

## SOBRECRIMINALIZACIÓN: MÁS DERECHO PENAL Y MENOS ESTADO CONSTITUCIONAL

*Overcriminalization: More Criminal Law and Less Constitutional State*

Leandro Eduardo ASTRAIN BAÑUELOS\*

Universidad de Guanajuato, México

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0516-4501>

doi: <https://doi.org/10.15174/cj.v15i29.555>

NAVA TOVAR, Alejandro, *Populismo Punitivo. Crítica del discurso penal moderno*, Ciudad de México, Lima, Instituto Nacional de Ciencias Penales-Zela, 2021.

La obra constituye una profunda reflexión sobre el estado actual de la política criminal contemporánea y los nulos resultados que se han obtenido para reducir los índices de criminalidad y alcanzar la seguridad pública que tanto anhelan las sociedades en la actualidad. El aparato represivo se endurece a partir de las demandas de grupos promotores de la criminalización, que exigen al Estado una política de tolerancia cero frente a la delincuencia, aun cuando ello implique la disminución y, en no pocos casos, la supresión de algunos derechos humanos de quienes presuntamente han cometido un hecho delictivo.

191

El autor desarrolla su trabajo en el marco del discurso garantista, que ha sido construido por el derecho penal a partir de su humanización durante el siglo dieciochesco y cuya progresión no ha alcanzado su punto culminante. No obstante los importantes avances en la racionalización del *ius puniendi* estatal, el autor identifica que las directrices de la política criminal actual se enfocan en el aumento de los tipos penales y en el incremento de la duración de la pena privativa de libertad, llevándola incluso a niveles kafkianos. Esto constituye una evidente contradicción de la función del derecho penal en un Estado constitucional, caracterizada por la minimización de la violencia tanto social como estatal a través de la protección de los bienes jurídicos más valiosos para la sociedad, para que no sean lesionados ni con los delitos ni con las penas.

Agregaría una tercera tendencia, igualmente preocupante, en la implementación de políticas públicas para atender el fenómeno criminal: la configuración de un ré-

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Guanajuato. Investigador del Sistema Nacional de Investigadores, nivel I, del CONAHCYT. 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 de la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato.

gimen penal de excepción dirigido a atender determinados fenómenos de la criminalidad —en el caso mexicano a la delincuencia organizada—, caracterizado por la restricción de derechos humanos y que, precisamente por ello, requiere de su constitucionalización en aras de buscar a toda costa su legitimidad, como si el problema fuera de formas y no de contenidos. Particularmente, en México hemos iniciado ya un largo proceso de reformas constitucionales —desde 1993 hasta la actualidad— por medio del cual penalizamos nuestra carta magna en vez de constitucionalizar el derecho penal. Las regresiones penales como, por ejemplo, el arraigo, la prisión preventiva oficiosa y la extinción de dominio, se convierten en restricciones contenidas en la Constitución, aún y cuando ellas nieguen o contradigan otros principios sustanciales también contenidos en la propia ley fundamental, tales como el derecho humano a la libertad deambulatoria o la presunción de inocencia.

Pero el dramático escenario que viven los derechos humanos en el sistema penal no es producto de la improvisación o de la ocurrencia, aunque lo parezca. Es el resultado de un discurso populista que nace en los medios de comunicación masiva y que poco a poco va contagiando otros sectores, como un virus silencioso pero letal, hasta lograr su objetivo: gobernar a través del miedo y de la prisión.

El punto de partida de las reflexiones de Nava Tovar es el concepto de *populismo punitivo*, término utilizado «de forma despectiva y como advertencia de que las fronteras del derecho penal se quiebran ante una expansión de exigencias irrationales provenientes de los medios de comunicación, la sociedad civil y los legisladores» (p. 3). Reconoce lo complejo que resulta definir tal concepto, pues se encuentra conformado por dos términos que tampoco tienen un contenido específico: populismo y punitivo.

Señala que el primero de ellos es un concepto «amorfo, huidizo, especioso», utilizado por políticos tanto de izquierda como de derecha a fin de acusar a la parte contraria de inmoralidad política (p. 8), y cuyos cinco rasgos esenciales (no exentos de controversia) son los siguientes: se presenta como una reacción hostil a la democracia y sus instituciones, pues estas son calificadas de corruptas, insuficientes y portadoras de intereses particulares; también como respuesta a una crisis extrema de tipo económico, político, social o de violencia y seguridad; es una ideología carente de valores y por ello puede recorrer espectros políticos muy amplios; a través del populismo suele exaltarse a un líder cuyas características le permiten mover masas; y finalmente, suele entenderse como una expresión de la soberanía del pueblo, siempre desconfiado de las élites en el poder (pp. 11-16).

Una vez analizados los rasgos esenciales del populismo, el autor procede a explicar el populismo punitivo a partir de las dos tesis que lo fundamentan: la exclusión de medidas alternativas a la prisión y la desproporcionalidad de las penas (pp. 19-23). En relación con la primera tesis, Nava Tovar afirma que «para el populismo punitivo las medidas alternativas a la prisión son un estorbo para la impartición de justicia». Por ello, la sociedad rechaza medidas tales como la mediación, la conciliación y la junta restaurativa, no obstante que a través de estas figuras se puede hacer más eficaz al sistema penal e incluso humanizarlo. Esta es la razón por la cual el sistema de justicia penal implementado en México a partir de la reforma constitucional de 2008 está fracasando,

porque los pilares en los que se fundamenta —mecanismos alternativos de solución de controversias, presunción de inocencia e investigación científica— han sido desplazados por medidas que privilegian la prisión —ya sea como medida cautelar o como pena— como el principal recurso de combate a la delincuencia.

Respecto a la segunda de las tesis, refiere nuestro autor que «para el populismo punitivo las penas deben ser ejemplares para la mejora de la sociedad» y por ello:

[...] busca institucionalizar legislaciones autoritarias, opuestas al garantismo penal, que mermaría los derechos fundamentales de todas aquellas personas que sean objeto de un proceso penal, si con esto el grupo político dominante puede ganar legitimidad política, ya sea para ganar una contienda electoral o mantener el poder, sin importar la ideología política erigida por dicho grupo.

No obstante lo anterior, la nula efectividad de esta política pública ha sido evidenciada por los estudiosos de la criminología y del derecho penal, al reconocer los escasos efectos disuasorios de las penas privativas de libertad de larga duración.

Para cumplir con su cometido, el populismo punitivo requiere la intervención de diversos actores sociales. El proceso de sobrecriminalización iniciará una vez que los medios de comunicación infundan miedo en la sociedad, a través de la exposición de los crímenes más violentos y atroces. Esta criminología mediática es la materia del segundo capítulo del libro; en él, Nava Tovar da muestra de su ojo clínico al exponer no solo sus características negativas, sino también los perfiles de los participantes explotados en los medios de comunicación: «los delincuentes vistos como demonios populares, las víctimas con o sin voz en la esfera pública, las agencias policíacas corruptas y/o ineficaces ante el crimen y los vengadores anónimos como representantes de la justicia verdadera» (p. 40).

193

No obstante que el tema estudiado por el autor ha sido analizado desde distintas perspectivas y con varios enfoques, tanto por criminólogos como por penalistas, el tratamiento que hace Nava Tovar del populismo punitivo en las redes sociales es novedoso. Estas permiten continuar con «la exposición de noticias amarillistas que pertenecen al campo de los medios tradicionales [...] las noticias pueden repetirse continuamente y guardarse en los teléfonos inteligentes y las computadoras, para saciar así el morbo social o aumentar el grado de pánico y furia» (p. 69). Asimismo, son el medio en el que la ciudadanía expresa su furia social respecto al crimen, y que con frecuencia suele conducir a linchamientos mediáticos. La responsabilidad penal del individuo es el resultado de un juicio sumario y colectivo, sin pruebas ni oportunidad de defensa. Dice nuestro autor: «280 caracteres pueden tener mayor peso que una investigación sólida, producto de años de esfuerzo» (p. 74). Es así como se va preparando el terreno para castigos institucionales irracionales. La política de linchamiento cede paso a la política del oportunismo.

Una vez que la sociedad demanda del Estado más prisión y menos derechos humanos, corresponde a los operadores de la criminalización primaria legislar para satisfacer los reclamos punitivos. El derecho penal deja su carácter subsidiario y se convierte en la

*prima ratio* de la política criminal. El proceso de expansión penal, cualitativa y cuantitativamente se traduce en el engrosamiento de los códigos penales (p. 96) y en el uso por antonomasia de la pena de prisión de larga duración. Por ello, Nava Tovar apela a una política criminal racional, sustentada en tres principios fundamentales: seguridad, legalidad y dignidad. Sobre estos principios es rica la doctrina que ha desarrollado la dogmática penal de orientación humanista, en la que se inscribe la escuela de pensamiento penal de la Universidad de Guanajuato.

Nuestro autor reconoce que, de seguir en el camino transitado, «el proceso de criminalización será una expresión del ascenso de algo acaso todavía más general y aterrador que el populismo punitivo mismo: el ascenso de la sociedad punitiva» (p. 114), entendiendo por tal aquella «que busca resolver los problemas sociales y las acciones humanas incorrectas o ilegales mediante castigos ejemplares, institucionalizados y no institucionalizados» (p. 116).

Una vez que el legislador configura el orden jurídico penal con rasgos autoritarios, entra en acción la criminalización secundaria. El populismo punitivo, dice Nava Tovar, «busca la aplicación del dolor mediante la imposición de las penas, sobre todo de penas institucionales» (pp. 126-127). El juez tiene reducido su margen de acción ante la presión social que busca que no quede impune el delito, aun cuando éste ni si quiera se encuentre acreditado. Por ello, «la persona juzgadora que no condene a quien sea acusado de un delito mediático será considerada cómplice de este delito y será exigida su destitución o incluso que se le investigue y sancione. Esto es acaso lo que más puede temer una persona juzgadora: ser juzgada» (p. 126). Con ello, el proceso penal se convierte en el mecanismo a través del cual los juzgadores imponen penas desproporcionadas que tendrán que ser ejecutadas en centros penitenciarios sobre poblados y en condiciones poco dignas para la persona humana. Esta política del encierro da lugar a la sociedad carcelaria, aquella que se siente más segura si ve cárceles llenas de personas (p. 126).

El autor cierra la obra con un alegato a favor de un discurso político-penal racional. Reconoce que «una de las deudas de la criminología crítica con la sociedad reside en la falta de articulación de un programa político normativo viable que, por un lado, asuma la complejidad del fenómeno criminológico y, por otro lado, reconozca la necesidad de la existencia de las normas penales en la sociedad» (p. 145). Por ello, las normas, decisiones y principios penales deben estar basados en principios sustantivos de derechos humanos y erigir una pretensión de corrección —esto es, dimensión moral o ideal del derecho penal— así como encontrarse correctamente positivados y ser socialmente efectivos, lo que corresponde a una dimensión legal y fáctica, o real, del derecho penal (p. 153).

En la conclusión, Nava se abstiene de hacer una recapitulación o de decretar las coordenadas de lo que se debe hacer. Mejor invita al lector a continuar con la reflexión en torno al populismo punitivo desde diversas miradas. En ese sentido, la obra contribuye al debate actual sobre la política criminal contemporánea, tan cuestionada por los ámbitos académicos por ser más criminal que política.