

JOAQUÍN MERINO HERRERA

**TENDENCIAS
DE LA POLÍTICA
CRIMINAL
CONTEMPORÁNEA**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2018

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO I. FUNDAMENTO Y SENTIDO DE LA SANCIÓN PENAL.	15
I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES	15
II. LA REPRESIÓN PENAL EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO	19
1. Estado de Derecho	21
2. La vertiente social del Estado	27
3. El Derecho penal de contenido democrático	29
III. LA JUSTIFICACIÓN DEL CASTIGO	30
1. Una valoración inicial de las cosas	30
2. Concepto y función de la pena	34
3. Teorías absolutas	37
4. Teorías relativas	41
A) Prevención general.....	41
B) Prevención especial.....	44
5. Teorías mixtas	47
A) Marco de teórico de referencia	48
B) Teoría dialéctica de la Unión (Roxin).....	51
CAPÍTULO II. PRESUPUESTOS DEL <i>IUS PUNIENDI</i> EN EL ESTADO DE DERECHO	57
I. EL PUNTO DE PARTIDA.....	57
II. PRINCIPIO DE LEGALIDAD	58
1. El mandato de taxatividad.....	62
2. La prohibición de retroactividad en perjuicio de persona alguna	64
3. Prohibición de analogía <i>in malam partem</i>	66
4. La exigencia de <i>lex scripta</i>	69

III. EL PRINCIPIO DEL HECHO.....	71
IV. EL PRINCIPIO DE OFENSIVIDAD O DE LESIVIDAD	75
V. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	80
CAPÍTULO III. EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO: BASE TEÓ- RICA Y CONSECUENCIAS SOBRE EL ESTADO DE DERECHO.....	87
I. CONSIDERACIONES GENERALES.....	87
II. EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO	98
1. Presupuestos para la construcción teórica del Derecho penal del enemigo.....	101
A) El mantenimiento de la vigencia real de la norma.....	101
B) Criterios que distinguen al ciudadano o persona del enemigo, ad- versario o no persona	105
C) Noción del estatus de persona	110
D) El ámbito criminal estigmatiza	119
2. El Derecho penal del enemigo para Cancio Meliá.....	122
3. El Derecho penal de la «tercera velocidad».....	128
4. Consideraciones críticas en torno al Derecho penal del enemigo.....	134
5. Dignidad de la persona <i>versus</i> concepto de enemigo	144
6. La lucha frente al enemigo y el derecho a la seguridad. Especial consi- deración del paradigmático «enemigo terrorista»	153
7. Sobre la ilegitimidad de someter a pena la constitución de asociaciones criminales	167
III. BREVE REFERENCIA AL DERECHO PROCESAL PENAL DEL ENEMIGO.....	170
IV. VALORACIÓN FINAL DE ESTA ESTRATEGIA POLÍTICO- CRIMINAL	171
CAPÍTULO IV. SUPUESTOS PROBLEMÁTICOS DE INCRIMINA- CIÓN.....	175
I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.....	175
II. EL DERECHO PENAL DE RIESGO	175
1. Consideraciones preliminares	175
2. La sociedad de riesgo.....	178
3. La noción de riesgo.....	181
4. La línea político-criminal.....	184
5. La controversia que suscita este ámbito de regulación	188
6. El tratamiento penal del riesgo percibido	191
A) Sobre la protección penal del medio ambiente	198
B) Un concreto aspecto del Derecho penal económico	203
C) Delincuencia organizada y Derecho penal de riesgo	206
III. DELINCUENCIA ASOCIATIVA.....	208
1. Particular mención a los delitos de peligro	209

ÍNDICE	253
2. La punición de los actos preparatorios a la comisión del delito	219
3. La represión penal de la delincuencia organizada	223
IV. UNA VISIÓN PARCIAL DE LAS COSAS	231
BIBLIOGRAFÍA	239

INTRODUCCIÓN

A grandes rasgos, la política criminal puede ser concebida como el conjunto de estrategias, medidas, acciones y criterios de diversa naturaleza que pone en marcha el Estado para mantener la criminalidad en límites tolerables. No comparto, por tanto, expresiones como la de erradicar, combate o guerra, puesto que su empleo no suele quedar en meras palabras, siendo más bien lo común que estas constituyan el primer paso para fertilizar el terreno hacia la extralimitación. «Guerra contra la delincuencia organizada», «combate al secuestro» o «lucha contra el narcotráfico» se convierten en eslóganes que de ordinario impactan en la legislación penal con una clara tendencia a la expansión y, principalmente, sobre aquellos sectores de incriminación que son percibidos como graves. De ahí surge un primer problema de muy difícil solución, porque tampoco es extraño —inclusive se puede sostener que es la regla general— que se opte por estrategias exclusivistas en el preciso sentido de que se identifique en los esquemas de represión penal la intervención estatal idónea para atender el preocupante fenómeno de la delincuencia en México. Sí, el discurso del terror penal forma parte de lo cotidiano, como cotidiano es que la sociedad no consiga recuperar la confianza de que se atenderán sus demandas de seguridad. Incremento considerable de penas —hasta el punto de la neutralización de la persona—, regulación de nuevos comportamientos de muy dudosa lesividad y multiplicación dilatada de verbos típicos en ámbitos ya existentes, hasta llegar a redacciones casuísticas y poco funcionales, no son sino un rasgo representativo de la involución.

Pero hay algo que debe recordarse: el Derecho penal no consolidará la función preventiva que se le asigna en tanto no exista una plataforma social y política que, a grandes rasgos, garantice el respeto a la norma. Ello implica, como es lógico, tener en cuenta otras perspectivas de análisis —como la criminológica— que, precisamente, permitan identificar soluciones que, por ser de hondo calado, con seguridad superarán a la violencia estatal que se manifiesta a través de la represión penal. Con esto no estoy sosteniendo que se deba prescindir de la represión penal; más bien lo que sugiero es que esta por fin ceda protagonismo a mecanismos de otra naturaleza para que lleguen a subsanar sus limitaciones, pero también para que ofrezca resultados perceptibles en términos de eficacia y de efectividad. El Derecho penal, pues, y esta es la línea que defenderé

en este trabajo, ni es el mejor ni el único ni el primer recurso para la prevención del delito; de hecho, se puede decir que ahora más que nunca está colapsado.

Su ineficacia, sin embargo, no lo despoja de la violencia que imprime en supuestos específicos, violencia que se manifiesta, como mínimo, con la amenaza latente de restringir la libertad. La pena es, en efecto, lo que distingue al Derecho penal de otros sistemas de control social de carácter formal; es, como refiere Roxin, «el punto de referencia común a todos los precepto jurídico-penales (...)». Si un precepto pertenece al Derecho penal no es porque regule normativamente la infracción de mandatos y prohibiciones, sino porque esa infracción es sancionada mediante penas» (*Derecho penal. Parte General*, t. I, 2008). La importancia de ello fue tomada en cuenta al momento de articular el esquema de análisis por el que se conduce este trabajo. Si es cierto que la pena representa ese dato distintivo del Derecho penal, entonces su consideración debe ser el punto de partida. Por esta razón, el capítulo inicial de esta propuesta, que lleva por título «Fundamento y sentido de la sanción penal», recoge una serie de criterios que, centrando la atención en la realidad mexicana y en el papel que juega el Estado en la represión penal, muestran las exigencias a las que debe sujetarse el Estado cuando cumple con su función de garantizar seguridad a los ciudadanos frente al delito. Esto puede concretarse del modo siguiente: en la represión penal, el Estado, para ser de Derecho, debe someterse a una serie de principios. Si en esta medida cumple con su objetivo de brindar seguridad, es factible sostener que su actuación se rige por parámetros democráticos. En resumen, se debe optar, como modelo ideal, por un Derecho penal característico de un Estado social y democrático de Derecho; fórmula sintética que se desarrolla en este capítulo primero y que sienta las bases para entrar al análisis de la pena y su justificación.

Así pues, teniendo siempre presente la realidad mexicana, en este mismo capítulo I se desarrolla un estudio sobre las teorías de la pena que históricamente han trascendido, hasta el punto de que, de uno u otro modo, mantienen su vigencia en los sistemas penales contemporáneos. Ello constituye un ejercicio fundamental para llegar a planteamientos que ofrecen, con mejor criterio y dentro de los cauces democráticos, sacar partido de cada una de dichas teorías para cumplir con las expectativas de seguridad frente al delito, disminuyendo, por otra parte, hasta donde sea posible, la carga aflictiva que caracteriza a la pena. En todo caso, se abona la idea de que la aplicación de la pena, pese a todo, no debe desprenderse del concepto de dignidad humana. Por lo menos ese es el sentido que cabe extraer de algunas posturas mixtas modernas tan representativas como la conocida «teoría dialéctica de la unión».

Lo anterior permite entrar con facilidad al capítulo II de este libro, que se titula «Presupuestos del *ius puniendi* en el Estado de Derecho». La cuestión es muy sencilla: los límites al *ius puniendi*, también conocidos como principios informadores del Derecho penal o bien como principios político-criminales, son exigencias a las que debe sujetarse la creación legislativa, y ello por la elemental razón de que la descripción típica, al materializarse, habilitará la aplicación de una pena. Así, el principio de legalidad, el principio del hecho, el principio de ofensividad, el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad son materia de análisis en este capítulo II, lo que resulta fundamental para entender el sentido del capítulo III, pues cualquier vulneración que

se produzca sobre estos límites al poder punitivo del Estado coloca la medida en terreno del Derecho penal del enemigo. Cabe asumir desde ahora que dichos principios informadores del Derecho penal sirven como indicadores de la política criminal. A partir de ellos es posible identificar todo rasgo de extralimitación que muestre la medida penal, sobre todo cuando el Derecho penal presenta el mecanismo depurador de la intervención del Estado. O como dijera Franz von Liszt hace más de un siglo: «El Derecho penal es el termómetro de la libertad política», medida que solamente puede definirse sobre la base de los citados límites al *ius puniendi*.

No es necesario, por consiguiente, centrar la atención en los supuestos de incriminación considerados especialmente graves para identificar rasgos típicos del Derecho penal del enemigo. Una cosa es que el marco de regulación de la delincuencia organizada, de los delitos contra la salud, del secuestro, de la trata de personas o del lavado de dinero sean ejemplos paradigmáticos de la línea político-criminal característica del Derecho penal del enemigo, y otra muy distinta que no sea posible descartar que las particularidades de este esquema de extralimitación puedan registrarse en delitos que no tienen esa etiqueta de gravedad. En efecto, si bien la balanza se inclina hacia el Derecho penal del enemigo en determinados ámbitos delictivos, ello no quita que otros, que no son tan graves, sean contaminados en esta medida. Esto puede comprobarse con el rigor punitivo que se imprime sobre el abigeato, puesto que su sanción puede llegar en algunos Estados a diez años de prisión —*v. gr.*, el Código Penal para el Estado de Querétaro—, mientras que en otros llega a quince años de prisión —*v. gr.*, el Código Penal para el Estado libre y soberano de Veracruz—. En estas condiciones, por lo menos el principio de proporcionalidad es vulnerado, lo que ciertamente se traduce en signos de arbitrariedad que, a cualquier nivel, repele el Estado de Derecho.

Pues bien, con el análisis que se hace en el capítulo II de los citados principios informadores del Derecho penal característico del Estado de Derecho se crea un sólido soporte que permite entrar, en el capítulo III, al estudio del Derecho penal del enemigo, esto es, a la base teórica y consecuencias de este esquema de represión penal. Para ello, como es lógico, se parte del funcionalismo jurídico estructurado por Jakobs, porque solamente a partir de ahí es posible entender una serie de aspectos cruciales de la tesis del Derecho penal del enemigo. De este modo, conceptos como el de Derecho penal del enemigo y Derecho penal de ciudadano adquieren especial relieve, siendo que, como ya advertí y como se desprende de esta propuesta, el segundo, que es el modelo garantista, se convierte en el punto de referencia, y ello siquiera sea porque, en la medida en que se rebasan sus límites, se entra en el terreno del Derecho penal del enemigo. Así, ciudadano, enemigo, personalidad, mantenimiento de la vigencia de la norma, sentido de la orientación de la norma, pena y confirmación de la identidad social son nociones que, entre otras, se desarrollan para explicar la parte sustancial de los planteamientos de Jakobs sobre el Derecho penal del enemigo. En todo esto, sin embargo, como se verá, el concepto de dignidad humana juega un papel importante, pues el Derecho penal en todo caso debe inspirarse en este valor suprapositivo; cuestión que, como veremos, con frecuencia es ignorada. En definitiva, el Derecho penal del enemigo no es sino una línea político-criminal que se rige por paradigmas preventivos y que, aunque se pronuncia en sec-

tores delictivos especialmente graves, lo cierto es que se presenta en otros que no acaparan la atención a estos efectos.

Finalmente, el desarrollo de la elaboración dogmática del Derecho penal del enemigo que se integra en el capítulo III de esta propuesta conecta con el capítulo IV de la misma, que se denomina «Supuestos problemáticos de incriminación». En este caso se analizan sectores delictivos o delitos que, de diversas formas, presentan anomalías que encajan en el Derecho penal del enemigo, lo cual se debe, en buena medida, a la intención de los Estados de dar cumplimiento a los requerimientos de las sociedades modernas en materia de seguridad, en lo que han adquirido especial protagonismo los tipos penales de peligro y, especialmente, los delitos de peligro abstracto, pues queda claro que si por algo se distingue la sociedad posmoderna es porque en ella surge la necesidad, por lo menos la percepción, de evitar peligros, ya sean motivados por acciones imprudentes, ya por acciones dolosas. En este sentido los ejemplos que se ofrecen son muy variados: se tienen en cuenta sectores como el de los delitos contra la salud, como el relativo a delitos contra el medioambiente, otros aspectos sobre el orden socioeconómico y otras modalidades de la delincuencia asociativa, sin que se deje de lado que en el contenido de mi trabajo se van valorando diferentes marcos de regulación que se relacionan con los temas que en él abordo.

En definitiva, todo lo anterior puede concretarse del siguiente modo: «Tendencias de la política criminal contemporánea».

CAPÍTULO I

FUNDAMENTO Y SENTIDO DE LA SANCIÓN PENAL

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El inicio de la administración del presidente de la República, Enrique Peña Nieto, ha retomado la idea de crear un solo Código Penal que rija para todo el territorio nacional, de manera que vendría a desplazar o a eliminar los códigos penales locales y el federal para condensar en un solo cuerpo legal nuestra legislación criminal. En efecto, desde hace algunos años, en diversos sectores se ha venido planteando la necesidad de unificar en este sentido los criterios de regulación para evitar las graves divergencias que se presentan entre los textos punitivos de un sistema penal poco funcional, innecesariamente plural y de injustificada extensión, pues, nada más y nada menos, hoy tienen vigencia en nuestro país treinta y tres códigos penales.

Esta expansión, que se caracteriza por su desorganización, no se reduce a aspectos cuantitativos, pues se extiende a cuestiones cualitativas que tienen que ver, por ejemplo, con la disparidad de los ámbitos de incriminación entre los Estados y entre estos y la Federación, pero también, y de forma no poco relevante, con la modulación de la reacción penal sobre conductas que se agotan con los mismos o, peor aún, con semejantes elementos. Queda claro que las analogías son neutralizadas por el principio de legalidad que informa el Derecho penal característico del Estado de Derecho, y ahí se halla uno de los tantos problemas que, desde la óptica de dicha configuración estatal, muestra esta, si se me permite, incontrolable vorágine jurídica, que tiende a la propagación y que solamente podrá frenarse con un acuerdo nacional bien meditado sobre el rumbo que debemos seguir para lograr un verdadero acercamiento al modelo ideal de Estado social y democrático de Derecho.

Dicha concentración del sistema penal mexicano fue tomada en cuenta por el presidente de la República dentro de las trece propuestas o acciones que ha impulsado desde el inicio de su mandato; de la misma forma que fue incluida en los acuerdos del Pacto por México. Se trata de un objetivo muy ambicioso que

requiere de muchos y muy variados estudios que por lo menos deberán partir de un profundo diagnóstico del estado de la cuestión, para continuar con una compleja labor de depuración, creación, condensación y reestructuración tanto de la Parte general como de la Parte especial, hasta llegar a la creación de un texto punitivo que sea capaz de conciliar los objetivos de prevención con las expectativas garantistas de nuestra Constitución general.

Pues bien, en el desorden legislativo descrito ya no sorprende el hecho de que en una entidad federativa se castiguen delitos que en otra o se han derogado o nunca existieron. Tampoco debería causar extrañeza que, a pesar de coincidir en la punición de una conducta, dos códigos penales la castiguen con diferente rigor penal o exijan su configuración de forma distinta, lo cual trae consecuencias técnicas que no solo afectan a la coordinación que debe existir entre los Estados de la República y entre estos y la federación, sino, como mínimo, a los principios que informan el Derecho penal característico del Estado de Derecho (principio de proporcionalidad, principio de legalidad, principio del hecho, principio de ofensividad, principio de culpabilidad, humanidad de las penas, igualdad jurídica, etc.). Es verdad, no obstante, que a estos rasgos tan evidentes como previsibles no se reduce esta compleja cuestión, aunque ciertamente sirven para calcular sus dimensiones.

Con respecto a lo anterior, cabría considerar una figura delictiva desfasada y propia de esquemas discriminatorios como el adulterio, que si bien con cierto retraso ha sido derogada por diversos textos punitivos que integran la legislación penal de nuestro país¹, lo cierto es que todavía sobrevive en otros la voluntad del legislador de castigar conductas de esta naturaleza. En este segundo caso, la represión penal muestra diferentes graduaciones de la punibilidad, siendo que este ámbito de incriminación, que ciertamente debería eliminarse, a veces es sancionado con un marco penal que va de quince días a dos años de prisión², mientras que en otro con un rango de pena de tres meses a tres años de prisión³. Ello, como es lógico, constituye una extralimitación del *ius punendi*, por cuanto, paradójicamente, se están sancionando actividades de nula lesividad. Aquí ya ni siquiera cabría detenerse a entablar una discusión sobre aspectos tan elementales como los relativos a la utilidad y justificación de la pena y a la reestructuración del tipo penal, porque queda claro que el Derecho penal no castiga libertades. Con ejemplos como este, qué duda cabe de que principios como el de proporcionalidad, del hecho y de estricta protección del bien jurídico sufren una deliberada transgresión.

Sin ir más lejos, la desorganización puede observarse en tipos penales cuyo daño es inquestionable y que se clasifican en el marco de la identificada como delincuencia clásica. En esta medida debe considerarse el homicidio calificado, que tiene asignadas sanciones penales especialmente graves, aunque con diferente rigor punitivo de una entidad federativa a otra y de los Estados al ámbito federal. Es evidente que, a estos efectos, el consenso nacional no debe centrarse

¹ Sirvan como ejemplo en este punto el Código Penal federal, el Código Penal para el Distrito Federal, el Código Penal del Estado de México, el Código Penal para el Estado de Tabasco y el Código Penal para el Estado de Hidalgo.

² Estos retazos de sistemas totalitarios pueden verse en el art. 182 del Código Penal para el Estado libre y soberano de Jalisco.

³ El mismo retraso proyecta el art. 307 del Código Penal para el Estado libre y soberano de Durango.

en la procedencia del castigo y, menos aún, en la determinación de los altos niveles de gravedad de la conducta, puesto que, ante acciones de esta naturaleza, el Estado debe apoyarse en el Derecho penal para que este cumpla con su función instrumental de protección de bienes jurídicos. Particularmente, el diálogo debe orientarse a unificar criterios para establecer un marco punitivo uniforme recogido en un solo texto legal y que, al mismo tiempo, se ciña a las exigencias del principio de proporcionalidad en cuanto principio político-criminal que limita los alcances de la injerencia penal.

Si se trata de mostrar la variación existente en lo que se refiere a los extensos marcos punitivos que se imponen al homicidio calificado, conviene señalar que nos encontramos algunos que sancionan esta conducta con penas que van de cuarenta a setenta años de prisión o, inclusive, con prisión vitalicia⁴, sin que sea menos grave aquel que la sanciona de veinte a setenta años⁵. Son, pues, dos marcos penales que difieren tanto en su tope máximo como en el mínimo y, peor todavía, que presentan deficiencias técnico-jurídicas desde la perspectiva de las funciones y los fines de la pena, y ello siquiera sea porque con su aplicación pierde sentido la máxima de reinserción del sentenciado a la sociedad o, si se quiere, la prevención especial positiva que se consagra en el art. 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por no hablar de la diferencia de veinte años que existe entre ambos esquemas de regulación criminal en el límite mínimo. Sí, por el mismo delito, en función de la circunscripción territorial, la pena mínima presenta una disparidad de dos décadas.

En este sentido cabe expresar que el marco punitivo implica, entre otras cosas, una restricción a la obligación de sancionar que se transfiere a los órganos jurisdiccionales por parte del Estado, de modo que se diseña con el objeto de que la autoridad judicial tenga un rango que delimite la aplicación del monopolio de la violencia estatal a través de la pena e impida el desbordamiento de esa descarga de violencia sobre el sentenciado. Por eso es que aquellos marcos penales como los que estoy comentando, que llegan hasta el extremo de conferir al juzgador la posibilidad de aplicar una sanción penal que, en el mejor de los casos, tenga un espacio de cincuenta años de prisión, no pueden asumirse como un criterio que venga marcado por los principios que orientan y dan sentido al Estado de Derecho y, por ende, por las directrices que informan el principio de proporcionalidad y el de humanidad de las penas, que, como es bien sabido, deben inspirarse en la dignidad humana, claramente prevista y reconocida en el art. 1.º de nuestra norma fundamental. Ello, por mucho que pueda argumentarse la individualización de la pena, siendo que dicha individualización se regirá por un muy amplio y excepcionalmente grave marco punitivo. Aunque con menor rigor, dentro de este caos legislativo, de ello no se apartan el Código Penal federal⁶, el Código Penal de Chihuahua⁷ y el correspondiente a la Ciudad de México⁸, por ejemplo.

⁴ Así queda sancionado el homicidio calificado en la fracción II del art. 242 del Código Penal del Estado de México.

⁵ Así lo hace el art. 130 del Código Penal para el Estado libre y soberano de Veracruz.

⁶ Este Código Penal sanciona el homicidio calificado, de acuerdo con su art. 320, con una pena de treinta a sesenta años de prisión.

⁷ Conforme al art. 127 del Código Penal del Estado de Chihuahua, el homicidio calificado se sanciona en algunos casos con una pena de veinte a cincuenta años de prisión, mientras que en otros con un marco punitivo que va de cincuenta a setenta años o prisión vitalicia.

⁸ En coincidencia con el Código Penal federal, el Código Penal para el Distrito Federal sancio-