



POPULISMO PUNITIVO: TRAICIÓN A LA DEMOCRACIA

PUNITIVE POPULISM: BETRAYAL OF DEMOCRACY

POPULISMO PUNITIVO: TRAIÇÃO DA DEMOCRACIA

Leandro Eduardo Astrain Bañuelos¹

Submissão: 25/11/2023

Aprovação: 10/12/2023

RESUMEN:

El advenimiento del estado constitucional y el proceso de transformación jurídica que le es conexo supone también el establecimiento de un conjunto de límites a la potestad punitiva del estado. Sin embargo, en los hechos se advierte una tendencia contraria, por cuanto el legislador penal frecuentemente se mueve por el dictado de normas que incrementan las penas para los delitos existentes o prevén sanciones para nuevas conductas antes no sancionadas. Por lo tanto, en este artículo se advierte de cómo dicha tendencia populista en materia penal es contraria a los principios del garantismo y cómo es que podría encontrarse una salida a esa paradoja.

PALABRAS CLAVE: Constitucionalismo. Derecho penal. Garantías. Populismo Penal. Derecho del estado a castigar.

ABSTRACT:

The advent of the constitutional state and the process of legal transformation that is related to it also supposes the establishment of a set of limits on the punitive power of the state. However, in reality a contrary trend is evident, as the criminal legislator frequently moves to dictate regulations that increase penalties for existing crimes or provide sanctions for new

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Guanajuato. Investigador del Sistema Nacional de Investigadores nivel I del CONACYT. Reconocimiento Perfil Deseable PRODEP de la SEP. Miembro Correspondiente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales. Miembro fundador y actual Presidente de la Sociedad Internacional Germano Latinoamericana de Ciencias Penales (SIGLA-CP). Director del Departamento de Derecho de la Universidad de Guanajuato. E-mail: eduardoastrain@hotmail.com - **Ark:/80372/2596/v12/016**

behaviors not previously sanctioned. Therefore, this article warns of how this populist tendency in criminal matters is contrary to the principles of guaranteeism and how a way out of this paradox could be found.

KEYWORDS: Constitutionalism. Criminal law. Guarantee. Criminal Populism. Right of the state to punish.

RESUMO:

O advento do Estado constitucional e o processo de transformação jurídica que lhe está relacionado supõe também o estabelecimento de um conjunto de limites ao poder punitivo do Estado. Contudo, na realidade, é evidente uma tendência contrária, uma vez que o legislador criminal frequentemente se move para ditar regulamentos que aumentam as penas para crimes existentes ou prevêm sanções para novos comportamentos não sancionados anteriormente. Portanto, este artigo alerta para como esta tendência populista em matéria penal é contrária aos princípios do garantismo e como poderia ser encontrada uma saída para este paradoxo.

PALAVRAS CHAVE: Constitucionalismo. Direito Penal. Garantia. Populismo criminoso. Direito do Estado de punir.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las principales características del régimen democrático es el control y la limitación del poder, tanto del público como del privado, maximizando así los derechos y libertades de los gobernados. Es por ello por lo que la facultad sancionadora del Estado es sometida a controles, evitando así el abuso de autoridad y el ejercicio arbitrario del poder público. Estos controles no son otra que derechos humanos que por su importancia son reconocidos en cartas magnas y en convenciones internacionales. En la medida en que tales derechos sean respetados, se puede afirmar que su aparato represivo es propio de un Estado democrático. Por el contrario, si dicha expresión de poder los violenta sin ningún tipo de consecuencia, utilizando la potestad punitiva para controlar a los gobernados y menoscabar las libertades, entonces ese aparato es más acorde al de un Estado fascista o totalitario.

Precisamente por ello, Giuseppe Bettioli afirma que “es en el campo penal donde se manifiesta en forma más ostensible el carácter democrático o antidemocrático de una

constitución”.² En el mismo sentido, Sergio García Ramírez estima que en el sistema penal “se construye una de las porciones más detalladas y relevantes del orden penal constitucional, donde los derechos humanos tienen un crítico escenario y el autoritarismo puede operar a discreción”.³

Así las cosas, la función del derecho punitivo dependerá del tipo de Estado en el que se encuentre inmerso. En uno de corte dictatorial, es el brazo armado con el que régimen combate a sus enemigos políticos. Es un instrumento que se utiliza para menoscabar las libertades de los gobernados, legitimando las políticas públicas, muchas de ellas contrarias a los Derechos Humanos. Los tipos penales criminalizan la libertad de expresión, la disidencia, la protesta social. Hay un uso selectivo y arbitrario del código penal. Por el contrario, en un Estado democrático, el sistema sancionador tiene una función garantista al ser utilizado para proteger los bienes jurídicos más valioso para la sociedad, para que no sean lesionados ni con los delitos ni con las penas.

Bajo esta tesitura, es posible advertir la manera en la cual el poder punitivo se desdobra en dos vertientes: la administrativa (tanto la contravencional y la disciplinaria) como la penal. Esta última se considera la reacción más grave con la que cuenta el Estado. Por ello se ha desarrollado en su ámbito todo un conjunto de derechos que garantizan la aplicación de la pena pública en un marco de racionalidad y de respeto a la dignidad del ser humano.

Sin embargo, en los últimos años se ha presentado un fenómeno denominado por diversos sectores de la doctrina como populismo penal o punitivo, y que ha propiciado el endurecimiento de las sanciones que se aplican tanto en el ámbito penal como en el marco de otras ramas jurídicas tales como la contravencional, la disciplinaria, la fiscal, la electoral, entre otras. Por esto, resulta indispensable que se respete el aparato garantista del sistema penal a esas otras ramas sancionadoras, pues en no pocas ocasiones esas sanciones se aplican sin un aparato dogmático que dote de seguridad jurídica a los gobernados, ni respetando sus derechos mínimos.

Con esto, la política criminal de los estados modernos se ve abocada a una paradoja, pues por un lado se proclama garantista, mientras que por otro queda aherrojada por una espiral inflacionaria de los tipos penales y las sanciones a imponer, como se verá en el siguiente apartado.

² Citado por García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y el Derecho penal*, México, SEP-SETENTAS, 1976, p. 89.

³ García Ramírez, Sergio, *La constitución y el sistema penal: 75 años (1940-2015)*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2016, p. 43.

II. POLÍTICA CRIMINAL CONTEMPORÁNEA: ENTRE EL POPULISMO PUNITIVO Y LA SOBRECriminalIZACIÓN

Entendemos por política criminal al conjunto de estrategias que implementa el Estado para prevenir y sancionar el fenómeno delictivo.

La primera de estas funciones se lleva a cabo mediante la implementación de políticas públicas que nada tiene que ver con el Derecho penal: el fortalecimiento de los sistemas de salud y deportivo, el fomento al empleo digno con una adecuada remuneración, el desarrollo integral de la familia, el trabajo conjunto con los grupos religiosos, y en general, todo tipo de políticas enfocadas en el mejoramiento del nivel de vida del ser humano y que le garantizan una vida en plenitud. Es así como se van conformando grupos de control social *informales*⁴ que introyectan valores a los gobernados para que adecúen sus comportamientos a las normas sociales y jurídicas. Cuando estas instancias fracasan y un individuo realiza un comportamiento antijurídico, entra en funcionamiento el sistema punitivo, para sancionar el comportamiento desviado, dando paso al control social *formal*, es decir, a aquél que tiene como función esencial el ejercer tal mecanismo. Dentro de este sistema se encuentra el penal, que se encarga de sancionar los comportamientos que más gravemente lesionan los bienes jurídicos más importantes para la sociedad, a través del recurso más violento con el que cuenta el poder público: la pena. Al tratarse de violencia institucional que se antepone a la violencia social, es imprescindible contención, pues no deja de ser violencia que de no ser limitada puede propiciar graves violaciones a los derechos de los gobernados. Por ello se afirma que el Derecho penal es la *ultima ratio* de la política criminal, esto es, el último aparato al que se debe acudir, pues su uso implica restricciones al ejercicio de derechos humanos que en un Estado de libertades debe ser muy excepcional.

No obstante, en México y en la gran mayoría de las democracias contemporáneas la política criminal está sustentada en la sanción y no en la prevención. Todos los problemas sociales pretenden ser resueltos con más Derecho punitivo y por ello estamos siendo testigos de una expansión del aparato represivo en diversas vertientes, lo que

⁴ Reciben esta denominación en virtud de que no tienen como función primaria la de llevar a cabo este tipo de control, sino que lo ejercen de forma indirecta.

se traduce en una sobrecriminalización, es decir, un fenómeno que se refiere a los “exorbitantes niveles de castigo y la enorme cantidad de leyes penales”⁵

En primer lugar, hay un aumento en las conductas tipificadas como delito. La parte especial de los códigos penales se engrosa, convirtiendo al Derecho penal en la *prima ratio* de tal política,⁶ y con ello un llamado de atención al carácter subsidiario de esa rama del orden jurídico.

En segundo lugar, se privilegia el uso de la prisión tanto como medida cautelar como pena. En efecto, la prisión preventiva se convierte en la garantía del proceso penal por antonomasia, siendo aplicada incluso de manera oficiosa por el órgano jurisdiccional. Esta última figura fue producto de una reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, y ha sido severamente cuestionada por la doctrina penal de corte garantista al ser incompatible con el derecho humano a la presunción de inocencia. Entre allá destaca la posición de García Ramírez, para quien se debe rechazar “la prisión preventiva sistemática —que consagraría los procesos en cautiverio, no en libertad— y la entrega al juez de la facultad (que no debe ser usurpada por el legislador mediante ‘pre-juicios’ legislativos) de resolver casuísticamente sobre la pertinencia de la prisión preventiva: es decir, analizar su aplicabilidad caso por caso y conforme a las circunstancias que concurran en él”.⁷ Esta figura recientemente fue declarada inconvencional por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tanto en el caso *Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México* como en el *García Rodríguez y otro vs. México*, dictadas el 7 de noviembre de 2022 y el 25 de enero de 2023, respectivamente, considerando al Estado mexicano

responsable por la violación al derecho a la libertad personal contenido en los artículos 7.1, 7.3, y 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 8.2, contemplado en el mismo instrumento, en relación con la obligación de respetar y de garantizar los derechos establecida en el artículo 1.1 de la Convención,

⁵ Husak, Douglas, *Sobrecriminalización*, traducción de Rocío Lorca Ferreccio, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 42.

⁶ Cfr. Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, reimpresión de la segunda edición, Argentina, Editorial B de F, 2006.

⁷ García Ramírez, Sergio, “La regresión penal”, en García Ramírez, Sergio y Silva Meza, Juan N., *Sistema penal: errores y desvíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020, p. 27.

así como la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno contenida en el artículo 2 de dicho instrumento, por la aplicación de la prisión preventiva...⁸

Por lo que respecta a la prisión sancionatoria, en los códigos penales se privilegia esta pena sobre otras, y se aumenta a niveles irracionales, llegando al absurdo de contar con punibilidades que rebasan con mucho la expectativa de vida de cualquier persona.⁹

En tercer lugar, la expansión se manifiesta a través de la configuración de un régimen penal de excepción dirigido a determinados sectores de la criminalidad y que se caracteriza por la restricción de los Derechos humanos de naturaleza penal de los destinatarios de tal régimen, tanto de tipo sustantivo, como procesal y ejecutivo, mismo que la doctrina identifica con el nombre *Derecho penal del enemigo*,¹⁰ tal y como fue calificado por el profesor alemán Günther Jakobs.¹¹

Pero este fenómeno expansivo no solamente se puede apreciar en el sistema penal. En la actualidad ha contaminado otras ramas de la juridicidad que empiezan a contemplar ciertas figuras restrictivas de derechos humanos y que fueron creadas para atender a la criminalidad más peligrosa. Sin embargo, este endurecimiento no va acompañado de las garantías mínimas que magistralmente ha desarrollado la dogmática penal, dando paso a legislaciones con ciertas tendencias autoritarias en perjuicio del gobernados, pero que pretenden ser justificadas desde un discurso político que polariza y que inventa un falso dilema entre derechos humanos y seguridad pública.¹² Este discurso ha sido identificado como

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*, 7 de noviembre de 2022, párr. 169. En el mismo sentido, Corte Interamericana de Derechos Humanos. *García Rodríguez y otro vs. México*, 25 de enero de 2023, párr. 188.

⁹ En México, la pena de prisión de mayor duración se encuentra contenida en la Ley General para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que señala expresamente en su artículo 11: “Si la víctima de los delitos previstos en la presente Ley es privada de la vida por los autores o partícipes de los mismos, se impondrá a estos una pena de ochenta a ciento cuarenta años de prisión y de doce mil a veinticuatro mil días multa”.

¹⁰ Es tal la importancia que se la ha dado a la lucha contra determinadas manifestaciones de criminalidad, que la comunidad internacional ha conformado un Derecho internacional penal de combate a específicos tipos de delincuencia. Este orden convencional se caracteriza por pretender eficientar la respuesta punitiva frente a esos fenómenos criminológicos, a través de la restricción de derechos fundamentales, lo que genera una clara tensión con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que optimiza el reconocimiento de aquellos.

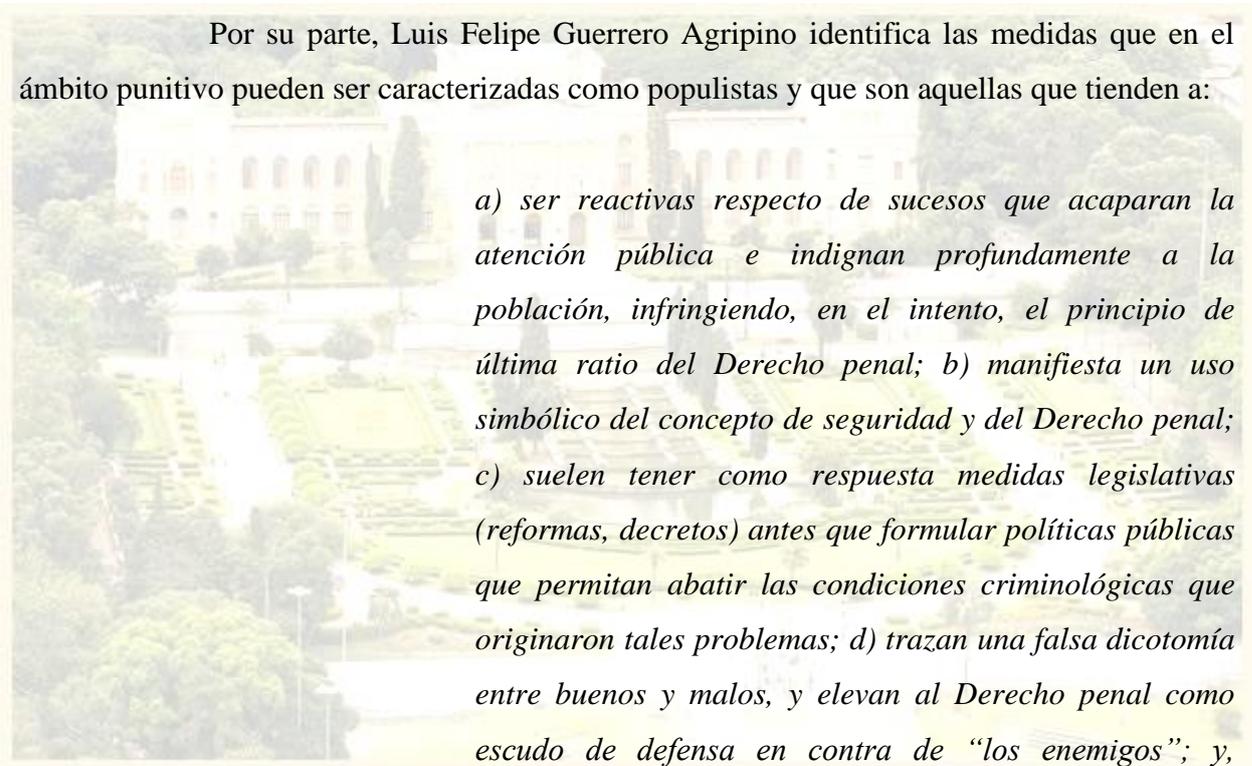
¹¹ Una postura crítica de este régimen puede verse en Astrain Bañuelos, Leandro Eduardo, *El Derecho Penal del Enemigo en un Estado constitucional: especial referencia en México*, Madrid, Marcial Pons, 2017.

¹² Esto se puede apreciar con meridiana claridad en la exposición de motivos de la Ley Federal contra la delincuencia organizada, en la que se señaló expresamente: “México vive momentos delicados en los que sus sistemas de procuración y administración de justicia enfrentan demandas y presiones que pueden llegar a ser contradictorias. Por una parte, se exige de las instituciones que aumenten rápidamente su eficacia en la lucha contra la delincuencia, especialmente la organizada, pero por la otra, siguen presentes con vitalidad las demandas de desterrar del sistema la tortura y otros vicios, y de controlar la arbitrariedad policiaca”.

populismo penal, expresión utilizada por el jurista francés Denis Salas,¹³ con la que se refiere al uso demagógico del derecho penal para dar respuesta a una sociedad sedienta de seguridad pública y que demanda del Estado políticas contundentes para erradicar la violencia y la delincuencia, a costa de lo que sea.

Este concepto también es conocido como *populismo punitivo*, que, a decir de Alejandro Nava Tovar, “es mencionado en la esfera pública y en los debates sobre los usos y fines del derecho penal por criminólogos y penalistas, quienes lo mencionan de forma despectiva y como advertencia de que las fronteras del Derecho penal se quiebran ante la expansión de exigencias irracionales provenientes de los medios de comunicación, la sociedad civil y los legisladores”.¹⁴

Por su parte, Luis Felipe Guerrero Agripino identifica las medidas que en el ámbito punitivo pueden ser caracterizadas como populistas y que son aquellas que tienden a:

- 
- a) ser reactivas respecto de sucesos que acaparan la atención pública e indignan profundamente a la población, infringiendo, en el intento, el principio de *última ratio* del Derecho penal;
 - b) manifiesta un uso simbólico del concepto de seguridad y del Derecho penal;
 - c) suelen tener como respuesta medidas legislativas (reformas, decretos) antes que formular políticas públicas que permitan abatir las condiciones criminológicas que originaron tales problemas;
 - d) trazan una falsa dicotomía entre buenos y malos, y elevan al Derecho penal como escudo de defensa en contra de “los enemigos”; y,
 - e) abogan por un debilitamiento de las garantías procesales y dogmáticas que ofrece el Derecho penal.¹⁵

¹³ Citado por Ferrajoli, Luigi, “El populismo penal en la sociedad del miedo”, en Zaffaroni, Eugenio Raúl *et al.*, *La emergencia del miedo*, Argentina, Ediar, 2013, p. 60.

¹⁴ Nava Tovar, Alejandro, *Populismo punitivo. Crítica del discurso penal moderno*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, ZELA, 2021, p. 3.

¹⁵ Guerrero Agripino, Luis Felipe, *Paradigmas de los Derechos Humanos en el sistema punitivo mexicano. Realidades, riesgos y desafíos*, México, Grañen Porrúa, 2018, p. 23.

Así las cosas, este discurso va degenerando las estructuras democráticas de los Estados al grado tal que el sistema punitivo es utilizado para menoscabar las libertades de los gobernados ante la menor provocación, olvidando que los derechos humanos no son otra cosa que límites a la soberanía de los Estados.

III. PRINCIPIOS PENALES APLICABLES A TODO EL DERECHO PUNITIVO

A partir del pensamiento liberal del siglo XVIII, la reacción punitiva se comienza a racionalizar a través de un conjunto de principios reguladores del procedimiento penal, que no son otra cosa que derechos humanos reconocidos en declaraciones, constituciones y convenciones internacionales. Con ello da inicio el periodo humanitario del Derecho penal, que se va consolidando con el paso de los años a través de un proceso de progresión, que exige no solo un trato humano a la persona infractora, sino también un tratamiento científico al estudio del delito y del delincuente. Derivado de lo anterior, una de las ramas de la ciencia del Derecho que ha alcanzado un alto grado de científicidad es la dogmática penal, disciplina que ha pretendido establecer las bases para que en cada caso concreto se determine con el mayor grado de precisión posible si un sujeto ha cometido un hecho típico, antijurídico y culpable, y si por ello es merecedor de la pena. Esto es así porque la restricción de derechos que es inherente a la sanción penal representa graves consecuencias para los seres humanos, cuya imposición no puede ser el resultado de un ejercicio arbitrario o irreflexivo, sino producto de un análisis metódico y respetuoso de todos los derechos de naturaleza penal.

El más importante de esos principios penales es el de *dignidad humana*, pues es la base a partir de la cual se debe construir todo el orden jurídico. Esta dignidad es un atributo que tiene todo ser humano por el solo hecho de serlo, y por virtud del cual es merecedor de respeto y protección, que no se puede desconocer en ningún momento y en ninguna circunstancia.

Aunque tal principio comienza a ser desarrollado hasta mediados del siglo pasado y en el marco de la configuración del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el pensamiento garantista penal ya lo reconocía precisamente en el principio de *humanidad de las penas*, por virtud del cual quedaron proscritas todas las sanciones crueles, inhumanas y degradantes.

El principio de legalidad en materia penal, formulado en la locución latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*, otorgó seguridad jurídica a todos los gobernados, al prohibir imponer sanciones por hechos que no fueran considerados delictivos por una ley vigente y aprobada con anterioridad al hecho.

Pero el legislador no tiene un cheque en blanco para criminalizar lo que quiera. El principio *exclusiva protección de bienes jurídicos* solo legitima la intervención penal cuando el comportamiento ha afectado un bien jurídico merecedor y necesitado de protección penal. Por ende, también la actuación del juzgador se encuentra limitada por este principio, ya que en todo caso concreto sometido a su consideración deberá verificar la lesión o puesta en peligro al bien jurídico de la víctima.

Pero no toda afectación a un bien jurídico interesa al Derecho penal, sino solo aquellas que resulten de ataques que revelen una mayor peligrosidad desde el punto de vista social. Por eso se afirma que tiene un *carácter fragmentario*. Determinadas lesiones pueden ser atendidas por otras ramas del orden jurídico menos agresivas.

Derivado de lo anterior, el Derecho penal es considerado como la *ultima ratio* de la política criminal, debe tener una intervención mínima y subsidiaria. Solo se debe de encargar de aquellos problemas que tengan mayor impacto social. Distraerlo con asuntos que pueden ser resueltos a través de diversos mecanismos lo desnaturaliza y provoca que desatienda los fines que legítimamente tiene encomendados.

La reacción penal no debe ser desmesurada, pues tiene que representar una justa medida ante la magnitud del daño causado, evitando convertir al Derecho penal en un acto vindicativo. Por ello, el principio de *proporcionalidad* exige que la pena o la medida de seguridad esté impuesta en relación con el bien jurídico afectado o con la peligrosidad del delincuente.

Finalmente, en virtud del principio de *culpabilidad*, la responsabilidad penal siempre se sustentará en el acto realizado por un sujeto con capacidad de discernimiento.

Aunado a estos principios de carácter sustantivo, se han ido desarrollando otros de tipo procesal, entre los que destacan la *presunción de inocencia*, el *ne bis in idem*, la *prohibición de la tortura* y el *debido proceso*. Las dos primeras también tienen una connotación sustantiva, como veremos a continuación.

La *presunción de inocencia* exige que toda persona sea tratada como inocente hasta que no quede demostrada plenamente su culpabilidad, resultado de una sentencia condenatoria inimpugnable. Ello no es una mera declaración formal pues implica que durante

todo el proceso se deben evitar prácticas que adelanten un juicio de responsabilidad, como es el caso de la exposición pública del presunto infractor o la imposición de medidas como el arraigo y la prisión preventiva. En su aspecto sustantivo, este principio impone al legislador la obligación de evitar normas que impongan cargas procesales a los gobernados para acreditar su inocencia, como es el caso de la pérdida de la propiedad por extinción de dominio o en el tipo penal de enriquecimiento ilícito que considera como tal todo ingreso que el servidor público no pueda comprobar haberlo obtenido lícitamente.

El principio *ne bis in idem*, también conocido como *non bis in idem*, prohíbe juzgar a una persona en más de una ocasión por el mismo hecho, independientemente del sentido del fallo, así como también impide sancionar en más de una ocasión un mismo hecho. Este derecho humano evita la sobrecriminalización y por ello también es un límite para el legislador, pues en la norma penal se debe evitar sancionar en más de una ocasión un mismo hecho.

El derecho humano a la integridad personal es uno de los pilares que se desprende del respeto a la dignidad humana. Se refiere al conjunto de condiciones positivas y negativas que permiten a la persona gozar de salud física y mental, así como el respeto a su integridad moral. Derivado de este derecho es que ha quedado proscrita la tortura, como medio de prueba o castigo durante el procedimiento penal, así como cualquier trato que resulte cruel, inhumano o degradante.

El *debido proceso* congrega una serie de derechos adjetivos que garantizan la defensa efectiva y la igualdad procesal, haciendo los ajustes necesarios para evitar colocar a alguna parte en situación de desventaja o vulnerabilidad. Derechos a la no autoincriminación, a contar con un abogado, a la asistencia consular si se es extranjero, a contar con un intérprete si no se habla el mismo idioma del lugar, entre otros, son algunas de las condicionantes inexorables para garantizar un proceso penal justo.

Finalmente, en el ámbito de la ejecución de sanciones, el derecho humano a la *readaptación social*, o *reinserción social* como le denomina el constituyente mexicano, se traduce en un ofrecimiento que hace el Estado al infractor para que se reintegre al núcleo social una vez que lleve a cabo una serie de actividades educativas, laborales, recreativas, deportivas y sanitarias, todas en el marco del respeto a los derechos humanos. La Ley Nacional de Ejecución penal mexicana define a la *reinserción social* en su artículo 4º como “la restitución del pleno ejercicio de las libertades tras el cumplimiento de una sanción o medida ejecutada con respeto a los derechos humanos”.

Todos estos principios conforman el programa penal convencional y constitucional que dota al Derecho penal de una esencia garantista al considerarlo eminentemente protector de los bienes jurídicos más valiosos para los seres humanos. Por esta consideración, no resulta difícil de comprender que Franz von Liszt afirmara que el código penal era la carta magna del delincuente, que no surgía para proteger a la sociedad, sino al individuo que se rebelaba en contra de ella.¹⁶

Estos principios limitadores no habían sido observados por las restantes ramas punitivas, pues sus sanciones no se consideraban de la misma gravedad, ni sus procesos tenían el carácter estigmatizador del sistema penal. Pero ahora que comienzan a endurecerse las consecuencias jurídicas y que muchas de las técnicas especiales de investigación penal restrictivas de derechos humanos empiezan a ser implementadas también en esas otras ramas, es necesario también respetar el aparato garantista desarrollado por el Derecho penal.

Esto ha sido reconocido tanto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En este sentido el Alto Tribunal ha considerado que en este campo es imprescindible referirse al artículo 1o. constitucional, ya que la dignidad humana por él protegida es la condición y base de todos los derechos humanos. Además, al proteger la autonomía de la persona, rechaza cualquier modelo de Estado autoritario que permita proscribir ideologías o forzar modelos de excelencia humana a través del uso del poder punitivo. Por ende, el derecho penal no puede sancionar la ausencia de determinadas cualidades o la personalidad, porque está limitado a juzgar actos. Afirmación que necesariamente debe ser enlazada con el principio de legalidad, protegido por el artículo 14, tercer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecer que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. Esta disposición es la que revela, del modo más claro y literal posible, que el derecho penal únicamente puede prohibir la comisión de conductas específicas (no la personalidad); es decir, sólo aquel acto prohibido por una norma penal, clara y explícita, puede dar lugar a una sanción. Por otro lado, también debe considerarse el actual contenido del segundo párrafo del artículo 18 constitucional. El hecho de que la Constitución haya eliminado la posibilidad de que el sistema penal opere bajo la premisa de

¹⁶ Señala Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoría del Delito*, traducción de la segunda edición alemana de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Editorial Thomson Civitas, 1997, p. 138, que esta expresión fue utilizada por primera vez por Liszt en el informe del año de 1893 para la Unión Internacional de Derecho Penal (IKV), impreso en: *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 1905 y reimpresso en 1970.

que alguien es desadaptado, fundamenta la convicción de que nuestro sistema se decanta por un derecho penal sancionador de delitos, no de personalidades. Así, el abandono del término "delincuente" también exhibe la intención de eliminar cualquier vestigio de un "derecho penal de autor", permisivo de la estigmatización de quien ha cometido un delito. Esta conclusión se enlaza con la prohibición de penas inusitadas contenida en el artículo 22, primer párrafo, constitucional, la cual reafirma la prohibición de que cualquier consideración vinculada con etiquetas a la personalidad tenga incidencia en la punición.

Algunas voces se han alzado en contra de esta consideración, afirmando que los penalistas pretendemos ahora penalizar al Derecho administrativo sancionador y al disciplinario. Afirmamos contundentemente que esto no es así. Es el propio legislador quien lo ha hecho, y en todo caso, lo que buscamos es limitar el poder punitivo en tales ramas jurídicas, para que, en la medida que endurezcan sus respuestas, sean respetados con mayor exigencia los derechos de los gobernados.

Es así como se nos presenta un verdadero reto para los juristas: delimitar los campos de acción entre el Derecho penal, el Derecho administrativo sancionador y el Derecho disciplinario. Así como no es conveniente penalizar la Constitución ni a otras ramas del orden jurídico, tampoco es pertinente administrativizar a la Constitución ni al Derecho penal.

Aunado a lo anterior, frente a esta progresión penal que se había presentado a partir del pensamiento liberal dieciochesco y durante la mayor parte de los siglos XIX y XX, estamos siendo testigos de evidentes regresiones que están siendo incorporadas tanto en el texto fundamental de México, como en ciertas convenciones internacionales que pretenden combatir de manera efectiva determinados fenómenos criminales. Si se parte de la errónea premisa que los Derechos Humanos han sido los responsables de la impunidad y del aumento de la criminalidad, no resulta cuestionable estimar que la lucha efectiva contra la criminalidad se dará a través de las restricciones a esos derechos. No obstante, los resultados son nulos, pues las causas de la delincuencia no son combatidas, el sistema punitivo se distrae y deja de atender los casos a los que legítimamente está llamado a atender y los gobernados son violentados en sus derechos más básicos, produciendo el abuso de autoridad y el ejercicio arbitrario del poder público.

Así, la actual política criminal resulta incompatible con el Derecho penal propio de un régimen democrático, al encontrarse en clara contradicción con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y con los derechos fundamentales que han sido

reconocidos a los destinatarios del sistema penal a lo largo del devenir constitucional de México.

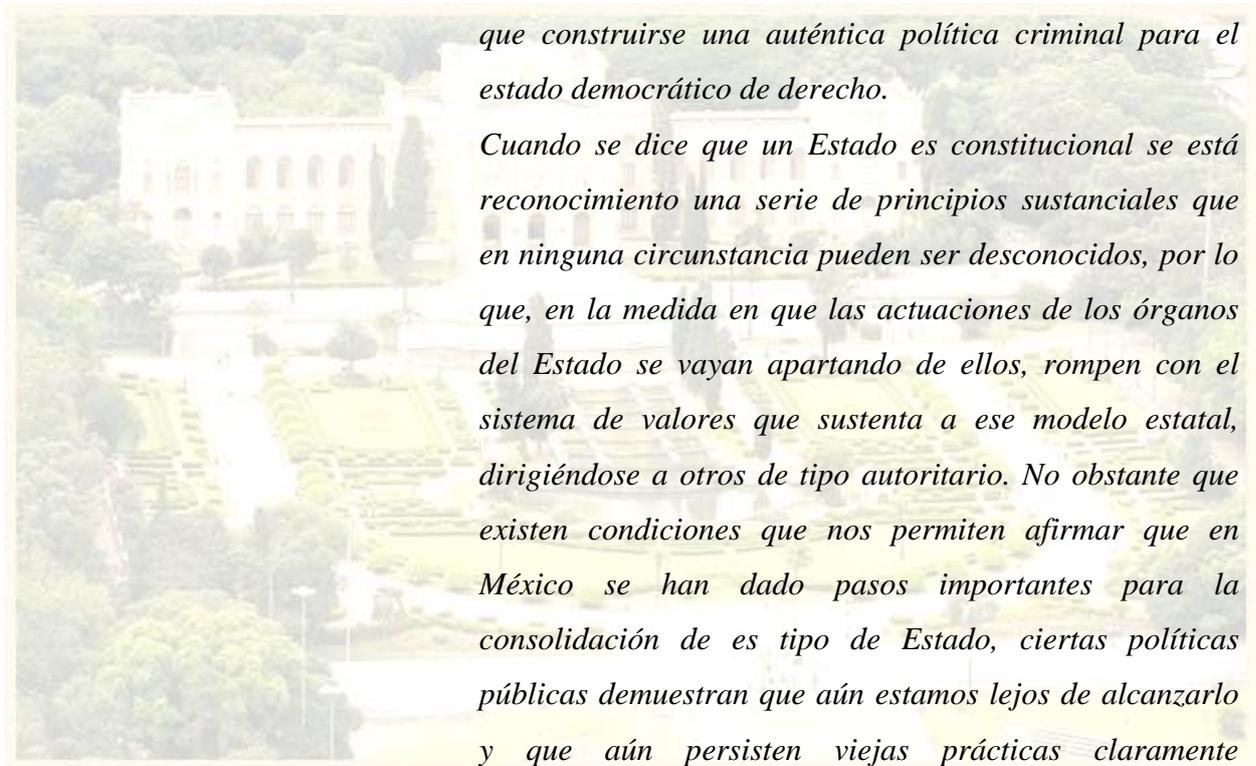
Por ello, es indispensable un viraje en dicha política, y regresar a los senderos que van marcando con paso lento pero firme, los derechos humanos tanto de fuente convencional como constitucional.

IV. CONCLUSIÓN

La crisis de seguridad acompañada de altos niveles de violencia ha fomentado el discurso populista punitivo, que solamente da respuestas demagógicas a los graves problemas sociales que estamos viviendo relacionados con la criminalidad. Consecuencia de ello, el aparato punitivo se endurece en todas sus ramas, los derechos humanos son relativizados y los problemas sociales se recrudecen. Sin duda, es necesario revertir esta tendencia, pero ¿cuál puede ser el camino para ello? Algunas coordenadas en este sentido pueden ser las siguientes.

En esencia, parece que la inflación de los tipos penales y el incremento de las sanciones aplicables, atentan contra el ideal del estado constitucional. En efecto, Luigi Ferrajoli distingue dos tipos de Estado de Derecho: el Estado legislativo de Derecho y el Estado Constitucional de Derecho. En el primero, todos los poderes públicos se someten al imperio de ley, pues ella es producto de un legislador electo democráticamente y en el cual se deposita la voluntad popular. En ese modelo, existe una función protagónica del poder legislativo, pues es que crea la ley, mientras que la función del poder judicial es más discreta, al convertirse exclusivamente en la boca de la ley. En cambio, en el Estado constitucional todos los poderes, incluido el legislativo, se someten al imperio de una serie de principios constitucionales contenidos de forma expresa o tácita en la Carta Magna. Por ello, el

poder judicial tiene una función preponderante, ya que al ser el defensor de la ésta, puede apartarse de leyes que violen esos principios constitucionales, no aplicándolas en el caso concreto sometido a su consideración y haciendo prevalecer la Constitución, a través del control de constitucionalidad, difuso o concentrado, según corresponda.¹⁷ Esos principios constitucionales son, principalmente: el reconocimiento de derechos humanos, la división de poderes, el régimen democrático y el control de regularidad constitucional, y sobre esas bases tendría que construirse una auténtica política criminal para el estado democrático de derecho.



Cuando se dice que un Estado es constitucional se está reconociendo una serie de principios sustanciales que en ninguna circunstancia pueden ser desconocidos, por lo que, en la medida en que las actuaciones de los órganos del Estado se vayan apartando de ellos, rompen con el sistema de valores que sustenta a ese modelo estatal, dirigiéndose a otros de tipo autoritario. No obstante que existen condiciones que nos permiten afirmar que en México se han dado pasos importantes para la consolidación de es tipo de Estado, ciertas políticas públicas demuestran que aún estamos lejos de alcanzarlo y que aún persisten viejas prácticas claramente violatorias de derechos humanos. Esto se puede apreciar en la implementación de regímenes penales de excepción y en la restricción de derechos fundamentales, porque ellas se traducen en violaciones a diversos derechos humanos que deben tener por el solo hecho de ser personas.

Es por ello por lo que resulta indispensable la supresión de esas disposiciones jurídicas, pues ellas no superan un examen de convencionalidad, lo que podría provocar una

¹⁷ Cfr. Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en Carbonell, Miguel (coordinador), *Neoconstitucionalismo(s)*, segunda edición, Madrid, Editorial Trotta, 2005, p. 13-14.

nueva condena al Estado mexicano al no armonizar su orden jurídico interno con lo contenido en los tratados internacionales que ha suscrito y que por ello le resultan vinculantes. Aunque el presente trabajo se ha centrado exclusivamente en el tema del populismo penal, es claro que existen disposiciones legales relacionadas con este aspecto que no superan el test de convencionalidad, por lo que es urgente que nuestro sistema concrete la supresión de toda norma incompatible con su propio sistema de valores y con la normativa internacional de los Derechos Humanos. De no hacerlo, de nada servirán todos los importantes avances logrados en esa materia hasta este momento.

BIBLIOGRAFÍA

Astrain Bañuelos, Leandro Eduardo, *El Derecho Penal del Enemigo en un Estado constitucional: especial referencia en México*, Madrid, Marcial Pons, 2017.

Ferrajoli, Luigi, “El populismo penal en la sociedad del miedo”, en Zaffaroni, Eugenio Raúl *et al.*, *La emergencia del miedo*, Argentina, Ediar, 2013.

Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en Carbonell, Miguel (coordinador), *Neoconstitucionalismo(s)*, segunda edición, Madrid, Editorial Trotta, 2005.

García Ramírez, Sergio, “La regresión penal”, en García Ramírez, Sergio y Silva Meza, Juan N., *Sistema penal: errores y desvíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.

García Ramírez, Sergio, *La constitución y el sistema penal: 75 años (1940-2015)*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2016.

García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y el Derecho penal*, México, SEP-SETENTAS, 1976.

Guerrero Agripino, Luis Felipe, *Paradigmas de los Derechos Humanos en el sistema punitivo mexicano. Realidades, riesgos y desafíos*, México, Grañen Porrúa, 2018.

Husak, Douglas, *Sobrecriminalización*, traducción de Rocío Lorca Ferreccio, Madrid, Marcial Pons, 2013.

Nava Tovar, Alejandro, *Populismo punitivo. Crítica del discurso penal moderno*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, ZELA, 2021.

Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoría del Delito*, traducción de la segunda edición alemana de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel

Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Editorial Thomson Civitas, 1997.

Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, reimpressão de la segunda edición, Argentina, Editorial B de F, 2006.



All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

ISSN da versão impressa: **2236-5796**

ISSN da versão digital: **2596-111X**

academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br

www.apd.org.br



This work is licensed under a [Creative Commons License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)