaciones para analizar los casos en el peronismo argentino, el getulismo brasileño y el cardenismo mexicano". *Revista Razón y Palabra* 14, n.º 70 (2009).

Fuentes, Hernán. "El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena". *Revista Ius et Praxis*, (2008). <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000200002>.

Fuentes, Juan. "Los medios de comunicación y el derecho penal". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 7 (2005).

Gajardo, Carlos. "Populismo penal". *La Tercera*. 15 de marzo de 2019. <https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/populismo-penal/571561/>.

García, Roberto. "Las raíces del populismo. Los movimientos populistas del siglo XIX en Rusia y Estados Unidos". *Revista Argumentos* 23, n.º 63 (2010).

Goicochea, César y Carolina Córdova. "El principio de mínima intervención del derecho en los delitos de violación sexual de menor de edad". *Revista IUS* 1, n.º 2 (2019). <https://doi.org/10.35383/ius.v1i2.273>.

González, Mauricio. "La teoría de la sustitución constitucional". En *La sustitución de la Constitución. Un análisis teórico, jurisprudencial y comparado*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2015.

Gratius Susanne y Rivero Ángel. "Más allá de la izquierda y la derecha: populismo en Europa y América Latina". *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, n.º 119 (2018). [doi.org/10.24241/rci.2018.119.2.35](https://doi.org/10.24241/rci.2018.119.2.35).

Green, David. "Penal Populism and the Folly of "Doing Good by Stealth". *Revista The Good Society* 23, n.º 1 (2014). <https://doi.org/10.5325/goodsociety.23.1.0073>.

Gutiérrez, Angelica. "Neopunitivismo en la legislación procesal penal del año 2009 en Costa Rica". Tesis de Maestría, Universidad Estatal a Distancia, San José, Costa Rica, 2017. <https://repositorio.uned.ac.cr/reuned/handle/120809/1734>.

Guzmán, Camilo. Carlos Lucio y Luis Fajardo. "Análisis conceptual y metodología de la sustitución de la Constitución". En *La sustitución de la Constitución. Un análisis teórico, jurisprudencial y comparado*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2015.

Hassemer, Winfried. "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos". *Revista Nuevo Foro Penal*, n.º 51 (1991).

Hernández, Norberto. "La resocialización como fin de la pena – una frustración en el sistema penitenciario y carcelario colombiano". *Revista Caderno CRH* 30, n.º 81 (2017). <https://doi.org/10.1590/S0103-49792017000300010>.

Ipar, María. "El concepto de populismo: una revisión crítica de sus "clásicos" y "nuevos" marcos teórico-interpretativos". *Revista Brasileira de Ciencia Política*, n.º 30 (2019). <https://doi.org/10.1590/0103-335220193007>.

Jackobs, Günther. *Sobre la teoría de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

Jornadas Juzgados de Pueblo. "El populismo punitivo". *Pontevedra: Jueces para la democracia*, (2006).

Kant, Immanuel. *Metafísica de las costumbres*. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

Kitzberger, Philip. "Caimanes del mismo pozo". Populismo y representaciones de los medios y la prensa en la estabilización hegemónica del chavismo". *Revista mexicana de Opinión Pública* 13, n.º 25 (2018). <http://dx.doi.org/10.22201/fcpys.24484911e.2018.25.63322>.

La Rosa, Mariano. *La prescripción en el derecho penal*. Buenos Aires: Astrea, 2008.

Larrauri, Elena. "Populismo punitivo... y cómo resistirlo". *Revista de Estudios Criminales*, n.º 25 (2007).

Londoño, Hernando. "La prevención especial en la teoría de la pena". *Nuevo Foro Penal* 12, n.º 24 (1984).

Luhmann, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Ciudad de México: Herder, 2005.

Marqués, María. "Problemas de legitimación del derecho penal del miedo". *Revista Política Criminal* 12, n.º 24 (2017). <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992017000200690>.

Martínez, Mauricio. "Populismo punitivo, mayorías y víctimas". *Revista Nomos*, n.º 2 (2008).

Martínez, Vicente. "La prescripción del delito". *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, n.º 27 (2011).

Matthews, Rogert. "El mito de la punitividad". *Revista Delito y Sociedad* 2, n.º 28 (2009). <https://doi.org/10.14409/dys.v2i28.5603>.

Milla, Diana. "Los beneficios penitenciarios y el crimen organizado. El nuevo modelo penal de seguridad ciudadana en Iberoamérica". *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, n.º 65 (2012).

Muñoz, Julián. "Populismo punitivo y una "verdad" construida". *Nuevo Foro Penal*, n.º 72 (2009).

Ochoa, Mauricio. "Estado, Política Criminal y Derecho Penal". *Revista Ciencia y Cultura*, n.º 10 (2002).

Ojeda, José. "El populismo punitivo del gobierno para controlar la pandemia". *JGM Radio*. 2 de junio de 2020. <https://radiojgm.uchile.cl/el-populismo-punitivo-del-gobierno-para-controlar-la-pandemia>.

Ortiz, Egda. "Populismo y democracia en América Latina". *Frónesis* 16, n.º 1 (2009).

Páez, Samuel. "Garantías procesales y derechos fundamentales del sistema procesal penal, frente a la práctica indiscriminada de la detención preventiva como medida cautelar en Colombia". Tesis de Maestría, Universidad Nueva Granada, 2019. <https://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/35912>.

Pontón, Jenny. "El populismo: ¿una amenaza a la democracia en América Latina? Un Diálogo con Kurt Weyland". *Iconos. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 55 (2016). <http://dx.doi.org/10.17141/iconos.54.2016.1975>.

Pratt, John y Michele Miao. "Populismo penal: El fin de la razón". *Nova Criminis. Visiones Criminológicas de la Justicia Penal* 9, n.º 13 (2017).

Quinche, Manuel. "El control de convencionalidad y el sistema colombiano". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 12 (2009).

Retamozo, Martín. "La teoría política del populismo: usos y controversias en América Latina en la perspectiva posfundacional". *Latinoamérica* 64, n.º 1 (2017). <https://doi.org/10.22201/cialc.24486914e.2017.64.56836>.

Reyes, María Del Mar. "El populismo punitivo en los delitos sexuales en Colombia". *Universitas Estudiantes*, n.º 19 (2019a).

Reyes, Yesid. "Populismo punitivo". *El Tiempo*. 14 de julio de 2019. <https://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/yolanda-reyes/populismo-punitivo-habitacion-propia-columna-de-yolanda-reyes-388312>.

Riveros Claudio. "El proceso populista: un aporte teórico al debate del fenómeno". *Izquierdas*, n.º 8 (2018). <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-50492018000100061>.

Roberts, Julian, Loretta Stalans, David Indermaur y Mike Hough. *Penal Populism and Public Opinion: Lessons from Five Countries*. New York: Oxford University Press, 2003.

Rodríguez, Gabriel y Elizabeth Cabalé. "Criminalización específica o especial de la violencia de género (el feminicidio). ¿Solución o problema?". *Revista Estudios del Desarrollo Social: Cuba y América Latina* 6, n.º 3 (2018).

Sáenz, Alexei. "La imprescriptibilidad de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en el Perú". *Vox Juris* 37, n.º 1 (2019). <https://doi.org/10.24265/voxxuris.2019.v37n1.09>.

Salmorán, María De Guadalupe. "Populismo: una ideología antidemocrática". *Teoría Política*, n.º 7 (2017).

Sanz, Nieves. "Alternativas a la prisión. Su viabilidad en las legislaciones centroamericanas, española y mexicana". México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, Talleres Impresos Chávez, 2004.

Sarmiento, Juan, Enith Bula y Carolina Mariño. "El populismo penal en Colombia. Propuesta para un debate inconcluso". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 51, n.º 155 (2019). <http://dx.doi.org/10.22201/ij.24484873e.2019.155.14956>.

Savarino, Franco. "Populismo. Perspectivas europeas y latinoamericanas". *Espiral, Estudios sobre Estado y sociedad* 13, n.º 37 (2006).

Schmitt, Carl. *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*. Berlin: Duncker & Humblot, 1926.

Sotomayor, Juan. "Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa". *Nuevo Foro Penal* 3, n.º 71 (2013).

Sotomayor, Juan y Fernando Tamayo. "Dignidad humana y derecho penal: una difícil convergencia. Aproximación al contenido constitucional de la norma rectora del artículo 1 del Código Penal colombiano". *Revista de Derecho*, n.º 48 (2017).

Squella, Agustín. "Idea de la democracia en Kelsen". *Estudios Políticos*, n.º 13 (1984).

Tamayo, Fernando. "La limitada capacidad del concepto de populismo punitivo como herramienta de interpretación del sistema penal colombiano". *Revista Criminalidad* 58, n.º 3 (2016).

Torres, Natalia. *Populismo punitivo en Colombia: una aproximación a la política legislativa de las recientes reformas de los delitos sexuales*. Medellín: Universidad EAFIT, 2010.

Trujillo, Juan. "Populismo punitivo y colapso carcelario: hacia una abolición gradual de la prisión cerrada en Colombia". *Revista Republicana*, n.º 25 (2018). <https://doi.org/10.21017/rev.repub.2018.v25.a53>.

Ulloa, César. "El populismo en la democracia". *Revista FORUM Revista Departamento de Ciencia Política*, n.º 4 (2013).  
Urbinati, Nadia. "Political theory of populism". *Annual Review of Political Science*, n.º 22 (2019a). <https://doi.org/10.1146/annurev-polisci-050317-070753>.

———. *Me the People. How populism transforms democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2019b.

Uribe, Juan. "¿Puede hablarse en Colombia de populismo punitivo?". *Nuevo Foro Penal*, n.º 78 (2012). <http://dx.doi.org/10.17230/nfp.8.78.3>.

Valdivieso, Joaquín. "El populismo según Ernesto Laclau". *Astrolabio. Revista internacional de filosofía*, n.º 18 (2016).

Varona, Daniel. "Medios de comunicación y punitivismo". *Revista InDret*, n.º 1 (2011).

Villavicencio, Felipe. "Límites a la función punitiva estatal". *Derecho y Sociedad*, n.º 21 (2003).

Weber, Max. *Economy and Society*. Berkeley: University of California Press, 2013.

Zaffaroni, Eugenio, Alejandro Alacia, y Alejandro Slokar. *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Editorial Ediar, 2002.

Zamora, Miguel. "Acerca del discurso populista punitivo". *Revista Digital Maestría en Ciencias Penales*, n.º 5 (2013).

Zúñiga, Laura. "Dogmática funcionalista y política criminal: una propuesta fundada en los derechos humanos". *Derecho PUCP*, n.º 81 (2018). <http://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.201802.002>.



## Resumen

■ La corrupción judicial es entendida como toda conducta que un abogado, funcionario o empleado judicial ejecuta, valiéndose de sus atribuciones, para influir o afectar la imparcialidad de un proceso judicial o las funciones que desempeña, con el fin de alcanzar un provecho ilegítimo para sí mismo o para otra persona. Adicionalmente, es generalmente aceptado que la corrupción judicial constituye una amenaza al Estado de derecho, la democracia y los Derechos Humanos. La Corte Suprema de Justicia de Colombia (CSJ) en diferentes sentencias ha juzgado variados casos de corrupción judicial, en los cuales jueces, fiscales y abogados participaron en la manipulación del reparto de procesos, recibieron dinero con el propósito de desviar investigaciones penales y emitieron decisiones judiciales favorables a intereses particulares, pero contrarias a la ley. El presente documento, a partir del examen de estas providencias de la Sala de Casación Penal y la Sala Especial de Instrucción del alto tribunal, pretende mostrar el *modus operandi* de las organizaciones o individuos que incurrieron dichas conductas y analizar las discusiones jurídicas que suscitó el juzgamiento de las mismas. Este análisis se circunscribe dentro del estudio de la política criminal sistémica, por cuanto la corrupción judicial es un fenómeno que va más allá de lo estrictamente jurídico, pues para su entendimiento es necesario tener en cuenta sus actores, contexto y formas de mitigación.

**Palabras clave:** Corrupción judicial; Corte Suprema de Justicia; Proceso penal; Jueces, fiscales y abogados.

## Abstract

Judicial corruption is understood as any conduct that a lawyer, judicial official or employee carries out, using their powers, to influence or affect the impartiality of a judicial process or the functions they perform, in order to achieve an illegitimate benefit for themselves or another person. Additionally, it is generally accepted that judicial corruption constitutes a threat to the rule of law, democracy and human rights. The Supreme Court of Justice of Colombia (SCJ) in different rulings has judged various cases of judicial corruption, in which judges, prosecutors and lawyers participated in the manipulation of the distribution of processes, received money with the purpose of diverting criminal investigations and issued judicial decisions favorable to private interests, but contrary to the law. This document, based on the examination of these provisions of the Criminal Cassation Chamber and the Special Investigation Chamber of the high court, aims to show the *modus operandi* of the organizations or individuals who incurred such conduct and analyze the legal discussions that arose from the judgment of the same. This analysis is part of the study of systemic criminal policy, since judicial corruption is a phenomenon that goes beyond the strictly legal, since in order to understand it, it is necessary to take into account its actors, context and forms of mitigation.

**Keywords:** Judicial corruption; Supreme Court of Justice; Criminal process; Judges, prosecutors and lawyers.

<sup>1</sup> Artículo de investigación desarrollado dentro del grupo de investigación "Red Internacional de Política Criminal Sistémica Extrema Ratio UNAL", reconocido y clasificado 2021 en A1 MINCIENCIAS de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia.

<sup>2</sup> Doctor en Derecho y ciencias de la educación, Profesor Titular e Investigador Senior de la Universidad Nacional de Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8012-2387>. Correo electrónico: [ohuertasd@unal.edu.co](mailto:ohuertasd@unal.edu.co).

# Corrupción judicial y política criminal sistémica. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia a propósito de dos casos emblemáticos: el cartel de la toga y el cartel de la hemofilia<sup>1</sup>

# 1. Introducción

La corrupción es un fenómeno que afecta en mayor o menor medida a casi todos los países del mundo, y, en consecuencia, no sólo los Estados, sino organizaciones internacionales buscan combatir este flagelo. Así, la Organización de las Naciones Unidas, mediante la Resolución 58/4 de la Asamblea General expidió el Convenio de las Naciones Unidas contra la corrupción en octubre de 2003<sup>3</sup>. Por su parte, Colombia ha suscrito diferentes convenciones que tienen el objetivo de combatir la corrupción, entre estas, la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción en 1997, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en 2005 y la Convención contra el Soborno Transnacional en el año 2012.

Instituciones internacionales como Transparencia internacional entienden la corrupción como "el abuso de un poder encomendado para el beneficio privado"<sup>4</sup>. Adicionalmente, es generalmente aceptado que la corrupción es un fenómeno multidimensional<sup>5</sup>, que afecta de forma diferente a las sociedades, menoscabando el desarrollo económico, profundizando la desigualdad e impidiendo la superación de conflictos.

Uno de los sectores en donde se ha investigado la corrupción es en la administración de justicia<sup>6</sup> y se ha reconocido que este fenómeno socava las bases de los sistemas judiciales a nivel mundial, impide que los ciudadanos tengan acceso a la justicia, afectan el derecho humano a un juicio imparcial y justo y menoscaba profundamente la confianza de la población en la judicatura<sup>7</sup>.

La corrupción judicial es definida como:

toda aquella conducta del abogado, funcionario o empleado judicial, actor del sistema judicial que usa el poder encomendado para obtener un beneficio ilegítimo para una parte y/o para sí mismo y que incluye toda influencia inapropiada sobre la independencia e imparcialidad del proceso judicial o el apego a su misión y los oficios que le son encomendados.<sup>8</sup>

Adicionalmente, se acepta que la corrupción judicial tiene múltiples formas y diferentes factores inciden en su aparición, como el diseño institucional, la cultura al interior de las instituciones, el contexto histórico y social en el que éstas existen, la ética de los servidores públicos, entre otros<sup>9</sup>.

Dentro de los principales actos de corrupción en los sistemas judiciales se encuentra el soborno (en el caso colombiano, este vocablo es más cercano al tipo penal de cohecho por dar u ofrecer), entendido como la realización de pagos indebidos a jueces y/o fiscales para la emisión de autos y sentencias favorables a los intereses de alguno de los sujetos involucrados en el proceso, la obtención de órdenes de libertad, medidas sustitutivas, la modificación de la tipificación de los

<sup>3</sup> Jorge Enrique Carvajal Martínez, Carlos Arturo Hernández Díaz, y Eduardo Rodríguez Martínez, "La corrupción y la corrupción judicial: aportes para el debate", *Revista Prolegómenos* 22, n.º 44 (2019): 67-82.

<sup>4</sup> Transparency International, "What is corruption?", *Transparency International*, accedido el 01 de octubre de 2024, <https://www.transparency.org/en/what-is-corruption>.

<sup>5</sup> Marta Elena Badel Rueda, *La corrupción judicial en Colombia. Una aproximación al mapa de riesgos* (Bogotá: USAID, Corporación Transparencia por Colombia y Corporación Excelencia en la Justicia, 2008).

<sup>6</sup> Fiscalía General de la Nación y Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Tipologías de CORRUPCIÓN en COLOMBIA. Fiscales Unidos por la Transparencia y la Integridad* (Bogotá: FGN y UNODC, 2018).

<sup>7</sup> Diego García-Sayán, "Corrupción, derechos humanos, independencia judicial", *Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito*, accedido el 01 de octubre de 2024, <https://www.unodc.org/dohadecaration/es/news/2018/04/corruption--human-rights--and-judicial-independence.html>.

<sup>8</sup> Marta Elena Badel Rueda, *La corrupción judicial en Colombia. Una aproximación al mapa de riesgos*, 14.

<sup>9</sup> Carolina Villadiego, y Juan S. Hernández, *Aproximación al análisis de la corrupción en la Rama Judicial colombiana* (Bogotá: Dejusticia, 2018).

delitos, el dictado de medidas cautelares, el manejo de las notificaciones en perjuicio o beneficio de alguna de las partes, la aceleración de los trámites o para recibir privilegios carcelarios, entre otras razones<sup>10</sup>.

En esta práctica intervienen abogados que ofrecen agasajos, regalos y dinero a los servidores judiciales, con la intención de que resuelvan los casos sometidos a su conocimiento, conforme a sus pretensiones. Asimismo, se ha identificado que algunos defensores se procuran ganancias adicionales exigiendo a sus clientes sumas de dinero que supuestamente serán compartidas con el juez o fiscal<sup>11</sup>.

Los protagonistas de estas actuaciones muchas veces son, además de los abogados, funcionarios auxiliares, personal administrativo de los órganos judiciales y algunos jueces que conforman verdaderas organizaciones encargadas de manipular los sistemas de reparto de procesos para direccionar los asuntos a los despachos de los funcionarios judiciales, quienes terminan resolviendo en contra de la ley, pero en favor de los intereses corruptos de los abogados y sus clientes.

También, algunas manifestaciones de corrupción en los juzgados y tribunales provienen de deficiencias estructurales de las instituciones o el funcionamiento del aparato jurisdiccional. En efecto, algunas veces el poder judicial se enfrenta a presiones o influencias externas provenientes de los poderes ejecutivo y legislativo que afectan a los funcionarios judiciales e introducen elementos adicionales a las pruebas y a lo estrictamente jurídico, al momento de su juzgamiento.

Estudios sobre el tema han señalado que las posibles causas de la corrupción judicial consisten en la influencia indebida por parte del poder ejecutivo y legislativo, la tolerancia social a la corrupción, el temor a represalias, los bajos salarios de jueces y personal de los juzgados, capacitación precaria y falta de recompensa por el comportamiento ético, confabulaciones de los jueces y monitoreo inadecuado de las actuaciones procesales y los procedimientos administrativos de los juzgados<sup>12</sup>.

El presente documento pretende hacer un análisis desde la política criminal sistémica a sentencias de casos emblemáticos sobre corrupción judicial que la Sala de Casación Penal y la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia han proferido, en las cuales se demostró que magistrados, jueces, fiscales y abogados participaron en la manipulación del reparto de procesos, profirieron decisiones contrarias a la ley y recibieron dinero, con el propósito de afectar investigaciones penales y obtener decisiones judiciales favorables pero contrarias a la Ley. A partir de la exposición de estos casos, se analizará la forma de ejecución de los actos corruptos y las discusiones jurídicas que suscitaron el juzgamiento de estos.

Dentro de las sentencias analizadas se encuentran, en primer lugar, la providencia condenatoria proferida en contra de un exmagistrado de la Sala de Casación Penal, quien participó en el entramado de corrupción judicial llamado "cartel de la toga", el cual consistía en que magistrados y exmagistrados de la Corte y abogados recibieron dinero de políticos, con el fin de favorecerlos en investigaciones y en procesos penales adelantados en su contra.

<sup>10</sup> Fundación para el Debido Proceso Legal, *CONTROLES Y DESCONTROLES DE LA CORRUPCIÓN JUDICIAL. Evaluación de la corrupción judicial y de los mecanismos para combatirla en Centroamérica y Panamá* (Washington: Fundación para el Debido Proceso Legal, 2007).

<sup>11</sup> Fundación para el Debido Proceso Legal, *CONTROLES Y DESCONTROLES DE LA CORRUPCIÓN JUDICIAL. Evaluación de la corrupción judicial y de los mecanismos para combatirla en Centroamérica y Panamá*.

<sup>12</sup> Transparency International, "LA CORRUPCIÓN JUDICIAL PROMUEVE LA IMPUNIDAD Y MENOSCABA EL ESTADO DE DERECHO. REVELA UN NUEVO INFORME DE TRANSPARENCY INTERNATIONAL", *Transparency International Secretariat*, 23 de mayo de 2007, <https://www.transparency.org/es/press/20070523-judicial-corruption-fuels-impunity-corrodes-rule-of-law-says-repor>.



El segundo caso hace referencia a la actuación de una organización criminal al interior de los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad de Bogotá que a través de la manipulación del sistema reparto logró que un expediente apareciera en el despacho de un juez, quien a cambio de dinero concedió ilegalmente un beneficio punitivo y la consecuente libertad de un recluso.

La tercera sentencia juzga la conducta de un fiscal que tenía a su cargo investigaciones penales que involucraban la apropiación de recursos públicos por parte de varias Entidades Promotoras de Salud (EPS), entidades que acreditaron falsos enfermos de hemofilia para obtener ilegalmente dineros del erario. En diversas ocasiones, el abogado de los procesados entregó agasajos y dinero al fiscal, con el fin de que no solicitara ante un juez su aprehensión, no se les imputara todos los delitos que habían cometido y no investigara a determinadas personas involucradas en el desfalco.

El cuarto caso versa sobre un ex-director de la Fiscalía Nacional Especializada contra la Corrupción, que utilizó la información que tenía sobre las investigaciones penales que estaban a su cargo por la apropiación ilegal de recursos en el departamento de Córdoba, con el fin de exigirle dinero a uno de los investigados, a cambio de detener las indagaciones en su contra.

## 2. El cartel de la toga. La condena contra el exmagistrado Gustavo Enrique Malo Fernández

### 2.1 Descripción fáctica de la sentencia

En la sentencia SEP 00082-2021 proferida por la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia el 12 de agosto de 2021 dentro del radicado 00094, se relató que el entonces Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia Gustavo Enrique Malo Fernández hizo parte de una organización criminal, compuesta entre otros, por el exmagistrado Francisco Javier Ricaurte Gómez y los abogados Luis Gustavo Moreno Rivera y Leonardo Pinilla Gómez, para ofrecer a congresistas que eran procesados en casos penales en su despacho, que a cambio de dinero lograrían proferir decisiones favorables a sus intereses, pero contrarias a la ley. Este escándalo de corrupción judicial fue conocido como "el cartel de la toga".

De esta forma, la organización contactó a los congresistas Musa Abraham Besaile Fayad y Álvaro Antonio Ashton Giraldo. Al primero le ofrecieron que, a cambio de dos mil millones de pesos se pospondría la apertura de investigación formal y su consecuente afectación a su libertad dentro del proceso 27700 seguido en su contra por vínculos con grupos paramilitares.

Al segundo, le propusieron que, si les entregaba mil doscientos millones de pesos, lograrían que se archivara la indagación preliminar 39768, dentro de la cual se investigaban sus vínculos con el Bloque Norte de las Autodefensas Unidas de Colombia. No obstante, como el expediente fue retirado del despacho de Malo Fernández, se le ofreció al congresista que, a cambio del dinero, se dilataría la decisión de apertura formal, con miras a que prescribiera la acción penal.

La investigación en contra de la organización inició porque las autoridades de Estados Unidos de América remitieron a la Fiscalía colombiana copia de unas conversaciones entre Leonardo Pinilla Gómez y el exgobernador de Córdoba, Alejandro Lyons Muskus, dentro de las cuales mencionaron actos de corrupción cometidos por abogados, magistrados y exmagistrados de la Corte Suprema de Justicia. Por estos hechos, la Sala Especial de Primera Instancia de esta Corporación condenó a Gustavo Enrique Malo Fernández como autor de los delitos de concierto para delinquir, cohecho propio y prevaricato por omisión.

### 2.2 Las actividades de la organización criminal dentro de la Corte Suprema de Justicia

En este caso se probó la concertación entre funcionarios públicos como Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, antiguos servidores públicos y abogados litigantes para abusar de sus funciones y aprovechar el acceso que tenían de los expedientes de procesos penales que se adelantaban en contra de congresistas, con el fin de ofrecerles que a cambio de dinero manipularían el trámite de estas investigaciones y lograrían que no avanzaran.

Vale la pena aclarar que, en razón a que la Sala de Casación Penal es un órgano colegiado, los miembros del grupo criminal únicamente podían ofrecer que las investigaciones en contra de los congresistas se ralentizaran, pues no tenían la capacidad de emitir una decisión absolutoria, porque para esto se requería la aprobación de los demás magistrados de la Sala.

Igualmente, se evidenció uno de los factores de riesgo para que surja la corrupción judicial, esto es, la intromisión de los poderes Estatales en las decisiones de la judicatura, puesto que, la Corte Suprema de Justicia es la encargada de juzgar a los congresistas del país, y esto facilitó a los miembros de la organización que se acercarán a ellos para hacerles las propuestas ilícitas, las cuales finalmente terminaron aceptando, y por esto, resultaron también investigados y condenados.

Por último, existió una sofisticada división del trabajo, mediante la cual el Magistrado Malo Fernández no interactuó con los investigados dentro de los procesos que estaban en su despacho, por cuanto, ésta era una labor de los abogados Moreno Rivera y Pinilla Gómez.

### 2.3 La prueba circunstancial para determinar la responsabilidad penal del acusado

La demostración de la responsabilidad penal de Gustavo Enrique Malo Fernández por los delitos de concierto para delinquir y prevaricato por omisión no tuvo mayor discusión, puesto que las pruebas allegadas al expediente señalaron que Malo Fernández perteneció a la organización criminal y en su condición de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia omitió adelantar sus funciones con la debida celeridad y eficiencia, porque dilató en lo posible las actuaciones para impedir la captura de los congresistas investigados o perseguir la prescripción de la acción penal.

Por otro lado, tanto el enjuiciado como su defensor, reclamaron que no había una prueba directa que indicara que Malo Fernández hubiera recibido dinero de parte de los congresistas investigados. Por consiguiente, la Sala Especial de Primera Instancia recurrió a la prueba circunstancial para acreditar su responsabilidad en el delito de cohecho propio, teniendo en cuenta que estos actos de corrupción son realizados secretamente, lo que hacía casi imposible conseguir una prueba directa.

En efecto, la condena por esta conducta punible se fundamentó primero, en la condición especial de Malo Fernández y sus relaciones que le facilitaron la realización del delito, pues en su despacho de Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se adelantaban las investigaciones penales en contra de los congresistas vinculados.

En segundo lugar, el procesado era amigo íntimo del exmagistrado Francisco Ricaurte Gómez, lo que facilitaba que la información sobre las investigaciones se transmitiera a Luis Gustavo Moreno, quien, a su vez, se la ofrecía a los congresistas y denotar así la influencia que tenía en la Corte y asegurar el éxito en su gestión de manipular las investigaciones.

En tercer lugar, Malo Fernández removió a José Reyes Rodríguez Casas del cargo de Magistrado Auxiliar de la Corte Suprema de Justicia, a pesar de que él había demostrado que



era un empleado probo, situación que no servía a los turbios beneficios pactados en favor de los congresistas. Finalmente, el titular del despacho designó en reemplazo de Rodríguez Casas a varios Magistrados Auxiliares por corto tiempo y esta situación de permanente rotación impidió que los nuevos funcionarios asumieran con la seriedad y concentración requeridas la investigación en contra de los congresistas procesados.

Por todo lo anterior, el alto tribunal concluyó que, si bien no existió prueba directa de la recepción del dinero por parte del magistrado, el extenso material probatorio, las declaraciones de varios de los involucrados y los hechos del caso permitieron deducir su responsabilidad penal por el delito de cohecho propio.

### **3. La corrupción judicial en la ejecución de las condenas. El caso del juez José Henry Torres Mariño**

#### **3.1 Descripción fáctica de la sentencia**

En la providencia SP030-2023 del 8 de febrero de 2023 dentro del radicado 58252, la Sala de Casación Penal confirmó la condena de 60 meses de prisión proferida en contra del entonces Juez 12 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, José Henry Torres Mariño, por parte del Tribunal Superior de Bogotá, tras encontrarlo penalmente responsable como cómplice de los delitos de acceso abusivo a un sistema informático y daño informático agravados y autor del delito de prevaricato por acción.

El juez fue condenado porque en el mes de octubre de 2015 el expediente de Germán Orlando Espinosa Flórez, sentenciado por el delito de narcotráfico en Villavicencio, llegó misteriosamente a su despacho y el sistema informático de los juzgados fue manipulado para que apareciera una anotación irregular que asignaba este asunto al Juzgado 12 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá. Ante esta situación, Torres Mariño en lugar de devolver el proceso al centro de servicios judiciales porque no había llegado de forma regular a su despacho, ordenó que le fuera repartido definitivamente a su oficina y posteriormente el 20 de octubre de 2015 concedió la prisión domiciliaria al sentenciado por ser padre cabeza de familia, a pesar de que no reunía los requisitos para ello.

Por estos hechos, la Sala de Casación Penal determinó, en primer lugar, que efectivamente estaba probada la materialidad de los delitos de acceso abusivo a un sistema informático y daño informático agravados, por cuanto se demostró que la ejecución de la condena de 192 meses de prisión por el delito de tráfico de estupefacientes en contra de Espinosa Flórez estaba asignada a un juzgado de Villavicencio, pero el sistema de información de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Bogotá fue manipulado para que pareciera que el expediente de Espinosa Flórez había sido repartido correctamente al despacho del juez Mariño Torres.

Adicionalmente, una vez se había ejecutado la manipulación del sistema informático, consistente en introducir una anotación que indicaba que el asunto había sido asignado al Juzgado 12 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, la carpeta física del expediente "apareció misteriosamente" en el despacho del juez Mariño Torres en octubre de 2015, sin que sus empleados dieran razón de cómo había llegado allí, pues no estaba relacionado en las actas de reparto que eran firmadas por ellos.

El funcionario judicial, en lugar de devolver la carpeta al centro de servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, dado que el expediente había llegado irregularmente a su despacho, ordenó mediante un auto del 20 de octubre de 2015 que el asunto fuera asignado a su despacho.

Una vez cumplida la orden de Mariño Torres, el 22 de octubre de 2015 avocó el conocimiento del asunto y el 4 de diciembre de 2015 concedió a Germán Orlando Espinosa Flórez los beneficios de prisión domiciliaria por ser padre cabeza de familia y permiso para trabajar, los cuales habían sido pedidos por su abogado defensor.

Ante la extraña situación que había ocurrido con el reparto del expediente, la jueza coordinadora del centro de servicios judiciales denunció los hechos. Posteriormente, las labores de investigación demostraron que, originalmente la vigilancia de la condena emitida en contra de Espinosa Flórez había sido asignada por reparto al Juzgado 1º de Descongestión de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Villavicencio, autoridad que el 3 de junio de 2015 expidió una orden de captura en contra del sentenciado, y, en consecuencia, no había razón para que el expediente fuera trasladado a los juzgados de Bogotá.

Luego de examinar el sistema informático de los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad de Bogotá se dictaminó que, efectivamente, el sistema había sido manipulado por un usuario externo al mismo, el cual introdujo una anotación irregular de un supuesto reparto del expediente de Espinosa Flórez al Juzgado 12, por cuanto el asunto nunca pasó por el reparto del centro de servicios judiciales.

Adicionalmente, Espinosa Flórez suscribió un preacuerdo con la Fiscalía y reconoció en juicio que no era padre cabeza de familia y pagó a dos funcionarias del Instituto de Bienestar Familiar para que certificaran falsamente que él estaba a cargo de sus dos hijos menores de edad, pues la madre de los niños estaba en capacidad de ocuparse del cuidado de ellos y, en consecuencia, no tenía derecho a que se le concediera el beneficio de prisión domiciliaria.

El sentenciado también declaró que le entregó a su abogado defensor, Germán Cifuentes Rodríguez, 250 millones de pesos para que le fuera otorgada ilegalmente la prisión domiciliaria, pues sabía que no era padre cabeza de familia. Además, aseguró que parte de ese dinero estuvo dirigido al juez de ejecución de penas que conocería su caso y le concedería el beneficio. También manifestó que, parte del plan consistió en que debía viajar a Bogotá para ser internado en una prisión de esa ciudad, para que el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad al que su abogado le entregaría el dinero pudiera asumir el conocimiento de su caso. Por lo tanto, viajó a esta ciudad y allí fue ingresado con una orden de captura falsa por quien se identificó como director de la cárcel la Picota. Una vez cumplidos estos movimientos, Espinosa Flórez obtuvo su libertad.

Con base en lo anterior, la Sala de Casación Penal concluyó que, si bien dentro del proceso no se demostró quién o quiénes habían accedido ilegalmente al sistema informático del centro de servicios judiciales, el juez Torres Mariño, al haber ordenado que se asignara definitivamente el expediente de Espinosa Flórez a su despacho, a través del auto del 20 de octubre de 2015, le dio una apariencia de legalidad a la vulneración del sistema. Por tal razón, el funcionario judicial con su actuación, se convirtió en cómplice de los delitos de acceso abusivo a un sistema informático y daño informático agravado.

En segundo lugar, el alto tribunal declaró que el Juez 12 de Ejecución de Penas y Medidas de Bogotá también era autor de la conducta punible de prevaricato por acción, en virtud a que el 4 de diciembre de 2015 concedió a Germán Orlando Espinosa Flórez la prisión domiciliaria por ser padre cabeza de familia y permiso para trabajar, a pesar de que conocía de la irregularidad del reparto del expediente a su despacho, no ejerció sus poderes judiciales para corroborar si efectivamente el condenado era la única persona que tenía bajo su cuidado a su hijos menores de edad y omitió que Espinosa Flórez había sido condenado a más de 15 años de prisión por la posesión de 329 kilogramos de cocaína, lo que daba lugar a negar la concesión del beneficio de la prisión domiciliaria por la gravedad de la conducta, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal.

### 3.2 La manipulación del reparto y la actuación del juez para cumplir el diseño criminal

De lo narrado en la sentencia y del contenido de las pruebas que sustentaron la confirmación de la condena se puede extraer que la concesión ilegal de la prisión domiciliaria a Espinosa Flórez fue una labor coordinada entre varias personas, entre ellas, el juez procesado José Henry Mariño Torres, las personas que manipularon el sistema informático del centro de servicios judiciales, el abogado del sentenciado y el director de la cárcel la Picota.

Adicionalmente, la labor de los participantes en la empresa criminal estuvo dirigida a darle una apariencia de legalidad a la manipulación del sistema informático y al otorgamiento del beneficio de prisión domiciliaria al sentenciado, a través de variados y sofisticados engaños encadenados entre sí, con el fin de no ser descubiertos e investigados penalmente. Así, con el fin de justificar la existencia del expediente de Espinosa Flórez en los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad en Bogotá y no en Villavicencio, el condenado ingresó a la cárcel la Picota en Bogotá con la anuencia del director de la prisión y con una orden de captura falsa.

Igualmente, la introducción de anotaciones en el sistema informático fue realizada por empleados o ex empleados del centro de servicios judiciales, quienes conocían el sistema de reparto de procesos y el tipo de datos que debían ser implantados en el sistema, para dar la apariencia de que el expediente de Espinosa Flórez había llegado de forma regular a los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad de Bogotá y que este había sido repartido aleatoriamente al despacho de Torres Mariño.

La concesión del beneficio de la prisión domiciliaria por ser padre cabeza de familia por parte del juez Torres Mariño también estuvo precedida de engaños que presentaban la imagen de la legalidad de la decisión. En efecto, el abogado de Espinosa Flórez presentó la solicitud de la prisión domiciliaria fundamentada en un dictamen de dos funcionarias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), el cual certificaba que el condenado estaba a cargo del cuidado de sus dos hijos menores de edad. Posteriormente, se demostró que estas dos empleadas del ICBF habían recibido dinero a cambio de emitir el dictamen, pues el sentenciado no era padre cabeza de familia.

Por último, quedó demostrado que la motivación de todas las personas que participaron en este acto de corrupción fue la obtención de dinero, por cuanto, tal como fue declarado por Espinosa Flórez en la audiencia de juicio oral, él le pagó a su abogado defensor doscientos cincuenta millones de pesos a cambio de que le fuera concedida la prisión domiciliaria, a sabiendas que él no cumplía los requisitos para obtener este beneficio. Se entiende que este dinero iba dirigido a todos los involucrados en la empresa criminal, incluido el juez Torres Mariño.

### 3.3 La participación e indicios como soporte fundante de la condena del juez por los delitos de acceso abusivo a un sistema informático y daño informático

En la providencia analizada, la Sala de Casación Penal para fundamentar la responsabilidad penal del juez Torres Mariño como cómplice de los delitos de acceso abusivo a un sistema informático y daño informático introdujo interesantes consideraciones teóricas sobre la complicidad y acudió a la elaboración de indicios, dada la apariencia de legalidad que la organización criminal intentó otorgarle al acto corrupto.

En primer lugar, el alto tribunal recordó que conforme al artículo 30 del Código Penal la complicidad es "una forma de participación en la conducta punible, caracterizada por la

contribución dolosa prestada a su autor en la fase ejecutiva, mediante actos precedentes, simultáneos o posteriores a ella, siempre que medie una promesa anterior determinada por un concierto previo o concomitante"<sup>13</sup>.

Igualmente, como esta es una figura accesoria a la autoría "el cómplice carece del dominio funcional de los hechos, limitando su intervención a facilitar la conducta del autor en la realización de su comportamiento, de manera que se circunscribe a favorecer un hecho ajeno"<sup>14</sup>.

Siguiendo a la doctrina en la materia<sup>15</sup>, la Sala de Casación Penal estableció que los medios de la complicidad para favorecer el hecho doloso ajeno son ilimitados y el delito para el que se le presta la ayuda debe ser consumado, o al menos haber alcanzado el estadio de una tentativa punible.

Se dictaminó que los delitos de acceso abusivo a un sistema informático y daño informático efectivamente fueron consumados con la manipulación del sistema de información del centro de servicios judiciales de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá. Además, de las pruebas allegadas al plenario se infirió que el juez sabía de la existencia del plan para manipular el sistema informático y de su necesaria intervención para formalizar el reparto amañado y, así, asumir el trámite de la actuación. Pues no se puede explicar de otra manera, el inusitado interés y su actuar para que, "a toda costa, obviando el hecho de que el expediente no había sido repartido correctamente a su juzgado y que no existían soportes jurídicos para que asumiera la competencia del caso, ordenara a los empleados del centro de servicios que completaran la información faltante en el sistema y asignaran el proceso a su despacho"<sup>16</sup>. Por esta razón, la Corte concluyó que el juez Torres Mariño fue cómplice de la comisión de delitos de acceso abusivo a un sistema informático y daño informático.

En segundo lugar, para fundamentar la responsabilidad penal de Torres Mariño la Sala de Casación Penal también acudió a los indicios que señalaban su participación en los actos de corrupción que terminaron con la manipulación del reparto y su decisión de conceder inmerecidamente la prisión domiciliaria a Germán Orlando Espinosa Flórez como padre cabeza de familia.

El alto tribunal reiteró su jurisprudencia sobre los indicios y su construcción de la siguiente manera:

(...) el indicio es todo hecho o circunstancia conocida, del cual se infiere, por sí sólo o conjuntamente con otros, la existencia de otro hecho desconocido, mediante una operación lógica y/o de raciocinio. Entonces, para construir un indicio, debe existir un hecho indicador, una regla de la experiencia que le otorga fuerza probatoria al indicio y un hecho indicado o conclusión.<sup>17</sup>

Posteriormente, en el caso concreto elaboró los siguientes indicios:

i. la regla de la experiencia indica que, cuando un proceso no es sometido al reparto aleatorio estando obligado a ello, esto obedece a algún motivo habitualmente delictivo para que un funcionario judicial determinado conozca el asunto. En este caso, el expediente de Germán Orlando Espinosa Flórez no fue repartido correctamente en el centro de servicios judiciales,

<sup>13</sup> Colombia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, *Sentencia SP2129-2022*, 25 de mayo de 2022, Radicación n.º 54153.

<sup>14</sup> Colombia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, *Sentencia SP6411-2016*, 18 de mayo de 2016, Radicación n.º 41758.

<sup>15</sup> Hans-Heinrich Jescheck, y Thomas Weigend, *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (Granada: Comares, 2014).

<sup>16</sup> Colombia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, *Sentencia (a) SP030-2023*, 8 de febrero de 2023, Radicación n.º 58252.

<sup>17</sup> Colombia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, *Sentencia (b) SP233-2023*, 21 de junio de 2023, Radicación n.º 58044.



porque era necesario que el asunto fuera conocido por el juez Torres Mariño, acorde con el plan criminal tramado por el abogado Germán Cifuentes Rodríguez.

ii. Si un servidor público se empeña en obtener la asignación de un asunto que legalmente no debía conocer, generalmente, es porque tiene algún interés ilícito en asumir el conocimiento del caso. En el *sub judice*, el juez obviando que el expediente no había sido repartido aleatoriamente a su despacho, se empeñó en que el caso llegara a sus manos, con lo cual demostró que tenía un interés ilícito en su conocimiento.

iii. Cuando un funcionario público es advertido de la ilegalidad de alguna actuación que le incumbe, y a pesar de ello no la denuncia y con su actuar intenta ocultarla, la regla de la experiencia dicta que posiblemente él quería su realización y tenía alguna participación en su comisión. En este caso, Torres Mariño sabía que el expediente de Espinosa Flórez había sido repartido irregularmente a su despacho. Sin embargo, no denunció esta situación y en su lugar, mediante la decisión del 20 de octubre de 2015 ordenó que se completara la información faltante en el sistema y se cargara el proceso a su juzgado, con lo cual ocultó la manipulación que había sufrido el sistema a través de delitos informáticos, revelando que él quería la realización de estas conductas punibles y contribuyó a su realización.

Con base en las pruebas allegadas al expediente y los indicios anteriormente descritos, la Sala de Casación Penal concluyó, más allá de toda duda razonable, que el juez Torres Mariño actuó como cómplice de las conductas punibles de acceso abusivo a un sistema informático y daño informático agravados, pues colaboró dolosamente dentro del plan criminal urdido por el abogado German Cifuentes Rodríguez, para ocultar la manipulación que había sufrido el sistema del centro de servicios judiciales, con el fin de asignar ilícitamente a su despacho el expediente del condenado German Orlando Espinosa Flórez.

## 4. El cartel de la hemofilia. Los ofrecimientos de un abogado defensor al fiscal del caso. La condena en contra del fiscal anticorrupción Daniel Fernando Díaz Torres

### 4.1 Descripción fáctica de la sentencia

En la providencia SP233-2023 del 21 de junio de 2023 dentro del radicado 58044, la Sala de Casación Penal modificó parcialmente la condena proferida por el Tribunal de Bogotá en contra del antiguo Fiscal 78 Delegado ante los Jueces Penales de Circuito adscrito a la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada contra la Corrupción, Daniel Fernando Díaz Torres, por el delito de cohecho propio.

Se estableció que Díaz Torres en su condición de fiscal desde diciembre del año 2016 tenía a su cargo investigaciones penales que involucraban la apropiación de recursos públicos por parte de varias Entidades Promotoras de Salud EPS en el departamento de Córdoba, estas entidades acreditaron falsos enfermos de hemofilia para obtener ilegalmente dineros del erario dentro del escándalo conocido como "el cartel de la hemofilia".

En estas investigaciones se indagaba por la posible responsabilidad penal de Guillermo Pérez Ardila, representante legal de la EPS Unidos por su Bienestar. Esta entidad presuntamente recibió millonarios recursos provenientes del pago por la atención de falsos pacientes enfermos de hemofilia.

El fiscal Díaz Torres recibió ofrecimientos y obsequios de parte de Leonardo Luis Pinilla Gómez, apoderado de Guillermo José Pérez Ardila. Estas dádivas consistieron en dinero en efectivo, el pago del alojamiento en un hotel y una cena durante una comisión de servicios en la ciudad

de Montería y gestiones para vincular laboralmente a su novia Neida Alexandra Plazas Arenas a FONADE. Con estos ofrecimientos y regalos, el abogado Pinilla Gómez buscaba la concesión de beneficios a Pérez Ardila dentro de las investigaciones y la minimización de las indagaciones judiciales por el "cartel de la hemofilia" adelantadas contra el secretario de Salud de la Gobernación, José Jaime Pareja Alemán, y, por contera, contra el gobernador del departamento.

Este proceso que se adelantó en contra de Daniel Fernando Díaz Torres y que terminó con la sentencia analizada, inició como consecuencia de unas grabaciones de las autoridades de Estados Unidos, en las cuales Leonardo Luis Pinilla Gómez le comentó a el exgobernador del departamento de Córdoba, Alejandro José Lyons Muskus, que le había entregado dinero al fiscal Díaz Torres para manipular las investigaciones adelantadas por el "cártel de la hemofilia".

A pesar de que el procesado, Daniel Fernando Díaz Torres, negó durante el juicio que hubiese recibido cualquier tipo de dinero u obsequios de parte de Leonardo Luis Pinilla Gómez, las pruebas en su contra fueron contundentes y, por eso, su responsabilidad en el delito de cohecho propio fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia.

El abogado Leonardo Luis Pinilla Gómez suscribió un acuerdo con la Fiscalía colombiana, mediante el cual, a cambio de rebajas punitivas se comprometió a declarar en juicios penales en contra de los involucrados en los entramados de corrupción conocidos como "el cartel de la toga" y "el cartel de la hemofilia". Así, en la audiencia de juicio, Pinilla Gómez declaró que efectivamente pagó el hospedaje del fiscal y dos de sus funcionarias en un hotel en Montería, adelantó acciones para ubicar laboralmente a la entonces pareja sentimental del procesado, Neida Alexandra Plazas Arenas, en FONADE, y le ofreció 200 millones de pesos, de los cuales, le entregó 50 millones, en dos pagos: el primero por 25 millones en el aeropuerto el Dorado de Bogotá y el segundo a través de Plazas Arenas el cine del centro comercial Multiplaza de Bogotá.

Lo dicho por este testigo fue corroborado por múltiples pruebas que fueron llevadas al juicio oral, entre estos, los recibos de pago del hotel, la declaración del dueño del restaurante de Montería, tiquetes de avión a nombre del fiscal, una grabación de una conversación entre el procesado y el abogado, unas entradas a cine y el testimonio del conductor del litigante.

### 4.2 Los obsequios y agasajos del abogado defensor para que el fiscal favoreciera al investigado

En este caso, se evidencia claramente una de las maniobras a través de las cuales se traduce la corrupción judicial, esto es, el soborno (en el caso colombiano el cohecho), pues el abogado, Leonardo Luis Pinilla Gómez, a través de pagos indebido al fiscal Daniel Fernando Díaz Torres buscó obtener beneficios para su defendido y que las investigaciones por hechos de corrupción administrativa en el departamento de Córdoba no avanzaran.

También se estableció que Pinilla Gómez tan pronto fue informado que al fiscal Díaz Torres le fueron asignadas las investigaciones penales que se adelantaban en contra de su defendido, contactó al funcionario y aprovechó los espacios que compartía con él, dado que debían acudir a audiencias dentro del proceso y tenían contacto permanente para negociar los términos de la entrega del investigado. Adicionalmente, los obsequios que el abogado le entregó al fiscal fueron de variada naturaleza, por cuanto, no sólo le entregó dinero en efectivo, sino también el pago de una noche de hotel, una cena y la realización de labores para que la compañera sentimental del procesado fuera contratada en una entidad pública.

Por último, el fiscal estaba dotado de amplia autonomía en la toma de decisiones y tanto los regalos que el abogado le entregó como la forma en la que él estaba adelantando las investigaciones por el cartel de la hemofilia permanecieron desapercibidas y no llamaron la atención de otras autoridades ni de sus pares dentro de la Fiscalía, puesto que, estos actos de corrupción fueron investigados únicamente cuando las autoridades estadounidenses alertaron a



sus homólogas colombianas sobre estos hechos de corrupción.

### 4,3 La tensión entre el debido proceso, la unidad de acción y la consumación del delito de cohecho propio

Este caso suscitó dos discusiones jurídicas bastante interesantes dentro de la parte general y la parte especial del derecho penal colombiano. La primera se refiere al principio de congruencia entre las audiencias de formulación de imputación y acusación y la segunda, trata del momento en el cual se entiende consumado el delito de cohecho propio.

En primer lugar, frente a los reclamos de la defensa sobre una supuesta vulneración del principio de congruencia porque no todos los ofrecimientos de Leonardo Luis Pinilla Gómez hacia el fiscal Daniel Fernando Díaz Torres por los que fue acusado y condenado en primera instancia le fueron atribuidos en la audiencia de formulación de imputación. Por este motivo, alegó que se vulneraron los derechos a la defensa y al debido proceso al ex-Fiscal.

Para resolver esta alegación de la defensa, la Sala de Casación Penal emprendió un análisis teórico del principio de congruencia y la modificación de los hechos jurídicamente relevantes en la audiencia de formulación de acusación dentro del proceso penal acusatorio. El alto tribunal recordó que conforme a su jurisprudencia<sup>18</sup> el escrito de acusación y su exposición en audiencia deben tener coherencia con los cargos expuestos en la audiencia de formulación de imputación. No obstante, en virtud de la necesaria progresividad de la investigación penal y la recolección de nuevos elementos de prueba durante el proceso penal, para la Corte Constitucional (2010) en la acusación es posible incluir *nuevos detalles* y cambios razonables, conforme a lo establecido en los artículos 339 y 351 de la Ley 906 de 2004.

Conforme a lo anterior, hay aspectos de los hechos comunicados en la audiencia de formulación de imputación que pueden ser modificadas en la acusación: i) circunstancias de tiempo, modo y lugar que no inciden en el cambio de calificación jurídica; ii) cambios favorables al implicado; y iii) ciertas modificaciones desfavorables al procesado<sup>19</sup>.

En el primer supuesto, se encuentra que es frecuente que en la audiencia de acusación se hagan precisiones acerca de las condiciones de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos, sin que estos cambios impliquen que el acontecer fáctico se transforme en un tipo penal más grave, la inclusión de circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad, etc.<sup>20</sup>

En el segundo supuesto, de cambios favorables al procesado se encuentran, por ejemplo: la eliminación de circunstancias genéricas o específicas de agravación, la eliminación de aspectos fácticos que derivan en la variación de la conducta en un tipo penal menos grave. Estas modificaciones, además de favorecer al procesado, no deben sorprender a la defensa, pues deben conservar el núcleo fáctico<sup>21</sup>.

En el tercer supuesto de cambios desfavorables al procesado son aquellos que pueden adecuarse a circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad que rodearon la ejecución del punible, sin que modifiquen su esencia. También ocurre que, inicialmente se había imputado un delito tentado, pero durante el proceso el punible se consuma, por ejemplo, si la

víctima que había sufrido lesiones, muere como consecuencia de ellas<sup>22</sup>.

Por el contrario, para la Sala existe una violación al debido proceso y al derecho a la defensa, cuando se incorporan cambios a los hechos jurídicamente relevantes en la audiencia de formulación de acusación que conllevan a la aplicación de una nueva conducta punible, un tipo penal más grave, o incluso, si se trata de un delito menor, se modifique el núcleo fáctico de la imputación, pues acá no se trataría de simples "detalles"<sup>23</sup>. En palabras de la propia Corte existe vulneración a los derechos del procesado cuando:

- i) Se condena por hechos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, o por delitos no atribuidos en la acusación, ii) Se condena por un delito no mencionado fácticamente en el acto de formulación de imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación, iii) se condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de la acusación, pero se deduce, además, una circunstancia genérica o específica de mayor punibilidad, y iv) se suprime una circunstancia, genérica o específica de menor punibilidad reconocida en la audiencia de formulación de la acusación.<sup>24</sup>

Finalmente, no se vulnera el principio de congruencia cuando varios hechos atribuidos en la acusación son tenidos en cuenta como una unidad (por subsunción o delito unitario) y no sean calificados como varios delitos independientes en la sentencia condenatoria<sup>25</sup>.

Ahora bien, al revisar el contenido de las audiencias de formulación de imputación y de acusación se determinó que, efectivamente los obsequios del pago de una noche de hotel y de una cena en Montería en favor de Díaz Torres y dos funcionarias de su equipo de trabajo no fueron imputados y en cambio le fueron atribuidos en la audiencia de acusación y en la sentencia de primera instancia. Por consiguiente, como estos cambios pueden ser considerados desfavorables al implicado, pues por sí mismos, podrían constituir delitos independientes o modificar la gravedad del delito, la Corte optó por mantener la condena en contra del fiscal por el delito de cohecho propio, pero le redujo la sanción que le había sido impuesta por el Tribunal de Bogotá de 95 meses de prisión a 90.

En segundo lugar, la Sala analizó la estructura del tipo penal del delito de cohecho propio en los siguientes términos: "En la tipicidad objetiva se encuentra que:

- i) el sujeto activo es calificado y corresponde a un servidor público; ii) el sujeto pasivo es el Estado como titular del bien jurídico de la administración pública, no obstante, también puede resultar perjudicada una persona natural; iii) el objeto jurídico se relaciona con la necesidad de impedir que la administración pública y sus cargos sean el origen de enriquecimientos indebidos y usados como instrumentos de injusticia; iv) el objeto material está integrado por el acto vendido, cuya realización dependerá del pago o el cumplimiento de lo ofrecido; v) la acción consiste en recibir para sí o para otro, dinero o utilidad diversa a éste o aceptar promesa remuneratoria, directamente o por medio de un tercero; vi) con el fin de retardar un acto propio del cargo, omitirlo, o ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales; y vii) el agente debe tener la facultad para decidir lo pedido o tener la posibilidad de hacerlo.<sup>26</sup>

La defensa alegó que no se demostró en el proceso que el fiscal Díaz Torres desvió la investigación, manipuló las pruebas o favoreció a los implicados en las indagaciones que estaban a su cargo por el cártel de la hemofilia y, en consecuencia, no cometió el delito de cohecho propio. Para responder a este reclamo, la Sala recordó su jurisprudencia sobre el momento en el cual se consuma esta conducta punible.

Así, la acción típica del punible de cohecho propio está constituida por dos verbos rectores

<sup>18</sup> Colombia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, *Auto (b) AP3253-2021* 4 de agosto de 2021, Radicación n.º 59652.

<sup>19</sup> Colombia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, *Sentencia (b) SP2042-2019*, 5 de junio de 2019, Radicación n.º 51007.

<sup>20</sup> Colombia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, *Sentencia (b) SP2042-2019*.

<sup>21</sup> Colombia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, *Sentencia (b) SP2042-2019*.

<sup>22</sup> Colombia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, *Sentencia (b) SP2042-2019*.

<sup>23</sup> Colombia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, *Sentencia (b) SP2042-2019*.

<sup>24</sup> Colombia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, *Sentencia SP2129-2022*.

<sup>25</sup> Colombia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, *Sentencia del 15 de diciembre de 2000*, Radicación n.º 15735; y, *Auto AP772-2018*, 28 de febrero de 2018, Radicación n.º 51508.

<sup>26</sup> Colombia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, *Sentencia SP2129-2022*.

alternativos, consistentes en recibir dinero o utilidad o aceptar una promesa remuneratoria<sup>27</sup>. Igualmente, la recepción o aceptación del obsequio o la promesa puede hacerse en persona o a través de otro<sup>28</sup>.

Además, es intrascendente la cuantía y la calidad de la recompensa por lo prometido a realizar y la conducta se consuma cuando el funcionario público acepta la promesa remuneratoria<sup>29</sup> y, por tanto, no requiere que reciba efectivamente el dinero o el obsequio<sup>30</sup>, siendo necesario únicamente el acuerdo ilícito. Por último, tampoco se requiere que se materialice el retardo, la omisión o la ejecución del acto ilegal<sup>31</sup>. Esto, porque el tipo penal de cohecho propio busca proteger la transparencia y rectitud de los funcionarios de la administración pública para que las entidades del Estado mantengan una imagen de impecabilidad e imparcialidad en un Estado social de derecho<sup>32</sup>.

Conforme a lo anterior, la Sala de Casación Penal determinó que, si bien no se demostró que, el procesado desvió las investigaciones o favoreció a los involucrados en el cártel de la hemofilia, él cometió el delito de cohecho propio únicamente con la aceptación de las recompensas que el abogado Pinilla Gómez le ofreció.

## 5. El abuso de la función pública por parte del director de la unidad anticorrupción de la Fiscalía en el cartel de la hemofilia. El caso de Luis Gustavo Moreno Rivera

### 5.1 Descripción fáctica de la sentencia

En la Sentencia SP621-2018 del 7 de marzo de 2018, dentro del radicado 51482 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se narra que, entre el 6 de octubre de 2016 y el 28 de junio de 2017, Luis Gustavo Moreno Rivera se desempeñó como Director de la Fiscalía Nacional Especializada contra la Corrupción y bajo su mando se encontraban fiscales que tenían a su cargo investigaciones por la posible comisión de delitos contra la administración pública en el departamento de Córdoba, relativos al pago de dinero por falsos enfermos de hemofilia e irregularidades en la contratación con recursos provenientes de las regalías.

Dentro de la Fiscalía se adelantaban varias investigaciones en contra de Alejandro Lyons Muskus, quien fue exgobernador de Córdoba y estaba vinculado con los hechos mencionados y Moreno Rivera aprovechando su cargo coordinó y solicitó información de las citadas investigaciones y participó en comités en los cuales se reportaban los avances y proyecciones de los expedientes.

Con la información que obtuvo, en noviembre de 2016 el director de las fiscalías anticorrupción, a través de Leonardo Luis Pinilla Gómez, le comunicó a Alejandro Lyons Muskus que a cambio de dinero le ayudaría a obstruir las investigaciones en su contra.

En febrero y marzo de 2017, Moreno Rivera nuevamente por intermedio de Pinilla Gómez le informó que tenía a su disposición copia de declaraciones confidenciales de testigos en su contra

27 Colombia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, *Sentencia (a) SP030-2023*.

28 Colombia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, *Sentencia SP2138-2020*, 1 de julio de 2020, Radicación n.º 51482.

29 Colombia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, *Sentencia SP2138-2020*.

30 Colombia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, *Sentencia SP2129-2022*.

31 Colombia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, *Sentencia SP2138-2020*.

32 Colombia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, *Sentencia SP2138-2020*.

y se la entregaría a cambio de 100 millones de pesos. El 26 de abril siguiente Pinilla Gómez viajó a Estados Unidos y le dijo a Lyons Muskus que su captura era inminente, pero el fiscal se encargaría de desacreditar los testimonios en contra suya. Finalmente, en junio del mismo año, Moreno Rivera filtró información reservada a los medios de comunicación sobre investigaciones de corrupción en Córdoba, con el propósito de presionar a Lyons Muskus para que pagara el dinero exigido.

La investigación en contra de Luis Gustavo Moreno Rivera se inició en mayo de 2017 dentro de la Fiscalía General de la Nación por un mensaje anónimo y en la audiencia de formulación de imputación celebrada ante un Magistrado con Función de Control de Garantías aceptó los cargos que le fueron formulados por los delitos de concusión y utilización indebida de información privilegiada.

En virtud de la aceptación de cargos de Moreno Rivera en esta providencia la Sala de Casación Penal lo condenó a la pena de 58 meses y 15 días de prisión. Esta decisión fue confirmada por la misma Corporación en sentencia SP2138-2020 del 1 de julio de 2020, al estudiar un recurso de impugnación especial presentado por la defensa del condenado.

### 5.2 El chantaje del director de la Unidad Anticorrupción de la Fiscalía a los investigados en el cartel de la hemofilia para obtener dinero de ellos

La corrupción judicial se materializó a través del abuso de poder del Director de la Fiscalía Nacional contra la Corrupción, quien, aprovechando su cargo y la posición jerárquica que ocupaba, obtuvo información reservada de las investigaciones que adelantaban sus fiscales subalternos por hechos de corrupción administrativa en el departamento de Córdoba.

Moreno Rivera luego de que obtuvo esta información, a través de abogados particulares, contactó a Alejandro Lyons Muskus, quien era uno de los investigados en los escándalos de corrupción en Córdoba relativos a los falsos pacientes de hemofilia y al desvío de recursos de regalías, puesto que él era gobernador del departamento cuando ocurrieron los hechos. Por medio de sus emisarios, el fiscal le exigió grandes sumas de dinero al investigado para frenar las indagaciones que sus subalternos en su contra, pero Lyons Muskus se negó a acceder a las exigencias dinerarias. Por esta razón, Moreno Rivera realizó varias acciones para presionar al exgobernador, entre las que se encontraron, amenazarlo con una orden de captura y filtrar información a los medios de comunicación.

### 5.3 Concusión y utilización indebida de información privilegiada en este escenario delictivo

El delito de concusión está consagrado en el artículo 404 del Código Penal y está compuesto por cuatro elementos: i) un sujeto activo calificado; ii) el abuso del cargo o de sus atribuciones; iii) la acción típica de constreñir, inducir o solicitar un beneficio o utilidad indebidas; y iv) la relación de causalidad entre el acto del servidor público y la entrega o promesa de dar el dinero o la utilidad indebidos<sup>33</sup>.

El primer elemento implica que el sujeto activo es un servidor público, en segundo lugar, éste abusa de su cargo o de sus funciones, es decir, actúa al margen de la ley y la Constitución. Esta arbitrariedad puede ceñirse solamente al cargo del que está investido o a través de conductas

33 Colombia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, *Sentencia SP14623-2014*, 27 de octubre de 2014, Radicación n.º 34282.

por fuera de la competencia funcional del agente.

El tercer elemento hace referencia a la acción típica, consistente en constreñir, inducir o solicitar un beneficio o utilidad indebidas. Constreñir es obligar, compeler o forzar a alguien para que haga algo. Puede revelarse a través de palabras, actitudes o posturas, pues la norma no exige una forma precisa de hacerlo. Por su parte, inducir es instigar o persuadir y solicitar es pretender, pedir o intentar obtener algo.

Finalmente, se requiere la existencia de un nexo de causalidad entre la conducta del autor y la actuación de la víctima que accede a los chantajes o entrega la dádiva determinada por el temor derivado del constreñimiento que infunde el funcionario público, quien tiene una posición de superioridad sobre la persona perjudicada derivada de su cargo. Este es un delito de mera conducta y, por consiguiente, para su consumación basta con la exigencia de parte del servidor público, la cual no debe tener causa o título legítimo alguno, sin que sea necesaria la entrega del dinero o dádiva, los cuales pueden estar dirigidos al funcionario o a un tercero, particular o servidor público. El bien jurídico de la administración pública es vulnerado o amenazado únicamente con el acto ilegal de constreñir, inducir o solicitar, pues el Estado adquiere una imagen de deshonestidad o improbidad.

Luego de exponer estos elementos del delito de concusión, la Corte Suprema de Justicia determinó que la conducta de Luis Gustavo Moreno Rivera satisfizo los requisitos de este tipo penal, pues abusando de su condición de servidor público como Director de Fiscalía Nacional Especializada contra la Corrupción, exigió dinero al exgobernador, Alejandro Lyons Muskus, para manipular las investigaciones que se adelantaban en su contra dentro de la Fiscalía, para lo cual realizó varias acciones orientadas a constreñir a la víctima para que accediera a sus exigencias.

Por su parte, la conducta punible de utilización indebida de información privilegiada descrita en el artículo 420 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 25 de la Ley 1288 de 2009, y conforme a esta descripción legal la Sala de Casación Penal estableció que tiene los siguientes elementos típicos:

- i. Un sujeto activo cualificado, pues el autor es un servidor público, empleado o directivo o miembro de una junta u órgano de administración de una entidad pública;
- ii. que accede a la información por medio de su cargo;
- iii. utiliza la información para obtener beneficios propios o para un tercero, los cuales pueden ser de carácter económico, profesional, laboral, etc.;
- iv. su comportamiento constituye una acción ajena a la Constitución y la Ley; y
- v. la información no debe ser conocida públicamente<sup>34</sup>.

Conforme a lo anterior, el alto tribunal concluyó que Luis Gustavo Moreno Rivera cometió el delito de uso de información privilegiada, porque en contravía de la ley aprovechó su cargo como servidor público (Director de Fiscalía Nacional Especializada contra la Corrupción) y utilizó la información privilegiada que obtuvo para intimidar a Alejandro Lyons Muskus, con el fin de que le entregara dinero.

<sup>34</sup> Colombia Corte Constitucional, *Sentencia C-025*, 27 de enero de 2009.

## 6. Resultados y conclusiones

■ La corrupción judicial es un mal que aqueja en mayor o menor medida a todos los países del globo y constituye una amenaza al Estado de derecho, la democracia y los Derechos Humanos. El acceso a la administración de justicia es un derecho humano vital y la corrupción debilita la capacidad de los sistemas judiciales para atender a las necesidades de los asociados.

La Corte Suprema de Justicia de Colombia ha juzgado múltiples casos de corrupción judicial, en los cuales jueces, fiscales y abogados participaron en la manipulación del reparto de procesos, profirieron decisiones contrarias a la ley o recibieron dinero con el propósito de desviar investigaciones penales y obtener decisiones judiciales favorables pero contrarias a la ley.

Dentro de los principales actos de corrupción analizados por el alto tribunal se encuentran el soborno (cohecho para Colombia) y la concusión, en los cuales jueces y/o fiscales reciben dinero o exigen prebendas, a cambio del desvío de investigaciones o la emisión de autos y sentencias favorables a los intereses de alguno de los sujetos involucrados en el proceso.

Los casos expuestos en el presente documento versaron, en su mayoría, sobre los hechos de corrupción más sonados en Colombia en los últimos años en el marco del denominado "cartel de la toga", en donde altos funcionarios de la rama judicial y la Fiscalía, a cambio de dinero colocaron la administración pública a disposición de intereses particulares. No obstante, estas sentencias también expusieron que dentro de la administración de justicia también laboran funcionarios públicos probos y transparentes que denunciaron los hechos y se opusieron a los actos corruptos de quienes finalmente resultaron condenados por contrariar sus deberes y la ley.

Adicionalmente, tal como se expuso en este artículo, la persecución de estos delitos suscitó importantes discusiones jurídicas y el desarrollo de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal y la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia de Colombia respecto de los delitos de cohecho propio, acceso abusivo a un sistema informático, daño informático, prevaricato por acción, concusión y uso de información privilegiada.

Por último, es claro que existe un déficit de estudios académicos sobre la corrupción judicial en Colombia y que contribuyan a resolver esta problemática, por tal razón, este documento constituye una contribución al debate y al desarrollo del estado del arte sobre la materia.



## Referencias

Badel Rueda, Marta Elena. *La corrupción judicial en Colombia. Una aproximación al mapa de riesgos*. Bogotá: USAID, Corporación Transparencia por Colombia y Corporación Excelencia en la Justicia, 2008.

Carvajal Martínez, Jorge Enrique, Carlos Arturo Hernández Díaz y Eduardo Rodríguez Martínez. "La corrupción y la corrupción judicial: aportes para el debate". *Revista Prolegómenos* 22, n.º 44 (2019): 67-82.

Colombia Corte Constitucional. *Sentencia C-025*. 27 de enero de 2009.

Colombia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. *Sentencia del 15 de diciembre de 2000*. Radicación n.º 15735.

———. Auto del 11 de noviembre de 2009. Radicación n.º 32501.

———. *Sentencia SP14623-2014*. 27 de octubre de 2014. Radicación n.º 34282.

———. *Sentencia SP6411-2016*. 18 de mayo de 2016. Radicación n.º 41758.

———. *Auto AP772-2018*. 28 de febrero de 2018. Radicación n.º 51508.

———. *Sentencia (a) SP2042-2019*. 5 de junio de 2019. Radicación n.º 54153.

———. *Sentencia (b) SP2042-2019*. 5 de junio de 2019. Radicación n.º 51007.

———. *Sentencia SP2138-2020*. 1 de julio de 2020. Radicación n.º 51482.

———. *Sentencia (a) SP1653-2021*. 5 de mayo de 2021. Radicación n.º 49157.

———. *Auto (b) AP3253-2021*. 4 de agosto de 2021. Radicación n.º 59652.

———. *Sentencia SP2129-2022*. 25 de mayo de 2022. Radicación n.º 54153.

———. *Sentencia (a) SP030-2023*. 8 de febrero de 2023. Radicación n.º 58252.

———. *Sentencia (b) SP233-2023*. 21 de junio de 2023. Radicación n.º 58044.

Colombia Corte Suprema de Justicia Sala Especial de Instrucción. *Sentencia 00082-2021*. 12 de agosto de 2021. Radicación n.º 00094.

Fiscalía General de la Nación y Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Tipologías de CORRUPCIÓN en COLOMBIA. Fiscales Unidos por la Transparencia y la Integridad*. Bogotá: FGN y UNODC, 2018.

Fundación para el Debido Proceso Legal. *CONTROLES Y DESCONTROLES DE LA CORRUPCIÓN JUDICIAL. Evaluación de la corrupción judicial y de los mecanismos para combatirla en Centroamérica y Panamá*. Washington: Fundación para el Debido Proceso Legal, 2007.

García-Sayán, Diego. "Corrupción, derechos humanos, independencia judicial". *Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito*. Accedido el 01 de octubre de 2024. <https://www.unodc.org/dohadecaration/es/news/2018/04/corruption--human-rights--and-judicial-independence.html>.

unodc.org/dohadecaration/es/news/2018/04/corruption--human-rights--and-judicial-independence.html.

Jescheck, Hans-Heinrich, y Thomas Weigend. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Granada: Comares, 2014.

Transparency International. "What is corruption?". *Transparency International*. Accedido el 01 de octubre de 2024. <https://www.transparency.org/en/what-is-corruption>.

———. "LA CORRUPCIÓN JUDICIAL PROMUEVE LA IMPUNIDAD Y MENOSCABA EL ESTADO DE DERECHO, REVELA UN NUEVO INFORME DE TRANSPARENCY INTERNATIONAL". *Transparency International Secretariat*. 23 de mayo de 2007. <https://www.transparency.org/es/press/20070523-judicial-corruption-fuels-impunity-corrodes-rule-of-law-says-repor>.

Villadiego, Carolina, y Juan S. Hernández. *Aproximación al análisis de la corrupción en la Rama Judicial colombiana*. Bogotá: Dejusticia, 2018.



# 'Crisis de seguridad' en Chile: un problema sistémico con raíz en la criminalidad económica y en la corrupción

## 1. Introducción

■ Hoy, el término más ocupado en la agenda política chilena y en los medios que cubren el fenómeno es el de "crisis de seguridad"<sup>2</sup>. Si se busca en Google, se reconocen para 17/7/2024, 37.300.000 entradas con esa expresión. Y esto es por hechos de delincuencia callejera y de organizaciones criminales que se han producido, cuantitativamente mayores en número y en un reducido tiempo, y cualitativamente con un mayor nivel de gravedad, a los que ocurrían con anterioridad al año 2021 aproximadamente. Desde el año 1990, los asesinatos y robos ocurrían, pero ni con la frecuencia, impacto, ni con el ensañamiento y la violencia con que ocurren actualmente en Chile. Las explicaciones sobran: la entrada a Chile de las bandas organizadas integradas por extranjeros, mayoritariamente venezolanos y colombianos ilegales, fruto, en parte, de la llamada "porosidad" de las líneas fronterizas, que ha permitido su entrada al país; que bajo el segundo gobierno de Bachelet se dio carta ancha para el ingreso de extranjeros haitianos, cuestión que continuó con la invitación del entonces Presidente Piñera para el ingreso de venezolanos; y la limitada o nula preocupación de la inmigración sin documentación, o claramente con antecedentes delictuales, de la actual administración gubernamental en Chile<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Doctor en Derecho Penal, Universidad de Salamanca, España; Máster en Criminología y Delincuencia Juvenil, Universidad de Albacete, España; Candidato a Doctor en Ciencias Sociales, Criminológicas y del Comportamiento, Universidad de Cádiz, España. Investigador independiente. <https://orcid.org/0000-0002-8217-1553>.

<sup>2</sup> Constanza Carrillo, "Crisis de seguridad: Valencia dice que "tenemos un problema criminal que es inédito en la historia", *BioBioChile - La Red de Prensa Más Grande de Chile*, 18 de julio de 2024, <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2024/07/18/crisis-de-seguridad-valencia-dice-que-tenemos-un-problema-criminal-que-es-inedito-en-la-historia.shtml>; Maolis Castro y Ana Sanhueza, "Violencia en Chile: El Gobierno de Boric, bajo presión: 16 homicidios en 48 horas desnudan la crisis de seguridad en Chile", *El País Chile*, 18 de julio de 2024, <https://elpais.com/chile/2024-07-18/el-gobierno-de-boric-bajo-presion-16-homicidios-en-48-horas-desnudan-la-crisis-de-seguridad-en-chile.html>; Isidora De Luca Yañez, "Ángel Valencia, Fiscal Nacional, sobre la crisis de seguridad afirma que "había una necesidad de estandarizar y actualizar la forma de plantear la política de persecución penal", *Diario Constitucional*, 11 de agosto de 2023, <https://www.diarioconstitucional.cl/entrevistas/angel-valencia-fiscal-nacional-sobre-la-crisis-de-seguridad-afirma-que-habia-una-necesidad-de-estandarizar-y-actualizar-la-forma-de-plantear-la-politica-de-persecucion-penal/>; José Miguel González, "Columna: Crisis de seguridad: la urgencia es hoy", *IdeaPaís*, 21 de marzo de 2024, <https://ideapais.cl/noticias/columna-crisis-de-seguridad-la-urgencia-es-hoy/>; Maolis Castro, "Crisis de seguridad en Chile: la oposición fustiga el plan contra la criminalidad de Boric y pide medidas con resultados a corto plazo", *El País*, 19 de julio de 2024, <https://elpais.com/chile/2024-07-19/crisis-de-seguridad-en-chile-la-oposicion-fustiga-el-plan-contra-la-criminalidad-de-boric-y-pide-medidas-con-resultados-a-corto-plazo.html>.

<sup>3</sup> Luis Riffo, "Crisis migratoria: "Por razones ideológicas se opusieron a políticas más restrictivas", *BioBioChile Televisión*, 22 de noviembre de 2024, <https://www.biobiochile.cl/biobiotv/programas/radiograma-biobiotv/2023/11/22/crisis-migratoria-por-razones-ideologicas-se-opusieron-a-politicas-mas-restrictivas.shtml>; Luis Riffo, "Tohá y oposición se enfrentan por cifras de inmigración: "Es una discusión que no tiene destino", *BioBioChile Televisión*, 21 de noviembre de 2024, <https://www.biobiochile.cl/biobiotv/programas/radiograma-biobiotv/2023/11/21/toha-y-oposicion-se-enfrentan-por-cifras-de-inmigracion-es-una-discusion-que-no-tiene-destino.shtml>.



Lo cierto es que, desde la teoría de la acción situacional, fallaron los controles preventivos, por ausencia o empobrecimiento de la figura del guardián, y delincuentes muy motivados: las oportunidades se multiplicaban, lejos de reducirse. No existieron raseros que filtraran al inmigrante que habría de venir a aportar al país, respecto del inmigrante delincuente, sobre todo, cuando aquello era fácil de determinar a través de los antecedentes prontuarios<sup>4</sup>. Por lo demás, la ausencia de respeto por la cultura chilena provocaba un choque inevitable: los inmigrantes con educación formal y buenas costumbres se adaptaban y compartían sus costumbres con las del país que los recibía<sup>5</sup>; los inmigrantes sin educación formal y malas costumbres adoptaban conductas desafiantes y xenófobas (al revés) con los propios nacionales que los recibían<sup>6</sup>. Los nacionales respondían<sup>7</sup>. No existían vínculos vecinales<sup>8</sup>. Pero entre estos fenómenos distractivos, la delincuencia inmigratoria fue aprovechando los espacios en blanco, los límites difusos, las áreas sin control social. Este es el hiato marcado como los "principios de dolores de parto" en Chile: la inseguridad ciudadana o "crisis de seguridad".

Pero estos factores son contingentes al fenómeno, pero no los explican en su totalidad. Ello, porque existen otros factores, a mi juicio más relevantes, pero que tienen anclaje en un período más extenso.

El objetivo del presente ensayo científico es formular, de modo exploratorio e incipiente, la hipótesis de que *a mayor criminalidad económica y corrupción del aparato estatal, mayor probabilidad de criminalidad callejera*. En relación a dicha hipótesis, se intentará jugar con algunas explicaciones.

## 2. Un poco de antecedentes

### 2.1 Los efectos perversos del mercado en Chile

En Chile, las medidas económicas, durante la denominada transición<sup>9</sup>, así como desde el año 1990, se orientaron hacia la máxima apertura económica de capitales extranjeros de todo tipo, y se echaron los basamentos de amplios conglomerados económicos de empresas chilenas. Es la época de las grandes tiendas que comerciaban con todo tipo de bienes, lo que permitió un flujo constante en la transacción de bienes, cuestión que es descrita por Moulian, como un "paraíso del consumo"<sup>10</sup>. Las "mansiones" de este paraíso fueron la gran tienda, el gran supermercado, la gran farmacia, que fue expandiéndose y fagocitando el comercio local, que en su mayoría se extinguía, por no poder competir en iguales términos con la gran empresa de comercio multinacional y transnacional. Comenzó a transmitirse, a través de la publicidad, un sutil, pero nocivo mensaje:

4 Antonella Pellon, "Expulsan al octavo colombiano por agresión a carabineros en Puerto Montt: tenía antecedentes por hurto", *BioBioChile - La Red de Prensa Más Grande de Chile*, 13 de octubre de 2023, <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2023/10/13/expulsan-al-octavo-colombiano-involucrado-en-agresion-a-carabineros-durante-procedimiento-en-pto-montt.shtml>.

5 Nicolás Gissi et al., "Inmigración reciente de colombianos y colombianas en Chile. Sociedades plurales, imaginarios sociales y estereotipos", *Estudios atacameños*, n.º 62 (2019): 127-41, <http://dx.doi.org/10.22199/issn.0718-1043-2019-0011>.

6 Alejandro Rodríguez, "¡Chile es un abuso!, si faltó un día, me van a descontar": Colombiana reclama por leyes laborales y se hace viral", *Publimetro Chile*, 23 de enero de 2024, <https://www.publimetro.cl/social/2024/01/23/chile-es-un-abuso-si-falto-un-dia-me-van-a-descontar-colombiana-reclama-por-leyes-laborales-y-se-hace-viral/>.

7 BBC Mundo, "Polémica por marcha "contra colombianos" en Chile", *BBC News Mundo*, 18 de octubre de 2013, [https://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/10/131018\\_chile\\_colombianos\\_antofagasta\\_jgc](https://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/10/131018_chile_colombianos_antofagasta_jgc).

8 Gabriel Salazar, *Dispositivo Histórico Para Asambleas Populares De Base Que Se Proponen Desarrollar Su Poder Constituyente* (Rochester, NY: Social Science Research Network, 2015), <http://papers.ssrn.com/abstract=2768466>; Gabriel Salazar, *En el nombre del poder popular constituyente* (Chile: Siglo XXI, 2011), o en su versión de bolsillo, *En el nombre del poder popular constituyente* (Santiago, Chile: LOM Ediciones, 2011).

9 Mario Fernández Baeza, *Más allá de la transición* (Santiago: Andante, 1986).

10 Tomás Moulian, *Chile actual: anatomía de un mito* (Santiago: LOM, 2002), *passim*.

el que una mayor tenencia de bienes materiales, producía una mayor valoración social de un individuo. Para tener más bienes había que comprar. Para comprar se requería de dinero. De no poseerse se ofrecen las compras a crédito, los préstamos y los avances en efectivo. Con ello, se creó en el sujeto, la compulsión por la compra y, por consecuencia, el endeudamiento privado; y para las empresas de crédito, el interés sobre interés. Las transacciones que antes se producían de persona a persona, a vista descubierta y en una relación directa (el tendero, el farmacéutico, el panadero), comenzaron a disolverse en la fundición de las relaciones mercantiles intermediadas solo por el oro y la plata.

Ya el 2010, a 10 años de la apertura económica, Labeé Valverde denunciaba lo siguiente:

el interés corriente actualmente permitido, es desde ya abusivo por lo excesivo, poco razonable y atentatorio a los citados derechos básicos del hombre, lo que sin duda ha generado las grandes diferencias sociales de los últimos tiempos [...] Lo anterior demuestra que la legislación chilena, que si bien acorde con el Derecho Internacional, legalmente hablando no permite el cobro de intereses por sobre los permitidos por la legislación, ni menos la usura, sí permite, al igual que el Derecho Internacional, el cobro excesivo de intereses, y por ende se ha legalizado y entronizado el abuso en esta materia.<sup>11</sup>

Esta situación no era menos cambiante para el año 2017, donde la tasa máxima convencional de interés para los créditos no solo parecía no disminuir, sino, por el contrario, aumentar, y por ello, se señala que "la inclusión financiera no puede ser revestida como [sic] un derecho humano o cómo [sic] algo bueno per se si su mal uso puede provocar empeoramiento de los recursos del hogar, sobre endeudamiento, colapso del sistema financiero o incluso muertes"<sup>12</sup>. Y dado a que, mientras los sectores más depauperados económicamente utilizan los créditos para bienes de consumo, los sectores de altos ingresos, lo usan para transacciones financieras, lo cual, dicen los expertos, el sistema crediticio estaría reproduciendo y profundizando las desigualdades financieras<sup>13</sup>. El sobreendeudamiento terminó siendo un efecto indeseado<sup>14</sup>. Esto genera la reflexión que en los casos de países con crecimiento lento o nulo –como el caso chileno– se produciría un crecimiento exponencial de la deuda, cuestión que los hacía imposible de pagar. Y como este tipo de acto importaría un daño, Hartley y Kallis sugieren, ante casos como estos, la existencia de un crimen<sup>15</sup>.

### 2.2 Criminalidad de empresa y algunos efectos en la economía y en el medioambiente

Durante la dictadura se efectuaron una serie de operaciones con el fin de privatizar empresas públicas. Entre 1985 y 1987, habrían de venderse 32 empresas pertenecientes al Estado, a través de una empresa estatal denominada CODELCO. Esto implicó una pérdida patrimonial de proporciones, que ascendió a la suma de 2.209 millones de dólares al precio del año 1989 y, además, la fragmentación de empresas como las de electricidad, en manos de unas pocas personas, lo cual los constituyó en millonarios. Esto ha sido denominado por Monckeberg como

11 Alberto Labeé Valverde, "Guerra a los intereses excesivos", *Revista chilena de derecho* 37, n.º 1 (2010): 198, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372010000100014>.

12 Francisco Riquelme, "¿Cuánto es el máximo interés que pueden cobrar los bancos? Endeudar no es incluir", *CIPER Chile*, 26 de abril de 2017, <https://www.ciperchile.cl/2017/04/26/cuanto-es-el-maximo-interes-que-pueden-cobrar-los-bancos-endeudar-no-es-incluir/>.

13 Lorena Pérez-Roa y Matías Gómez, "Endeudamiento desigual en Chile: cuánto debemos, en qué lo gastamos y cómo está parado cada uno para la crisis", *CIPER Chile*, 2 de julio de 2020, <https://www.ciperchile.cl/2020/07/02/endeudamiento-desigual-en-chile-cuanto-debemos-en-que-lo-gastamos-y-como-esta-parado-cada-uno-para-la-crisis/>.

14 Benjamin Jordán, "Columna de Benjamin Jordán: La crisis del endeudamiento en Chile", *BioBioChile - La Red de Prensa Más Grande de Chile*, 9 de mayo de 2023, <https://www.biobiochile.cl/noticias/opinion/tu-voz/2023/05/09/la-crisis-del-endeudamiento-en-chile.shtml>.

15 Tilman Hartley y Giorgos Kallis, "Interest-bearing loans and unpayable debts in slow-growing economies: Insights from ten historical cases", *Ecological Economics* 188, (2021): 107132, <http://dx.doi.org/10.1016/j.ecolecon.2021.107132>.



un saqueo<sup>16</sup>.

Por otro lado, la liberalización completa de la economía chilena suponía el llamado a las empresas de otras naciones o transnacionales a extraer los recursos naturales. Sin embargo, fue inevitable que surgiera daño medioambiental, cuando no existían controles, o bien éstos hablaban de una escueta o nula fiscalización. Por ejemplo, algunos hallazgos demostrarían que la actividad extractiva de recursos naturales para la exportación, principalmente del sector minero, agropecuario, fabril y de pesca, cometerían más infracciones a las licencias ambientales que otros sectores económicos, produciendo con ello un deterioro en la capacidad natural de los ecosistemas<sup>17</sup>.

Igual situación en los casos de contaminación del agua por metales pesados por parte de las empresas, con perjuicio a la o las poblaciones cercanas, pero bajo el pretexto de las autoridades que "la presencia en altas cantidades de metales pesados no asegura una afectación directa a la salud de las personas"<sup>18</sup>.

Mismo daño en las denominadas "zonas de sacrificio" en Chile, las cuales no solo se han transformado en lugares de carga de daño ambiental, sino que, además, "se configuran en lugares privilegiados para actividades irregulares de empresas nacionales e internacionales, y sede de actos de corrupción asociadas a ser sede de nuevos proyectos e inversiones, incluso violando leyes y normas ambientales"<sup>19</sup>. Igualmente, el desastre ambiental de la industria salmoneera de vertido al mar de toneladas de salmón descompuesto en la ciudad de Chiloé, a lo que las organizaciones de pescadores contestan con movilizaciones, sobre las cuales, la "elite" las consideraría como una "crisis" de "seguridad pública"<sup>20</sup>.

También otros problemas medioambientales respecto a las llamadas "depredaciones inmobiliarias" que habrían de comenzar el año 1990, por la cual, se habrían construido edificios habitacionales en santuarios naturales, como en las dunas de Concón, lo que en el tiempo y por el tipo de suelo provocaría socavones. Aquello, no solo tuvo un impacto negativo en el medioambiente, sino también, el deterioro y pérdida de los departamentos arrendados o comprados por sus habitantes<sup>21</sup>.

Y no solo están todos los casos reseñados, sino que varios otros más de desastres ambientales y desregulación de las empresas<sup>22</sup>, lo que la literatura general los denomina como biopiratería<sup>23</sup>,

criminalidad de los poderosos –bajo la característica de ser crímenes invisibles<sup>24</sup>–, delitos contra la seguridad hídrica<sup>25</sup> –en los que corresponda–, y ecoterrorismo o ecovandalismo<sup>26</sup>.

## 3. Fenómeno de la corrupción en Chile

### 3.1 Concepto de corrupción

Existen diversos conceptos de corrupción. Conforme a Mény y otros, corrupción es "una conducta o actividad desviada, que tiene lugar ya sea totalmente dentro de la esfera pública o en la interfaz pública/privada, y que involucra a funcionarios públicos y electos como partes de esa transacción"<sup>27</sup>. Según Phuong, corrupción consiste en un "acto de una persona que abusa de su posición y poder, o de las tareas que se le asignan, con el fin de obtener un beneficio personal"<sup>28</sup>.

Si bien, tales definiciones se ajustan a la generalidad de casos, no se explica convenientemente por qué adquieren el adjetivo de corrupción, y por qué son perjudiciales sistémicamente. Un sistema cualquiera, para un funcionamiento óptimo, que se traduce en la eficiencia y eficacia del sistema, también tienen que desempeñarse en forma eficaz y eficiente los elementos de forma individual. Al no serlo, el sistema adolece de una disfuncionalidad y el sistema deviene en corrupto.

Sobre el por qué este sistema deviene en corrupto dependerá del tipo de corrupción de que hablemos, según el sistema al que indiquemos. Una pieza desgastada en un sistema mecánico producirá que el sistema esté corrupto. En un sistema cuyas "piezas" o "elementos" son personas, el sistema estará corrupto cuando no exista equilibrio (homeostasis) entre las personas que dan función al grupo o colectividad y las necesidades y capacidades humanas.

Respecto a las necesidades, si existe una correlación entre un cargo o empleo por el cual un funcionario recibe un estipendio, y si ellas declaran la satisfacción de las necesidades individuales del funcionario de forma precisa o justa, cualquier aumento monetario por sobre aquél, para influenciar sus decisiones y/o funciones, ya no se dirigirán a satisfacer las necesidades de los usuarios del aparato público, sino para un individuo, empresa, o grupo económico en particular. Esta sería una disfuncionalidad del sistema y es por ello que el sistema deviene en corrupto.

Tratándose de las capacidades, la corrupción se produce generalmente a razón de los nombramientos de cargos públicos. El más habitual caso de corrupción de este tipo se genera cuando existe un desequilibrio entre las competencias del funcionario y las competencias exigidas para el cargo. Lo lógico es que en un sistema, para producir un funcionamiento eficaz y eficiente, la remuneración o "lo pagado" se correlacione con el nivel de capacidades o competencias para una función. Pero en los sistemas corruptos, existiendo un concurso para proveer la vacante, esta se concede a aquel que sus competencias están por debajo de las competencias exigidas para el cargo. El producto de esto es que como no tiene las capacidades para el cargo, para obtener el respeto y adhesión de los funcionarios a su cargo, lo hará mediante el dominio, prepotencia o

16 María Olivia Monckeberg, *El saqueo de los grupos económicos al Estado chileno* (Santiago: Ediciones B, 2001), <http://archive.org/details/elsaqueodelosgru0000monc./passim>.

17 Kay Bergamini et al., "Exportación de la contaminación en Chile: Análisis de procedimientos sancionatorios de la Superintendencia del Medio Ambiente, 2013-2019", *EURE* 48, n.° 145 (2022): 21-22, <http://dx.doi.org/10.7764/eure.48.145.06>.

18 Paola Bolados García, "Conflictos socio-ambientales/territoriales y el surgimiento de identidades post neoliberales (Valparaíso-Chile)", *Izquierdas*, n.° 31 (2016): 122, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-50492016000600102>.

19 Paola Bolados García, Valeska Morales Urbina y Stephanie Barraza López, "Historia de las Luchas por la Justicia Ambiental en las Zonas de Sacrificio en Chile", *Historia Ambiental Latinoamericana y Caribeña (HALAC) revista de la Solcha* 11, n.° 3 (2021): 71, <http://dx.doi.org/10.32991/2237-2717.2021v11i3>.

20 Patricio Cabello, Rodrigo Torres y Claudia Mellado, "Conflicto socioambiental y contienda política: encuadres de la crisis ambiental de la marea roja en Chiloé (Chile)", *América Latina Hoy* 79, (2018): 59-79, <http://dx.doi.org/10.14201/alh2018795979>.

21 DW Español, "En Chile, el desarrollo inmobiliario y la minería colapsan el terreno", video de YouTube, 2 de agosto de 2024, <https://www.youtube.com/watch?v=Bfx7uikTcik>.

22 Luciano Caputo Galarce y Arnaud Lacoste, "Contaminación fluvial en Valdivia: una historia de postergaciones pactadas", *CIPER Chile*, 16 de junio de 2023, <https://www.ciperchile.cl/2023/06/16/contaminacion-fluvial-en-valdivia/>; Mongabay Latam, "Chile: las 10 historias ambientales que marcaron el 2021", *Noticias ambientales*, 17 de diciembre de 2021, <https://es.mongabay.com/2021/12/chile-las-10-historias-ambientales-que-marcaron-el-2021/>.

23 Tanya Wyatt, "Invisible Pillaging: The Hidden Harm of Corporate Biopiracy", en *Invisible Crimes and Social Harms* (London: Palgrave Macmillan UK, 2014), 161, [http://dx.doi.org/10.1057/9781137347824\\_9](http://dx.doi.org/10.1057/9781137347824_9).

24 Pamela Davies y Tanya Wyatt, "The Invisibility of Crimes of the Powerful", en *Crime and Power* (Cham: Springer International Publishing, 2021), 158, [http://dx.doi.org/10.1007/978-3-030-57314-0\\_3](http://dx.doi.org/10.1007/978-3-030-57314-0_3).

25 María Carmen Lemos et al., "Advancing metrics: models for understanding adaptive capacity and water security", *Current Opinion in Environmental Sustainability, Environmental change assessments*, n.° 21 (2016): 52, <http://dx.doi.org/10.1016/j.cosust.2016.11.004>.

26 Hayley Watson y Tanya Wyatt, "Politics, Power and the Media: The Visibility of Environmental and Eco Terrorism", en *Invisible Crimes and Social Harms* (London: Palgrave Macmillan UK, 2014), 58, [http://dx.doi.org/10.1057/9781137347824\\_3](http://dx.doi.org/10.1057/9781137347824_3).

27 Yves Mény y Luís de Souza, "Corruption: Political and Public Aspects", en *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences* (Oxford: Pergamon, 2001), 2824, <http://dx.doi.org/10.1016/B0-08-043076-7/04490-9>.

28 Ngo T. Phuong, "14 - Corruption in Vietnam: The current situation and proposed solutions", en *The Changing Face of Corruption in the Asia Pacific* (Estados Unidos: Elsevier, 2017), 221, <http://dx.doi.org/10.1016/B978-0-08-101109-6.00014-9>.

autoritarismo. Esto es, la generación del acoso y el miedo laboral. Y respecto del trabajo a realizar, manipulará a sus subalternos para que lo realicen por él, sea total, sea parcialmente. Sus políticas serán rígidas y basadas en la interpretación antojadiza y relativista de normas e instrucciones. Esto produce, a su vez, réplicas de funcionarios serviles, pero también autoritarios con los que están bajo su mando. El sistema así es totalmente disfuncional.

Puesto así, normalmente la corrupción se ha de producir dentro del aparato estatal, a través del tráfico de influencias y el clientelismo, con el objeto de establecer, redes espurias de ayuda mutua.

### 3.2 Corrupción del aparato público estatal

Ya en el año 2007, Orellana señalaba en *Probidad y corrupción en Chile. El punto de quiebre* que la corrupción en el país comenzaría con el gobierno militar, extendiéndose en democracia en los negocios públicos nacionales, pero con probidad en los negocios públicos internacionales (por ello, la impresión extranjera que Chile no era un país corrupto); que en el gobierno de Ricardo Lagos, la corrupción se habría generalizado y, en específico, se manipulaban los sistemas de control, como los tribunales y la Contraloría General de la República, para así conseguir pasividad frente a la corrupción; que una ideología de cinismo, impregnaba a la sociedad chilena; que así como hubo impunidad frente a la violación de los derechos humanos durante la dictadura, también la había en los casos de corrupción; que tanto la izquierda como la derecha política, consideraban la corrupción como funcional al sistema de gobernar, y; que "las únicas esperanzas de cambio radicaban en una catarsis social como expresión del hastío social"<sup>29</sup>. Curiosamente, en el año 2010 comenzaron las movilizaciones de los estudiantes, pasando por el denominado "movimiento estudiantil" en el año 2011, hasta el llamado "estallido social" en Chile en el año 2019. Y la verdad que tenía las características de "punto de quiebre". Pero el gusano de la historia –no el topo– horadó la "necesidad" ciudadana de cambio del estado de cosas ante los abusos, para luego apropiarse de esta necesidad, corrompiendo su núcleo y satisfaciendo el "deseo" de dominio de unos pocos, nuevamente.

Los llamados "sobresueldos", esto es, el pago de una cantidad sobre el sueldo a funcionarios del Estado, fue una práctica habitual, por la cual, se les pagaba para aumentar su remuneración. Esto ocurrió desde el gobierno militar<sup>30</sup>, siendo aceptado, luego, por todos los ex presidentes posteriores<sup>31</sup>.

Las prácticas municipales de cohecho desde el año 1969 (explicado por Reheren, como surgida por la penetración del mercado en la localidad<sup>32</sup>) se han extendido hasta hoy, con, al menos, el 40% de los municipios en el que el Consejo de Defensa del Estado ha detectado irregularidades<sup>33</sup>, y

29 Patricio Orellana Vargas, "Probidad y corrupción en Chile. El punto de quiebre", *Polis. Revista Latinoamericana*, n.º 8 (2004): 35, <https://journals.openedition.org/polis/6120?lang=en>.

30 El Mercurio S.A.P., "Cardemil reconoce que en el gobierno militar también se pagaban sobresueldos", *Emol*, 20 de noviembre de 2002, <https://www.emol.com/noticias/nacional/2002/11/20/98946/cardemil-reconoce-que-en-el-gobierno-militar-tambien-se-pagaban-sobresueldos.html>.

31 El Mostrador, "Matthei: 'El sistema de sobresueldos era aceptado por los ex Presidentes de la Concertación'", *El Mostrador*, 2 de julio de 2010, <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2010/07/02/matthei-el-sistema-de-sobresueldos-era-aceptado-por-los-ex-presidentes-de-la-concertacion/>.

32 Alfredo Reheren, "Corrupción y política local en Chile", *Revista de Ciencia Política* 18, n.º 1-2 (1996): 141-53, <https://ojs.uc.cl/index.php/rcp/article/view/7004>.

33 Catalina Olate, "Corrupción municipal: CDE ha presentado querrelas en el 40% de las comunas del país y 32 alcaldes han sido imputados", *CIPER Chile*, 11 de agosto de 2023, <https://www.ciperchile.cl/2023/08/11/corruptcion-municipal-cde-ha-presentado-querrelas-en-el-40-de-las-comunas-del-pais-y-32-alcaldes-han-sido-imputados/>.

entre el año 2013 y el año 2024, en 35 casos, son los propios alcaldes los directamente implicados<sup>34</sup>.

El cohecho no solo es un asunto que afecta los municipios, sino que es transversal a todo el aparato público. Los casos conocidos ocurrieron durante el año 2002, entre ellos, el denominado "caso coimas", el cual involucró a Ministros de Estado y diputados de la República, exigiendo estos, el pago de un monto millonario para la aprobación de una planta de revisión técnica. Siendo en un primer momento condenado, el sindicato más visible<sup>35</sup> fue luego declarado absuelto<sup>36</sup>. Para otros implicados, las penas fueron reducidas<sup>37</sup>.

Desde el año 2000, se comenzaron a construir carreteras mediante empresas privadas que se adjudicaban los llamados a licitación para su construcción. Para su financiamiento, se tomó la decisión que los propios usuarios, a través del pago de peajes, fueran quienes la pagaran, hasta satisfacer la deuda<sup>38</sup>. Sin embargo, una vez satisfecha, se continuó exigiendo el pago de peaje.

En el año 2014, surgió el caso Penta-Soquimich o el financiamiento ilegal de la política de partidos, por el cual se defraudó al Fisco de Chile, mediante el otorgamiento de facturas y boletas ideológicamente falsas, esto es, que en la forma no violaban la ley, pero sí en el fondo, por la justificación de su emisión. Esta práctica fue realizada tanto para el financiamiento de campañas políticas de la derecha política, por la empresa Penta, como para el financiamiento de la izquierda política, por la Sociedad Química y Minera de Chile, SQM o Soquimich. No obstante que fueron procesados los responsables, se efectuó una maniobra política para lograr la impunidad de todos los involucrados. Además, "gobernantes y parlamentarios se habían preocupado de que las leyes no tipificaran como delito el financiamiento ilegal de la política"<sup>39</sup>. Y si su preocupación era no tipificarlos como tal, estaban reconociendo que era un crimen en el sentido criminológico.

Otro "caso coimas" vendría a manifestarse en el año 2024, conocido por la opinión pública por la filtración de unos audios de una reunión sostenida entre dos abogados y un empresario; uno, Luis Hermosilla, muy influyente en todas las esferas del aparato público y privado; el otro, Daniel Sauer. En dicha conversación se registraba un plan para el pago de coimas a funcionarios del Servicio de Impuestos Internos, para realizar actos a su beneficio. Lo cierto es que, al hacerse público, la Fiscalía ordenó incautar el teléfono del abogado Hermosilla, donde en su revisión de llamadas y mensajes por WhatsApp, existían pruebas de tráfico de influencias, lavado de dinero, cohecho y

34 Andrés Cárdenas, "Las mil caras de la corrupción municipal", *El Mostrador*, 15 de abril de 2024, <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2024/04/15/alcaldes-y-municipios-implicados-en-casos-de-corruptcion/>.

35 Cooperativa.cl, "Caso coimas: Tombolini fue sentenciado a tres años de prisión", *Cooperativa.cl*, 10 de junio de 2004, <https://cooperativa.cl/noticias/pais/judicial/caso-coimas/caso-coimas-tombolini-fue-sentenciado-a-tres-anos-de-prision/2004-07-10/132915.html>.

36 El Mercurio S.A.P., "Suprema absuelve a Patricio Tombolini en caso Coimas", *Emol*, 10 de mayo de 2007, <https://www.emol.com/noticias/nacional/2007/05/10/255411/suprema-absuelve-a-patricio-tombolini-en-caso-coimas.html>.

37 Diario Financiero, "Tombolini: 'Esperaba una pena más ejemplificadora para Carlos Filippi'", *Diario Financiero*, 22 de junio de 2008, <https://www.df.cl/empresas/tombolini-esperaba-una-pena-mas-ejemplificadora-para-carlos-filippi>.

38 El Mostrador, "Las concesiones al banquillo de los acusados", *El Mostrador*, 13 de junio de 2016, <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2016/06/13/las-concesiones-al-banquillo-de-los-acusados/>; Martín Espinoza, "El lucrativo negocio de las concesiones y la extraña prórroga de la Autopista del Sol", *Diario Uchile*, 15 de marzo de 2018, <https://radio.uchile.cl/2018/03/15/el-lucrativo-negocio-de-las-concesiones-y-el-caso-particular-de-la-autopista-del-sol/>; Alexander Galetovic, Eduardo Engel y Ronald Fischer, "Nuevo mecanismo para licitar carreteras en Chile", *CEP Chile*, 2 de abril de 1996, <https://www.cepchile.cl/investigacion/nuevo-mecanismo-para-licitar-carreteras-en-chile/>.

39 Gabriela Pizarro y Pedro Ramírez, "El entierro del Caso SQM: así se fraguó la impunidad para el financiamiento político ilegal", *CIPER Chile*, 16 de abril de 2018, <https://www.ciperchile.cl/2018/04/16/el-entierro-del-caso-sqm-asi-se-fraguo-la-impunidad-para-el-financiamiento-politico-ilegal/>; Rodrigo Fuentes, "Caso Penta: El día más oscuro para el combate contra la corrupción", *Diario Uchile*, 4 de julio de 2018, <https://radio.uchile.cl/2018/07/04/caso-penta-el-dia-mas-oscuro-para-el-combate-contra-la-corruptcion/>; Paulina Toro y Macarena Segovia, "Platas políticas de SQM: la evidencia que acumuló la Fiscalía contra los 34 imputados que zafaron del juicio", *CIPER Chile*, 4 de agosto de 2021, <https://www.ciperchile.cl/2021/08/04/platas-politicas-de-sqm-la-evidencia-que-acumulo-la-fiscalia-contra-los-34-imputados-que-zafaron-del-juicio/>.



una serie de otras prácticas corruptas<sup>40</sup>.

### 3.3 Corrupción en el Poder Judicial

La corrupción en el Poder Judicial tiene máximas expresiones durante la dictadura militar. Von Mühlenbrock señala:

El funcionamiento del sistema de administración de justicia en la rutinaria tarea de adjudicación, un sistema en el que se practicaban y toleraban sobornos, cohechos, robos, conflictos de intereses, sesgos y favoritismos, fue expuesto. El nepotismo se había convertido en una práctica común, algunos jueces tenían hasta veintiocho parientes en el poder judicial.<sup>41</sup>

En el 2024, existió la revelación de unos chats entre Juan Antonio Poblete, ex magistrado, en el cual le solicita al actual candidato a alcalde por Santiago, Mario Desbordes, con el fin de influir en el nombramiento de su amiga María Teresa Letelier, para ser nombrada Jueza en la Corte Suprema<sup>42</sup>. La pareja de una Ministra de la Corte Suprema, Gonzalo Migueles, le habría ofrecido a Carlos Palma, fiscal regional de Aysén, con el fin de que diera su apoyo al entonces candidato a Fiscal Nacional, un doctorado y reemplazar en el cargo al Fiscal Jefe de la Fiscalía Centro Norte de la Región Metropolitana<sup>43</sup>. Se revelaron abogados con vínculos que poseían influencia en nombramientos de Ministros del Poder Judicial<sup>44</sup>; jueces que influían en el nombramiento de notarios a amigos de personas vinculadas con él<sup>45</sup>; y más redes de corrupción dentro del Poder Judicial chileno<sup>46</sup>. Por lo mismo, la Organización de Trabajadoras y Trabajadores del Poder Judicial (OTJ) emitió un comunicado en el que se exigían medidas para combatir la corrupción en el Poder Judicial<sup>47</sup>. Y todo esto solo contando los últimos casos reportados y no la serie de actos pasados de corrupción<sup>48</sup>, ni la cifra oscura de ellos. De ahí, que Von Mühlenbrock observa que

40 Nicolás Sepúlveda, "Caso Coimas: el paso a paso del "perdonazo" por \$3 mil millones al empresario Daniel Sauer", *CIPER Chile*, 27 de noviembre de 2023, <https://www.ciperchile.cl/2023/11/26/caso-coimas-el-paso-a-paso-del-perdonazo-por-3-mil-millones-al-empresario-daniel-sauer/>; CIPER, "Caso Coimas: el paso a paso del "perdonazo" por \$3 mil millones al empresario Daniel Sauer", *CIPER Chile*, 3 de enero de 2024, <https://www.ciperchile.cl/2024/01/03/caso-coimas-el-paso-a-paso-del-perdonazo-por-3-mil-millones-al-empresario-daniel-sauer-2/>; Tamara Agnic, "Caso coimas: esto es crimen organizado", *El Mostrador*, 17 de noviembre de 2023, <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/columnas/2023/11/17/caso-coimas-esto-es-crimen-organizado/>.

41 Gisela von Mühlenbrock, "Discretion and Corruption: The Chilean Judiciary", *Crime, Law and Social Change* 25, n.º 4 (1996): 345, <http://dx.doi.org/10.1007/BF00572514>.

42 Nicolás Sepúlveda, "Los chats del juez que autorizó espionaje militar: lobby para nombrar a una ministra de la Suprema involucró a Mario Desbordes", *CIPER Chile*, 5 de junio de 2024, <https://www.ciperchile.cl/2024/06/05/los-chats-del-juez-que-autorizo-espionaje-militar-lobby-para-nombrar-a-una-ministra-de-la-suprema-involucro-a-mario-desbordes/>.

43 Paulina Toro, "Chats de Hermosilla revelan gestiones de la pareja de la suprema Ángela Vivanco en la última nominación de fiscal nacional", *CIPER Chile*, 16 de junio de 2024, <https://www.ciperchile.cl/2024/06/15/chats-de-hermosilla-revelan-gestiones-de-la-pareja-de-la-suprema-angela-vivanco-en-la-ultima-nominacion-de-fiscal-nacional/>.

44 Nicolás Sepúlveda, "Chats de Hermosilla: conversaciones del abogado revelan su influencia en nombramientos de ministros del Poder Judicial", *CIPER Chile*, 23 de marzo de 2024, <https://www.ciperchile.cl/2024/03/23/chats-de-hermosilla-conversaciones-del-abogado-revelan-su-influencia-en-nombramientos-de-ministros-del-poder-judicial/>.

45 Catalina Olate, "Los chats del exjuez Poblete revelan cómo ministros de la Suprema piden votos para nombrar notarios", *CIPER Chile*, 6 de junio de 2024, <https://www.ciperchile.cl/2024/06/06/los-chats-del-exjuez-poblete-revelan-como-ministros-de-la-suprema-piden-votos-para-nombrar-notarios/>.

46 Juan Ojeda, "El mapa del caso de corrupción que remece al Poder Judicial", *La Tercera*, 13 de abril de 2019, <https://www.latercera.com/nacional/noticia/mapa-del-caso-corrupcion-remece-al-poder-judicial/613051/>.

47 El Clarín de Chile, "Trabajadores del Poder Judicial exigen el fin de la corrupción y reformas urgentes en el sistema de justicia", *El Clarín de Chile*, 7 de junio de 2024, <https://www.elclarin.cl/2024/06/07/trabajadores-del-poder-judicial-exigen-el-fin-de-la-corrupcion-y-reformas-urgentes-en-el-sistema-de-justicia/>; Crónica Digital, "Las trabajadoras y los trabajadores del Poder Judicial demandan: "Basta a la corrupción". *Al servicio de la verdad*, 6 de junio de 2024, <https://cronicadigital.cl/2024/06/06/las-trabajadoras-y-los-trabajadores-del-poder-judicial-demandan-basta-a-la-corrupcion-en-el-poder-judicial/>.

48 Mauricio Duce y Valentina Zagmutt, «La debilidad del sistema de justicia ante delitos de corrupción: causas y vías de salida», *CIPER Chile*, 10 de marzo de 2020, acceso el 21 de agosto de 2024, <https://www.ciperchile.cl/2020/03/10/la-debilidad-del-sistema-de-justicia-ante-delitos-de-corrupcion-causas-y-vias-de-salida/>; Claudio Nash, «Corrupción y justicia en Chile», *CIPER Chile*, 20 de abril de 2020, acceso el 21 de agosto de 2024, <https://www.ciperchile.cl/2020/04/20/corrupcion-y-justicia-en-chile/>; von Mühlenbrock, «Discretion and Corruption».

"los tribunales pueden entonces considerarse una estructura jerárquica en la que el juez puede transformar la estructura administrativa en una herramienta para maximizar la corrupción"<sup>49</sup>.

## 4. Análisis y crítica

### 4.1 Algunas observaciones sobre la criminalidad económica en Chile

La criminalidad económica la entendemos separada de la criminalidad proveniente del aparato estatal –salvando con pragmatismo, las críticas a las delimitaciones arbitrarias con otro tipo de criminalidad<sup>50</sup>–, porque en este caso, ya los sujetos de dicha criminalidad, cambian. Si bien, en ambos casos existe abuso y daño, la criminalidad del aparato público es una especie de autosabotaje, donde, fuera de las consecuencias de una criminalidad de estas características, afecta la fe pública y la credibilidad en las instituciones de un Estado, elemento que no poseen los actos criminales de las empresas o personas privadas.

La criminalidad económica en Chile fue desconocida y no regulada por el aparato estatal, al menos, hasta diciembre del año 2009, en que se dicta la Ley N° 20.393. Sin tomar en cuenta el "saqueo" de las empresas públicas en dictadura, existieron 10 años de libre acción criminal, más no delictual, por no existir actos regulados penalmente por la ley antes de dicha Ley. Consideramos que aún esta es condescendiente con la responsabilidad de la empresa, por la adopción de un "modelo de prevención de delitos" o *compliance*, que tiene como efecto establecer una separación entre la responsabilidad del individuo con funciones de dirección, control, supervisión, es decir, una jefatura, y la responsabilidad penal de la empresa sin penas efectivas de cárcel para las Jefaturas y sin una orientación de las multas, o bien una posible indemnización como sanción penal, para paliar las consecuencias abusivas, perjudiciales, y/o dañinas de la actividad de la empresa.

La existencia de estas circunstancias, sumado el hecho que el proceso penal contempla salidas alternativas, conduce a que las personas naturales responsables, reciban sanciones simbólicas, sin ningún efecto de compensación por medio de un castigo proporcional. Una defraudación millonaria al Estado, con recursos obtenidos, entre otros, con los impuestos de las personas y orientados a fines sociales, no puede implicar ligeras sanciones penales a los implicados con libertades vigiladas y cursos de ética, como así lo hicieron con los responsables Carlos Eugenio Lavín y Carlos Alberto Délano, por el caso Penta, antes reseñado<sup>51</sup>.

### 4.2 Surgimiento de un lumpenempresariado y de un lumpenfuncionario

Un producto de la criminalidad económica es una clase *lumpenempresarial*. Es lumpen porque no tiene vínculos de afectividad social con la comunidad donde la gran empresa se instala. Aquello contribuye, o a perder la empatía, o a intensificar su ausencia. Esto es, hasta cierto punto efecto: el que los dueños de las empresas transnacionales son extranjeros, cuyo único fin es obtener riqueza del suelo en el que se establecen y, por ende, no tienen ningún arraigo con el

49 Von Mühlenbrock, "Discretion and Corruption", 345.

50 Rosa María Fernández, "Effects of Economic Crimes on Sustainable Development", en *Peace, Justice and Strong Institutions* (Cham: Springer International Publishing, 2019), 1–9, [http://dx.doi.org/10.1007/978-3-319-71066-2\\_47-1](http://dx.doi.org/10.1007/978-3-319-71066-2_47-1); Nicholas Lord y Michael Levi, "Economic crime, economic criminology, and serious crimes for economic gain: On the conceptual and disciplinary (dis)order of the object of study", *Journal of Economic Criminology* 1, (2023): 1–8, <http://dx.doi.org/10.1016/j.jeconc.2023.100014>.

51 Paulina Toro, "Se cumplen ocho años del caso Penta: Délano y Lavín completaron su condena tras egresar de un programa psicosocial", *CIPER Chile*, 23 de septiembre de 2022, <https://www.ciperchile.cl/2022/09/23/se-cumplen-ocho-anos-del-caso-penta-delano-y-lavin-completaron-su-condena-tras-egresar-de-un-programa-psicosocial/>; Yessenia Márquez, "Sin faltar y con estudios extra: Délano y Lavín finalizan clases de ética por polémico caso Penta", *BioBioChile - La Red de Prensa Más Grande de Chile*, 24 de diciembre de 2019, <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2019/12/24/sin-faltar-y-con-estudios-extra-delano-y-lavin-finalizan-clases-de-etica-por-polemico-caso-penta.shtml>.



territorio. Y si ellos son nacionales, tampoco es visible dichos vínculos de *affectio societatis* con sus coterráneos.

Por otro lado, surgió un *lumpenfuncionario*, el cual y en su gran medida, por provenir de sectores populares y aspirar a un cargo en el aparato estatal, les proporciona un "dominio" propio del cargo, el cual parece "trastornarlos" o "trastocarlos", de tal modo que pretenden olvidar sus orígenes y mimetizarse con quienes ejercen jefaturas, ejerciendo el dominio de modo prepotente y, así, comenzando a separarse de la comunidad en los lazos de afectividad.

Ambos, concentrados en sus propios intereses, formaron un conglomerado espurio de generación de riqueza personal, con la contrapartida del empobrecimiento económico del resto de la población. Todo esto hecho en convergencia y en iguales contribuciones en la realización de sus actos criminales<sup>52</sup>.

### 4.3 Impunidad de la delincuencia y criminalidad de contagio

"La impunidad –según Opatow– es la exención de responsabilidad, pena, castigo o sanción legal para los autores de actos ilegales"<sup>53</sup>, o como señala Eisenbruch, es ausencia de consecuencias<sup>54</sup>. Se requiere el silencio del aparato estatal, haciendo que las víctimas renuncien involuntariamente a su derecho a la justicia<sup>55</sup>.

Opatow lo explica de forma más extensa, del siguiente modo:

[La impunidad] ocurre cuando los delitos no se investigan; los sospechosos de delitos no son llevados a juicio; no se dictan veredictos condenatorios a pesar de que existen pruebas convincentes que establecerían la culpabilidad de los infractores más allá de toda duda razonable; los condenados no son sentenciados o, si lo son, su castigo es tan leve que es completamente desproporcionado con la gravedad de sus delitos; o las sentencias de los condenados no se ejecutan.<sup>56</sup>

La impunidad va de la mano con la corrupción<sup>57</sup> y con la provocación de la violencia<sup>58</sup>, lo que hace que una actitud antiimpunidad sea una actitud cínica<sup>59</sup>. No es solo un fenómeno jurídico, sino que extiende sus efectos a lo social. Por ende, la impunidad no es un estado del juicio que muere con él, sino que se filtra en las capas sociales. En primer lugar, porque es una "falsa promesa" de justicia en un estado de cosas donde "la única reparación posible es la justicia misma, y parte de

52 Aunque los hallazgos muestran que, incluso, podrían existir representantes del Estado que desempeñen un papel mucho más directo en la supervisión, organización y, a veces, en la gestión del crimen, cuestión que podría ser perfectamente, el caso chileno. Véase, Alexander Kupatadze, "BEYOND CONVENTIONAL BOUNDARIES: Examining the Intricate Interplay between Corruption and Organized Crime in the Global South", *World Affairs* 186, n.º 3, (2023): 747–75, <http://dx.doi.org/10.1177/00438200231178852>.

53 Susan Opatow, "Reconciliation in Times of Impunity: Challenges for Social Justice", *Social Justice Research* 14, n.º 2 (2001): 149, <http://dx.doi.org/10.1023/A:1012888902705>. "Impunity is the exemption from accountability, penalty, punishment, or legal sanction for perpetrators of illegal acts".

54 Maurice Eisenbruch, "The cloak of impunity in Cambodia I: cultural foundations", *The International Journal of Human Rights* 22, n.º 6 (2018): 758, <http://dx.doi.org/10.1080/13642987.2018.1454905>.

55 Rosa Ana Alija Fernández y Olga Martín-Ortega, "Silence and the right to justice: confronting impunity in Spain", *The International Journal of Human Rights* 21, n.º 5 (2017): 531, <http://dx.doi.org/10.1080/13642987.2017.1307827>.

56 Impunity can occur before, during, or after judicial processes, or entirely independent of them. It occurs when crimes are not investigated; suspected offenders are not brought to trial; verdicts to convict are not reached despite convincing evidence that would establish offenders' guilt beyond a reasonable doubt; those convicted are not sentenced or, if sentenced, their punishment is so minor that it is completely out of proportion to the gravity of their crimes; or sentences of those convicted are not enforced. Opatow, "Reconciliation in Times of Impunity", 150.

57 Eisenbruch, "The cloak of impunity in Cambodia I", 758.

58 Eisenbruch, "The cloak of impunity in Cambodia I".

59 Tony Reeves, "Impunity and Hope", *Ratio Juris* 32, n.º 4 (2019): 415, <http://dx.doi.org/10.1111/raju.12257>.

la base de la confesión de la culpa, de la prueba respecto a ella, y de su castigo"<sup>60</sup>. En segundo lugar, porque la impunidad justamente es lo contrario a la justicia: es la permisión de la justicia ante la existencia de un "topos", donde, como señalaba Hobbes, el hombre es el lobo del hombre<sup>61</sup>. Y siendo así, surgirían sentimientos de rebelión y venganza.

La pena, básicamente, es castigo. Esa es su realidad material<sup>62</sup>. Que se le quiera dar alguna finalidad por parte del Estado es otra cosa. La pena, en tanto castigo, es compensación social y, mientras esta no exista como compensación, el margen o espacio que queda o falta es el de la impunidad. En ese caso, si la pena impuesta tiene efectos preventivos generales, el residuo de impunidad, también se comunica a la colectividad, no como prevención, sino como injusticia. Por lo que no cumple, si esa es la filosofía, sus funciones o fines preventivos. Dicho de otro modo, existiendo impunidad, los efectos preventivos de la pena socialmente se diluyen y desaparecen y, por el contrario, transmiten un mensaje de disuasión a acatar la ley.

La criminalidad económica se extiende, aún más, al estar apoyada de la corrupción del aparato estatal, porque de no existir esta, se producirían regulaciones y fallos proporcionales a la defraudación o daño ambiental, y no como los fenómenos de cohecho para obtener licitaciones o de favorecimiento de alguna corporación o empresa, cuestión que produce un constante círculo vicioso, a nivel social, pero virtuoso para sus agentes, por el cual, *a mayores concesiones ilícitas del aparato estatal al sector económico, mayores las prebendas de éste a aquél, pasadas, presentes o futuras*.

La hipótesis formulada en un artículo escrito por Bryant (2023) es que en los países donde hay más impunidad menos se ejercen los derechos económicos y sociales<sup>63</sup>. Tomando esto como base, lo que ocurre con la impunidad es un desfavorecimiento de la población general, esto es, los que debieran ser beneficiados de la función del aparato estatal no lo son. Al producirse una estructura de funcionarios corruptos, no se adoptan decisiones para proteger y beneficiar la comunidad, sino solo a aquellos que "pagan" ese derecho. Así, la justicia se transforma en un privilegio y no en un derecho. La preocupación del aparato estatal deja de estar centrada en las funciones propias de su sistema, por lo que deviene en la corrupción del mismo. Con ello, la máquina se colma de fisuras. No solo deja de ser eficaz y eficiente, sino que, además, comienza a destruir su entorno a través del fisurado, como una presa que expele el agua que había de contener. La estructura social toda se corrompe y, como se pierde el cometido del aparato del Estado, no se ejercen controles sociales, o ellos se enfocan en direcciones equivocadas. Por lo demás, si estas actividades criminales contribuyen a la inequidad económica, contribuyen directamente a la generación de delincuencia, porque la existencia del primero es un predictor del segundo y se correlacionan positivamente, porque alentarían a los individuos a resistir los valores e instituciones sociales<sup>64</sup>.

Así, la impunidad de la criminalidad económica y del aparato del Estado –o ambos en connivencia– tendría su correlato en la depauperación económica de la población y la corrupción del aparato estatal. Por ende, los efectos económicos y sociales son siempre perjudiciales ante la existencia de impunidad. Pero, como esta se filtra a todas las capas sociales se produce el efecto de contagiar los efectos criminógenos asociados a la criminalidad económica y del aparato estatal,

60 Sylvia de Castro Korgi, "Impunidad, venganza y ley (más allá del reverso de la ley del padre)", *Desde el jardín de Freud: revista de psicoanálisis*, n.º 5 (2005): 226–41, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2922510>.

61 Thomas Hobbes, *Leviathan*, *Penguin classics* (Harmondsworth: Penguin Books, 1968).

62 Edison Carrasco Jiménez, *Manual sobre las penas* (Santiago: DER, 2024).

63 Michael S. Bryant, "Defeating impunity: Attempts at international justice in Europe since 1914", *Comparative Legal History* 11, n.º 1 (2023): 106–10, <http://dx.doi.org/10.1080/2049677X.2023.2207375>.

64 Eran Itskovich y Roni Factor, "Economic inequality and crime: The role of social resistance", *Journal of Criminal Justice* 86 (2023): 102065, <http://dx.doi.org/10.1016/j.jcrimjus.2023.102065>.

intensificado con la impunidad a otras capas que presentan otras particularidades criminógenas, como el crimen callejero y las organizaciones criminales para el tráfico de estupefacientes, y para cometer diversos otros delitos de apropiación de los bienes muebles, esto es, lo que esté a su disposición para su apropiación. Esta parte de la población conforma un tipo de lumpen, igualmente separado de las relaciones de afectividad con la comunidad y desarraigo territorial. Por ello, la conforman, mayoritariamente, extranjeros, que ya en sus países contaban con antecedentes criminales, sumado a chilenos que no sienten ni tienen pertenencia a su territorio y a su comunidad vecina.

Por ende, la hipótesis se enmarca dentro de la anterior en la siguiente forma: *a mayor criminalidad económica en connivencia con la criminalidad del aparato estatal, mayor será la probabilidad de contagio criminal, a otras capas sociales, o bien, a mayor criminalidad económica y corrupción del aparato estatal, mayor probabilidad de criminalidad callejera*. Y, si a esta criminalidad se añade la impunidad, el efecto criminógeno habría de ser más intenso y extendido. Y este fenómeno, según nosotros, presenta dos características:

*a) motivación criminógena:* el tipo de percepción ciudadana y su resolución a la comisión delictual, dicho en términos coloquiales: "si estos están robando, ¿por qué no nosotros?", y si existe impunidad: "si a estos no los castiga nadie, por qué a nosotros debieran castigarnos". Y eso genera que los actos delincuenciales vayan ascendiendo en peligrosidad y gravedad, en la medida en que la criminalidad económica y la criminalidad del aparato estatal, haya ascendido en peligrosidad y gravedad;

*b) tecnología criminal:* mientras exista una tecnología específica para cometer delitos en la criminalidad económica y el aparato estatal, dicha tecnología se replica, en otras capas sociales que deciden cometer delitos. Por ejemplo, la percepción de la tecnología de grupos económicos que realizan actos criminales, o sea, organizaciones criminales empresariales, tiene su reflejo o réplica, en la tecnología criminal de las organizaciones criminales para el tráfico ilícito de drogas y la apropiación de bienes muebles o robo. Esto es, se modela una empresa, con todos sus procesos, pero para cometer delitos, lo que el Código chileno denomina como "asociaciones criminales" (art. 293 y ss.).

Este contagio, no necesariamente es instantáneo. Hubo de esperarse tiempos y procesos largos de acumulación corruptiva, ya que, normalmente, la criminalidad económica es invisible<sup>65</sup>, como lo es también, la criminalidad del aparato público. Por ende, sus efectos, pueden producirse diferidos en el tiempo.

## 5. Conclusión

■ Los casos expuestos no son todos los ocurridos en Chile, sino que se presentan como una parte de ellos, los cuales, además, sirven aquí de ejemplo. Chile se mantuvo ante el resto de la comunidad mundial como uno de los países con bajas y muy mínimas tasas de corrupción. Pero ello era una hipocresía, ya que Chile era un sepulcro blanqueado, solo que, desde un tiempo hasta esta parte, los huesos y la carne descompuesta comenzó a heder. Y ello fue así, porque ya las conductas corruptivas se hicieron abiertamente y sin pudor, o sea, "más visibles o exacerbadas"<sup>66</sup>.

Cuando existe una criminalidad económica desatada gracias a la corrupción del aparato estatal o criminalidad del aparato del Estado, nunca se ha hablado de "crisis de seguridad", no obstante, que lo podría ser. Incluso y tratándose solo de la criminalidad económica, alguna literatura lo señala como una amenaza a la "seguridad" nacional<sup>67</sup>.

Ahora bien, en los casos de connivencia entre criminalidad económica y la del aparato estatal, en primer lugar, se reduce significativamente, tanto el presupuesto estatal y su calidad, el desarrollo económico sostenible, como el desarrollo de la mediana y pequeña empresa<sup>68</sup>. En segundo lugar, la detentación de los derechos económicos y sociales se hacen inseguros para la ciudadanía, y la depauperación económica que afecta a la población como consecuencia de la criminalidad comentada produce una profunda inseguridad sobre el "techo y el alimento", con claras repercusiones familiares de frustración, enfermedades físicas y mentales, y fenómenos de violencia intrafamiliar<sup>69</sup>.

Por eso que, cuando desde el Ejecutivo en Chile se intenta solucionar el problema delincencial callejero y de organizaciones criminales con el Plan "Calles sin Violencia"<sup>70</sup>, lo más probable es que, o no tendrá ningún efecto, o su impacto será solo mediático, por no haberse implementado planes para combatir la criminalidad económica y la del aparato del Estado. Entonces, la raíz de la violencia callejera, tal vez, tenga su arraigo en la criminalidad económica y en la corrupción estatal.

La política criminal del aparato del Estado en Chile tiene una mirada a corto plazo: reactiva, mas no activa ni planificada. La política criminal debiera ser no una política de cada gobierno, sino una política de Estado, y debiendo la delincuencia ser considerada como un fenómeno sistémico, esto es, que responde a deformaciones del tejido social en otros puntos críticos de él, esto es, los fenómenos sociales que repercutirían en el surgimiento o recrudescimiento de la criminalidad contra la integridad corporal, contra la vida y contra la propiedad básica de las personas. De no considerar el Estado estos aspectos, o basará sus decisiones en paradigmas populistas, o bien llegará tarde siempre al combate eficaz y eficiente de la delincuencia.

66 Rehren, "Corrupción y política local en Chile", 143.

67 Lord y Levi, "Economic crime, economic criminology, and serious crimes for economic gain", 1.

68 Rita Remeikienė y Ligita Gaspareniene, "Effects of Economic and Financial Crime on the Government Budget and the Quality of Public Services", en *Economic and Financial Crime, Sustainability and Good Governance* (Cham: Springer International Publishing, 2023), 173-204, [http://dx.doi.org/10.1007/978-3-031-34082-6\\_8](http://dx.doi.org/10.1007/978-3-031-34082-6_8); Monica Violeta Achim y Sorin Nicolae Borlea, "Effects of Economic and Financial Crimes. Ways of Fighting Against", en *Economic and Financial Crime: Corruption, Shadow Economy, and Money Laundering* (Cham: Springer International Publishing, 2020), 245-71, [http://dx.doi.org/10.1007/978-3-030-51780-9\\_4](http://dx.doi.org/10.1007/978-3-030-51780-9_4); Fernandez, "Effects of Economic Crimes on Sustainable Development".

69 Achim y Borlea, "Effects of Economic and Financial Crimes. Ways of Fighting Against".

70 José Carvajal y Catalina Batarce, "¿Calles sin violencia? Radiografía al plan "estrella" del gobierno", *La Tercera*, 20 de julio de 2024, <https://www.latercera.com/nacional/noticia/calles-sin-violencia-radiografia-al-plan-estrella-del-gobierno/DGSK5YIQURAJFM6C3UJ6CS52LY/>.

65 Davies y Wyatt, "The Invisibility of Crimes of the Powerful", 158.



# Referencias

Achim, Monica Violeta, y Sorin Nicolae Borlea. "Effects of Economic and Financial Crimes. Ways of Fighting Against". En *Economic and Financial Crime: Corruption, Shadow Economy, and Money Laundering*. Cham: Springer International Publishing, 2020. http://dx.doi.org/10.1007/978-3-030-51780-9\_4.

Agnic, Tamara. "Caso coimas: esto es crimen organizado". *El Mostrador*. 17 de noviembre de 2023. https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/columnas/2023/11/17/caso-coimas-esto-es-crimen-organizado/.

Alija Fernández, Rosa Ana, y Olga Martín-Ortega. "Silence and the right to justice: confronting impunity in Spain". *The International Journal of Human Rights* 21, n.º 5 (2017): 531–49. http://dx.doi.org/10.1080/13642987.2017.1307827.

BBC Mundo. "Polémica por marcha "contra colombianos" en Chile". *BBC News Mundo*. 18 de octubre de 2013. https://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/10/131018\_chile\_colombianos\_antofagasta\_jgc.

Bergamini, Kay, Rosa-María Dextre, Kay Bergamini, y Rosa-María Dextre. "Exportación de la contaminación en Chile: Análisis de procedimientos sancionatorios de la Superintendencia del Medio Ambiente, 2013-2019". *EURE* 48, n.º 145 (2022): 1–27. http://dx.doi.org/10.7764/eure.48.145.06.

Bolados García, Paola. "Conflictos socio-ambientales/territoriales y el surgimiento de identidades post neoliberales (Valparaíso-Chile)". *Izquierdas*, n.º 31 (2016): 102–29. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-50492016000600102.

Bolados García, Paola, Valeska Morales Urbina, y Stephanie Barraza López. "Historia de las Luchas por la Justicia Ambiental en las Zonas de Sacrificio en Chile". *Historia Ambiental Latinoamericana y Caribeña (HALAC) revista de la Solcha* 11, n.º 3 (2021): 62–92. http://dx.doi.org/10.32991/2237-2717.2021v11i3.

Bryant, Michael S. "Defeating impunity: Attempts at international justice in Europe since 1914". *Comparative Legal History* 11, n.º 1 (2023): 106–10. http://dx.doi.org/10.1080/2049677X.2023.2207375.

Cabello, Patricio, Rodrigo Torres, y Claudia Mellado. "Conflicto socioambiental y contienda política: encuadres de la crisis ambiental de la marea roja en Chiloé (Chile)". *América Latina Hoy* 79, (2018): 59–79. http://dx.doi.org/10.14201/alh2018795979.

Cárdenas, Andrés. "Las mil caras de la corrupción municipal". *El Mostrador*. 15 de abril de 2024. https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2024/04/15/alcaldes-y-municipios-implicados-en-casos-de-corrupcion/.

Carrasco Jiménez, Edison. *Manual sobre las penas*. Santiago: DER, 2024.

Carrillo, Constanza. "Crisis de seguridad: Valencia dice que "tenemos un problema criminal que es inédito en la historia". *BioBioChile - La Red de Prensa Más Grande de Chile*. 18 de julio de 2024. https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2024/07/18/crisis-de-seguridad-valencia-dice-que-tenemos-un-problema-criminal-que-es-inedito-en-la-historia.shtml.

Carvajal, José, y Catalina Batarce. "¿Calles sin violencia? Radiografía al plan "estrella" del gobierno". *La Tercera*. 20 de julio de 2024. https://www.latercera.com/nacional/noticia/calles-sin-violencia-radiografia-al-plan-estrella-del-gobierno/DGSK5YIQURAJFM6C3UJ6CS52LY/.

Castro, Maolis. "Crisis de seguridad en Chile: la oposición fustiga el plan contra la criminalidad de Boric y pide medidas con resultados a corto plazo". *El País*. 19 de julio de 2024. https://elpais.com/chile/2024-07-19/crisis-de-seguridad-en-chile-la-oposicion-fustiga-el-plan-contra-la-criminalidad-de-boric-y-pide-medidas-con-resultados-a-corto-plazo.html.

Castro, Maolis, y Ana Sanhueza. "Violencia en Chile: El Gobierno de Boric, bajo presión: 16 homicidios en 48 horas desnudan la crisis de seguridad en Chile". *El País Chile*. 18 de julio de 2024. https://elpais.com/chile/2024-07-18/el-gobierno-de-boric-bajo-presion-16-homicidios-en-48-horas-desnudan-la-crisis-de-seguridad-en-chile.html.

CIPER. "Caso Coimas: el paso a paso del "perdonazo" por \$3 mil millones al empresario Daniel Sauer". *CIPER Chile*. 3 de enero de 2024. https://www.ciperchile.cl/2024/01/03/caso-coimas-el-paso-a-paso-del-perdonazo-por-3-mil-millones-al-empresario-daniel-sauer-2/.

Cooperativa.cl. "Caso coimas: Tombolini fue sentenciado a tres años de prisión". *Cooperativa.cl*. 10 de junio de 2004. https://cooperativa.cl/noticias/pais/judicial/caso-coimas/caso-coimas-tombolini-fue-sentenciado-a-tres-anos-de-prision/2004-07-10/132915.html.

Crónica Digital. "Las trabajadoras y los trabajadores del Poder Judicial demandan: "Basta a la corrupción"". *Al servicio de la verdad*. 6 de junio de 2024. https://cronicadigital.cl/2024/06/06/las-trabajadoras-y-los-trabajadores-del-poder-judicial-demandan-basta-a-la-corrupcion-en-el-poder-judicial/.

Davies, Pamela, y Tanya Wyatt. "The Invisibility of Crimes of the Powerful". En *Crime and Power*. Cham: Springer International Publishing, 2021. http://dx.doi.org/10.1007/978-3-030-57314-0\_3.

De Castro Korgi, Sylvia. "Impunidad, venganza y ley (más allá del reverso de la ley del padre)". *Desde el Jardín de Freud: revista de psicoanálisis*, n.º 5 (2005): 226–41. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2922510.

De Luca Yañez, Isidora. "Ángel Valencia, Fiscal Nacional, sobre la crisis de seguridad afirma que "había una necesidad de estandarizar y actualizar la forma de plantear la política de persecución penal"". *Diario Constitucional*. 11 de agosto de 2023. https://www.diarioconstitucional.cl/entrevistas/angel-valencia-fiscal-nacional-sobre-la-crisis-de-seguridad-afirma-que-habia-una-necesidad-de-estandarizar-y-actualizar-la-forma-de-plantear-la-politica-de-persecucion-penal/.

Duce, Mauricio, y Valentina Zagmutt. "La debilidad del sistema de justicia ante delitos de corrupción: causas y vías de salida". *CIPER Chile*. 10 de marzo de 2020. https://www.ciperchile.cl/2020/03/10/la-debilidad-del-sistema-de-justicia-ante-delitos-de-corrupcion-causas-y-vias-de-salida/.

DW Español. "En Chile, el desarrollo inmobiliario y la minería colapsan el terreno". Video de YouTube, 2 de agosto de 2024. https://www.youtube.com/watch?v=Bfx7uikTcik.

Eisenbruch, Maurice. "The cloak of impunity in Cambodia I: cultural foundations". *The International Journal of Human Rights* 22, n.º 6 (2018): 757–773. http://dx.doi.org/10.1080/13642987.2018.1454905.

El Clarín de Chile. "Trabajadores del Poder Judicial exigen el fin de la corrupción y reformas urgentes en el sistema de justicia". *El Clarín de Chile*. 7 de junio de 2024. https://www.elclarin.cl/2024/06/07/trabajadores-del-poder-judicial-exigen-el-fin-de-la-corrupcion-y-reformas-urgentes-en-el-sistema-de-justicia/.

El Mostrador. "Las concesiones al banquillo de los acusados". *El Mostrador*. 13 de junio de 2016. https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2016/06/13/las-concesiones-al-banquillo-de-los-acusados/.

———. "Matthei: "El sistema de sobresueldos era aceptado por los ex Presidentes de la Concertación"". *El Mostrador*. 2 de julio de 2010. https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2010/07/02/matthei-el-sistema-de-sobresueldos-era-aceptado-por-los-ex-presidentes-de-la-concertacion/.

Espinoza, Martín. "El lucrativo negocio de las concesiones y la extraña prórroga de la Autopista del Sol". *Diario Uchile*. 15 de marzo de 2018. https://radio.uchile.cl/2018/03/15/el-lucrativo-negocio-de-las-concesiones-y-el-caso-particular-de-la-autopista-del-sol/.

Fernández Baeza, Mario. *Más allá de la transición*. Santiago: Andante, 1986.

Fernandez, Rosa Maria. "Effects of Economic Crimes on Sustainable Development". En *Peace, Justice and Strong Institutions*. Cham: Springer International Publishing, 2019. http://dx.doi.org/10.1007/978-3-319-71066-2\_47-1.

Financiero, Diario. "Tombolini: "Esperaba una pena más ejemplificadora para Carlos Filippi". *Diario Financiero*. 22 de junio de 2008. https://www.df.cl/empresas/tombolini-esperaba-una-pena-mas-ejemplificadora-para-carlos-filippi.

Fuentes, Rodrigo. "Caso Penta: El día más oscuro para el combate contra la corrupción". *Diario Uchile*. 4 de julio de 2018. https://radio.uchile.cl/2018/07/04/caso-penta-el-dia-mas-oscurο-para-el-combate-contra-la-corrupcion/.

Galarce, Luciano Caputo, y Arnaud Lacoste. "Contaminación fluvial en Valdivia: una historia de postergaciones pactadas". *CIPER Chile*. 16 de junio de 2023. https://www.ciperchile.cl/2023/06/16/contaminacion-fluvial-en-valdivia/.

Galetovic, Alexander, Eduardo Engel, y Ronald Fischer. "Nuevo mecanismo para licitar carreteras en Chile". *CEP Chile*. 2 de abril de 1996. https://www.cepchile.cl/investigacion/nuevo-mecanismo-para-licitar-carreteras-en-chile/.

Gissi, Nicolás, Carolina Pinto Baleisan, Francisca Rodríguez, Nicolás Gissi, Carolina Pinto Baleisan, y Francisca Rodríguez. "Inmigración reciente de colombianos y colombianas en Chile. Sociedades plurales, imaginarios sociales y estereotipos". *Estudios atacameños*, n.º 62 (2019): 127–141. http://dx.doi.org/10.22199/issn.0718-1043-2019-0011.

González, José Miguel. "Columna: Crisis de seguridad: la urgencia es hoy". *IdeaPaís*. 21 de marzo de 2024. https://ideapais.cl/noticias/columna-crisis-de-seguridad-la-urgencia-es-hoy/.

Hartley, Tilman, y Giorgos Kallis. "Interest-bearing loans and unpayable debts in slow-growing economies: Insights from ten historical cases". *Ecological Economics* 188, (2021): 107132. http://dx.doi.org/10.1016/j.ecolecon.2021.107132.

Hobbes, Thomas. Leviathan. *Penguin classics*. Harmondsworth: Penguin Books, 1968.

Itskovich, Eran, y Roni Factor. "Economic inequality and crime: The role of social resistance". *Journal of Criminal Justice* 86, (2023): 102065. http://dx.doi.org/10.1016/j.jcrimjus.2023.102065.

Jordán, Benjamín. "Columna de Benjamín Jordán: La crisis del endeudamiento en Chile". *BioBioChile - La Red de Prensa Más Grande de Chile*. 9 de mayo de 2023. https://www.biobiochile.cl/noticias/opinion/tu-voz/2023/05/09/la-crisis-del-endeudamiento-en-chile.shtml.



Kupatadze, Alexander. "BEYOND CONVENTIONAL BOUNDARIES: Examining the Intricate Interplay between Corruption and Organized Crime in the Global South". *World Affairs* 186, n.° 3 (2023): 747–775. Acceso el 22 de agosto de 2024. <http://dx.doi.org/10.1177/00438200231178852>.

Labbé Valverde, Alberto. "Guerra a los intereses excesivos". *Revista chilena de derecho* 37, n.° 1 (abril de 2010): 197–99. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372010000100014>.

Lemos, María Carmen, David Manuel-Navarrete, Bram Leo Willems, Rolando Diaz Caravantes, y Robert G Varady. "Advancing metrics: models for understanding adaptive capacity and water security". *Current Opinion in Environmental Sustainability, Environmental change assessments*, 21 (2016): 52–57. <http://dx.doi.org/10.1016/j.cosust.2016.11.004>.

Lord, Nicholas, y Michael Levi. "Economic crime, economic criminology, and serious crimes for economic gain: On the conceptual and disciplinary (dis)order of the object of study". *Journal of Economic Criminology* 1 (2023): 1–8. <http://dx.doi.org/10.1016/j.jeconc.2023.100014>.

Márquez, Yessenia. "Sin faltar y con estudios extra: Délano y Lavín finalizan clases de ética por polémico caso Penta". *BioBioChile - La Red de Prensa Más Grande de Chile*. 24 de diciembre de 2019. <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2019/12/24/sin-faltar-y-con-estudios-extra-delano-y-lavin-finalizan-clases-de-etica-por-polemico-caso-penta.shtml>.

Mény, Yves, y Luis de Souza. "Corruption: Political and Public Aspects". En *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*. Oxford: Pergamon, 2001. <http://dx.doi.org/10.1016/B0-08-043076-7/04490-9>.

Monckeberg, María Olivia. *El saqueo de los grupos económicos al Estado chileno*. Santiago: Ediciones B, 2001. <http://archive.org/details/elsaqueodelosgru0000monc>.

Mongabay Latam. "Chile: las 10 historias ambientales que marcaron el 2021". *Noticias ambientales*. 17 de diciembre de 2021. <https://es.mongabay.com/2021/12/chile-las-10-historias-ambientales-que-marcaron-el-2021/>.

Moulian, Tomás. *Chile actual: anatomía de un mito*. Santiago: LOM, 2002.

Nash, Claudio. "Corrupción y justicia en Chile". *CIPER Chile*. 20 de abril de 2020. <https://www.ciperchile.cl/2020/04/20/corrupcion-y-justicia-en-chile/>.

Ojeda, Juan. "El mapa del caso de corrupción que remece al Poder Judicial". *La Tercera*. 13 de abril de 2019. <https://www.latercera.com/nacional/noticia/mapa-del-caso-corrupcion-remece-al-poder-judicial/613051/>.

Olate, Catalina. "Corrupción municipal: CDE ha presentado querrelas en el 40% de las comunas del país y 32 alcaldes han sido imputados". *CIPER Chile*. 11 de agosto de 2023. <https://www.ciperchile.cl/2023/08/11/corrupcion-municipal-cde-ha-presentado-querrelas-en-el-40-de-las-comunas-del-pais-y-32-alcaldes-han-sido-imputados/>.

———. "Los chats del exjuez Poblete revelan cómo ministros de la Suprema piden votos para nombrar notarios". *CIPER Chile*. 6 de junio de 2024. <https://www.ciperchile.cl/2024/06/06/los-chats-del-exjuez-poblete-revelan-como-ministros-de-la-suprema-piden-votos-para-nombrar-notarios/>.

Opotow, Susan. "Reconciliation in Times of Impunity: Challenges for Social Justice". *Social Justice Research* 14, n.° 2 (2001): 149–170. <http://dx.doi.org/10.1023/A:1012888902705>.

Orellana Vargas, Patricio. "Probidad y corrupción en Chile. El punto de quiebre". *Polis. Revista Latinoamericana*, n.° 8 (2004). <https://journals.openedition.org/polis/6120?lang=en>.

Pellon, Antonella. "Expulsan al octavo colombiano por agresión a carabineros en Puerto Montt: tenía antecedentes por hurto". *BioBioChile - La Red de Prensa Más Grande de Chile*. 13 de octubre de 2023. <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2023/10/13/expulsan-al-octavo-colombiano-involucrado-en-agresion-a-carabineros-durante-procedimiento-en-pto-montt.shtml>.

Pérez-Roa, Lorena, y Matías Gómez. "Endeudamiento desigual en Chile: cuánto debemos, en qué lo gastamos y cómo está parado cada uno para la crisis". *CIPER Chile*. 2 de julio de 2020. <https://www.ciperchile.cl/2020/07/02/endeudamiento-desigual-en-chile-cuanto-debemos-en-que-lo-gastamos-y-como-esta-parado-cada-uno-para-la-crisis/>.

Phuong, Ngo T. "14 - Corruption in Vietnam: The current situation and proposed solutions". En *The Changing Face of Corruption in the Asia Pacific*. Estados Unidos: Elsevier, 2017. <http://dx.doi.org/10.1016/B978-0-08-101109-6.00014-9>.

Pizarro, Gabriela, y Pedro Ramírez. "El entierro del Caso SQM: así se fraguó la impunidad para el financiamiento político ilegal". *CIPER Chile*. 16 de abril de 2018. <https://www.ciperchile.cl/2018/04/16/el-entierro-del-caso-sqm-asi-se-fraguo-la-impunidad-para-el-financiamiento-politico-ilegal/>.

Reeves, Tony. "Impunity and Hope". *Ratio Juris* 32, n.° 4 (2019): 415–438. <http://dx.doi.org/10.1111/raju.12257>.

Rehren, Alfredo. "Corrupción y política local en Chile". *Revista de Ciencia Política* 18, n.° 1–2 (1996): 141–153. <https://ojs.ucl.cl/index.php/rcp/article/view/7004>.

Remeikienė, Rita, y Ligita Gaspareniene. "Effects of Economic and Financial Crime on the Government Budget and the Quality of Public Services". En *Economic and Financial Crime, Sustainability and Good Governance*. Cham: Springer International Publishing, 2023. [http://dx.doi.org/10.1007/978-3-031-34082-6\\_8](http://dx.doi.org/10.1007/978-3-031-34082-6_8).

Riffo, Luis. "Crisis migratoria: "Por razones ideológicas se opusieron a políticas más restrictivas"". *BioBioChile Televisión*. 22 de noviembre de 2024. <https://www.biobiochile.cl/biobiotv/programas/radiograma-biobiotv/2023/11/22/crisis-migratoria-por-razones-ideologicas-se-opusieron-a-politicas-mas-restrictivas.shtml>.

———. "Tohá y oposición se enfrentan por cifras de inmigración: "Es una discusión que no tiene destino"". *BioBioChile Televisión*. 21 de noviembre de 2024. <https://www.biobiochile.cl/biobiotv/programas/radiograma-biobiotv/2023/11/21/toha-y-oposicion-se-enfrentan-por-cifras-de-inmigracion-es-una-discusion-que-no-tiene-destino.shtml>.

Riquelme, Francisco. "¿Cuánto es el máximo interés que pueden cobrar los bancos? Endeudar no es incluir". *CIPER Chile*. 26 de abril de 2017. <https://www.ciperchile.cl/2017/04/26/cuanto-es-el-maximo-interes-que-pueden-cobrar-los-bancos-endeudar-no-es-incluir/>.

Rodríguez, Alejandro. "¡Chile es un abuso!, si faltó un día, me van a descontar": Colombiana reclama por leyes laborales y se hace viral". *Publimetro Chile*. 23 de enero de 2024. <https://www.publimetro.cl/social/2024/01/23/chile-es-un-abuso-si-falto-un-dia-me-van-a-descontar-colombiana-reclama-por-leyes-laborales-y-se-hace-viral/>.

Salazar, Gabriel. *En el nombre del poder popular constituyente*. Chile: Siglo XXI, 2011.

———. *En el nombre del poder popular constituyente*. Versión de bolsillo. Santiago, Chile: LOM Ediciones, 2011.

———. *Dispositivo Histórico Para Asambleas Populares De Base Que Se Proponen Desarrollar Su Poder Constituyente*. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2015. <http://papers.ssrn.com/abstract=2768466>.

S.A.P, El Mercurio. "Cardemil reconoce que en el gobierno militar también se pagaban sobresueldos". *Emol*. 20 de noviembre de 2002. <https://www.emol.com/noticias/nacional/2002/11/20/98946/cardemil-reconoce-que-en-el-gobierno-militar-tambien-se-pagaban-sobresueldos.html>.

———. "Suprema absuelve a Patricio Tombolini en caso Coimas". *Emol*. 10 de mayo de 2007. <https://www.emol.com/noticias/nacional/2007/05/10/255411/suprema-absuelve-a-patricio-tombolini-en-caso-coimas.html>.

Sepúlveda, Nicolás. "Caso Coimas: el paso a paso del "perdonazo" por \$3 mil millones al empresario Daniel Sauer". *CIPER Chile*. 27 de noviembre de 2023. <https://www.ciperchile.cl/2023/11/26/caso-coimas-el-paso-a-paso-del-perdonazo-por-3-mil-millones-al-empresario-daniel-sauer/>.

———. "Chats de Hermosilla: conversaciones del abogado revelan su influencia en nombramientos de ministros del Poder Judicial". *CIPER Chile*. 23 de marzo de 2024. <https://www.ciperchile.cl/2024/03/23/chats-de-hermosilla-conversaciones-del-abogado-revelan-su-influencia-en-nombramientos-de-ministros-del-poder-judicial/>.

———. "Los chats del juez que autorizó espionaje militar: lobby para nombrar a una ministra de la Suprema involucró a Mario Desbordes". *CIPER Chile*. 5 de junio de 2024. <https://www.ciperchile.cl/2024/06/05/los-chats-del-juez-que-autorizo-espionaje-militar-lobby-para-nombrar-a-una-ministra-de-la-suprema-involucro-a-mario-desbordes/>.

Toro, Paulina. "Chats de Hermosilla revelan gestiones de la pareja de la suprema Ángela Vivanco en la última nominación de fiscal nacional". *CIPER Chile*. 16 de junio de 2024. <https://www.ciperchile.cl/2024/06/15/chats-de-hermosilla-revelan-gestiones-de-la-pareja-de-la-suprema-angela-vivanco-en-la-ultima-nominacion-de-fiscal-nacional/>.

———. "Se cumplen ocho años del caso Penta: Délano y Lavín completaron su condena tras egresar de un programa psicosocial". *CIPER Chile*. 23 de septiembre de 2022. <https://www.ciperchile.cl/2022/09/23/se-cumplen-ocho-anos-del-caso-penta-delano-y-lavin-completaron-su-condena-tras-egresar-de-un-programa-psicosocial/>.

Toro, Paulina, y Macarena Segovia. "Platas políticas de SQM: la evidencia que acumuló la Fiscalía contra los 34 imputados que zafaron del juicio". *CIPER Chile*. 4 de agosto de 2021. <https://www.ciperchile.cl/2021/08/04/platas-politicas-de-sqm-la-evidencia-que-acumulo-la-fiscalia-contra-los-34-imputados-que-zafaron-del-juicio/>.

Von Mühlenbrock, Gisela. "Discretion and Corruption: The Chilean Judiciary". *Crime, Law and Social Change* 25, n.° 4 (1996): 335–351. <http://dx.doi.org/10.1007/BF00572514>.

Watson, Hayley, y Tanya Wyatt. "Politics, Power and the Media: The Visibility of Environmental and Eco Terrorism". En *Invisible Crimes and Social Harms*. London: Palgrave Macmillan UK, 2014. [http://dx.doi.org/10.1057/9781137347824\\_3](http://dx.doi.org/10.1057/9781137347824_3).

Wyatt, Tanya. "Invisible Pillaging: The Hidden Harm of Corporate Biopiracy". En *Invisible Crimes and Social Harms*. London: Palgrave Macmillan UK, 2014. [http://dx.doi.org/10.1057/9781137347824\\_9](http://dx.doi.org/10.1057/9781137347824_9).





# FGE

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

ECUADOR

Número de edición 008  
Dirección: Juan León Mera N19-36 y Av. Patria  
Edificio Fiscalía General del Estado. Piso 6  
Teléfono: (02) 3985 800 Ext. 173118  
mail: estudiospenales@fiscalia.gob.ec

**Fiscalía General del Estado**  
Dirección de Estudios Penales  
Quito - Ecuador