



Ius Comitiālis

ISSN: 2594-1356

iuscomitalis@uaemex.mx

Universidad Autónoma del Estado de México
México

Delgado Siles, Juan Carlos; Colín García, Ricardo; Ramírez Barranco, Marco Alfredo
El Sistema penal acusatorio mexicano como producto del sistema penal de expansión
Ius Comitiālis, vol. 3, núm. 5, 2020, Enero-Junio, pp. 85-98
Universidad Autónoma del Estado de México
México

DOI: <https://doi.org/10.36677/iuscomitalis.v3i5.13641>

- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org



El sistema penal acusatorio mexicano como producto del sistema penal de expansión

The mexican accusatory penal system as a product of the expanding penal system

JUAN CARLOS DELGADO SILES*

RICARDO COLÍN GARCÍA**

MARCO ALFREDO RAMÍREZ BARRANCO***

Resumen

Este opúsculo sobre el sistema penal mexicano, exhibe inconsistencias constitucionales en la administración y suministro del derecho punitivo y los desesperados artilugios estatales por complacer al estrépito político, más que al clamor y a la realidad social, con la expansión del derecho de penar y su concepción de nuevos riesgos jurídicos, la docilidad y ablandamiento de incriminaciones punitivas limitantes de principios rectores del proceso penal, en franca vulneración de los derechos de los justiciables y de la sociedad en general, evidenciando la fallida política criminal, y el fracaso del régimen estigmatizador Estatal para mantener armónicamente a la sociedad mexicana.

Palabras clave

Derecho punitivo, Minimalismo penal, Expansionismo penal, Sobrecriminalización, Reforma.

Abstract

This article about of Mexican criminal system, shows constitutional inconsistencies in administration and supply punitive law and the state gadgets to please politician noise, more than to the crying and social reality, with criminal expansion and its conception of new legal risks, docibility and softening of limiting punitive incriminations of guiding principles of criminal proceedings, in frank violation of the rights of the justiciables and of society in general, evidencing the failed criminal policy and the failure of the state stigmatized regime to keep Mexican society harmoniously.

Key words

Punitive law, Criminal minimalism, Criminal expansionism, Overcriminalization, Reform.



Esta obra está bajo licencia Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0 International (CC BY-NC-SA 4.0)

*Doctor en Derecho Parlamentario. Integrante del Cuerpo Académico “Nuevos Paradigmas Procesales en Materia Civil y Penal”. Profesor de Tiempo Completo adscrito al Centro Universitario Texcoco de la Universidad Autónoma del Estado de México, México.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9930-0270>. Correo electrónico: jcarlos_1721@hotmail.com

**Doctor en Derecho. Líder del Cuerpo Académico “Nuevos Paradigmas Procesales en Materia Civil y Penal”. Profesor de Tiempo Completo adscrito al Centro Universitario Texcoco de la Universidad Autónoma del Estado de México, México.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8610-6436>. Correo electrónico: richard_lic1@yahoo.com.mx

***Estudiante de Licenciatura en Derecho en la Universidad Autónoma del Estado de México, México.

ORCID: 0000-0003-1245-1055. Correo electrónico: marcoalfredoramirez@gmail.com

“Ya proliferan voces de quienes admiten la necesidad de modificar, al menos en ciertos casos, las «reglas del juego»”

(Silva Sánchez).

INTRODUCCIÓN

Sabedores de la dificultad que implica incursionar en un tema que la *vox populi* clama, respecto de la aplicación de la justicia penal, en una sociedad llena de incongruencias, que por una parte exigen libertades y respeto a sus derechos y por otra, se clama la aplicación de una justicia severa a quien se ubique o participe en un hecho que la ley señale como delito, a lo que se añade la presión de nuestro vecino del norte para el combate a la delincuencia, a efecto de que sus intereses de inversión en nuestro país no se pongan en riesgo, de lo que se sigue que, ese clamor se deba entender como necesidad social, en el más amplio sentido de la palabra, misma que se fortalece con una cultura mexicana basada en una apología delictiva influenciada por los medios de control masivo, por lo que en el presente texto se aborda el tema del expansionismo penal que rige al sistema penal mexicano, a partir de una breve vista en las generalidades sobre creación aplicación y administración del Derecho Punitivo, que justifican al Derecho Penal a partir de la imposición de los instrumentos de control social formales e informales, emanado con ello las políticas públicas y políticas criminales con las que se da crédito a la creación y expansión de las normas penales, sentando las bases de la reformas penales expansionistas de 2008 en nuestro país y su cúmulo de nuevas figuras punitivas en lo sustancial y en lo adjetivo, principalmente en lo referente al proceso con las reformas a los artículos constitucionales referentes a la justicia penal, lo que da pie a hacer, consideraciones constitucionales relevantes de la transición penal mexicana por las reformas a los artículos 16, 17, 18, 19 y 20, que dieron un aspecto distinto al presente sistema, con las nuevas formas e instrumentos para tratar asuntos de carácter punitivo, y la realidad jurídica del sistema penal mexicano y su sobrecriminalidad, marcada principalmente en los temas de la expansión punitiva de la delincuencia organizada; el expansionismo punitivo del arraigo, así como el expansionismo punitivo de las medidas cautelares y sus consecuentes providencias precautorias con su dirección expansiva hacia la prisión preventiva, que sin duda es la más lacerante de las figuras del expansionismo penal, pues en ella se contemplan todos los quebrantamientos a los derechos de las personas sujetas a un proceso penal, sin que se haya desahogado prueba alguna para poder transgredir la esfera personal de las personas y que sólo se impone por el supuesto peligro que representan.

GENERALIDADES SOBRE CREACIÓN APLICACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DEL DERECHO PUNITIVO

Universalmente, la reiterada necesidad del hombre consciente por lograr una convivencia armónica con sus semejantes, a partir del surgimiento de las primeras normas para la regulación de su comportamiento social, y su infinito interés por entender un derecho expiatorio en todas sus vertientes, lo han conducido a adoptar nuevas y cada vez más rigurosas disposiciones legales, tendientes a erradicar la existencia total de un desarrollo social fundado en acciones desgovernables de desorden, desquiciamiento y caos.¹

Luego entonces, se advierte que, en el orden mundial, los mecanismos orientados hacia la convivencia armónica aludida, más bien se conducen, desde siempre como un asunto que obedece, en principio a influencias externas, debido a que, “para la globalización económica, la vigencia del Estado de Derecho, en la región es una forma de garantizar el movimiento de la economía y el cumplimiento de los contratos y la propiedad de las inversiones” (Hernández, 2017, p. 141), sirviéndose de distintos aparatos controladores de acciones y comportamientos humanos, tanto informales y sublimes, como formales y represores, que en su conjunto, son dominantes de la conciencia humana y de los comportamientos anormales, en principio con la intervención consensuada de instrumentos, que en palabras de García Ramírez, se llevan “a través de las relaciones que suceden al interior de la sociedad, de tal manera que la regulación sea mediante controles informales que se aplican al arbitrio de instituciones sociales consolidadas, ajenas al Estado” (García, 2013, p. 37), con todo y que, estos artilugios dominantes inherentes a la vida misma del ser humano, como lo son la familia, la escuela y la religión, así como el Derecho Penal, mismo en su fase intimidatoria, no han sido bastos para dar el buen cause al destino de la sociedad contemporánea, justificación suficiente para utilizar sus mecanismos represores con los que cuenta en ejercicio de su monopolio de la violencia legítima y por si fuera poco, utilizar su facultad para crear nuevas formas de reprimir, por cuanto que:

[...] no es infrecuente que la expansión del Derecho penal se presente como producto de una especie de perversidad del aparato estatal, que buscaría en el permanente recurso a legislación penal (aparente) solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico (esto es, al de la declaración de principios que tranquilizan a la opinión pública) lo que debería resolverse en el nivel de lo instrumental (de la protección efectiva) (Silva, 2011, p. 7).

En esencia, la sociedad que se alude apremia políticas eficaces de prevención y sanción de injustos de desvalor, con las respectivas “medidas (jurídicas, sociales, educativas, económicas, etc.) que adopta una sociedad políticamente organizada para prevenir y reaccionar frente al delito, a efecto de mantenerlo en algunas cuotas

¹ Los autores de este apartado, de ninguna manera comulgan con una sociedad anárquica y antagonica a las leyes del orden, pues es tanto como aceptar una sociedad caótica, carente de todo Estado de derecho, empero si pugnamos por un sistema con que proteja y haga valer el desarrollo y desenvolvimiento natural constante y perpetuo de la incorporación básica inherente a la humanidad del ciudadano, bien como individuo o como grupo social en cualquiera de sus formas.

tolerables” (Sanz, 2017, p. 1), empero, con trabajos legislativos que no emanen de una política criminal externa y de una imprecisa *vox populi* en cuanto a su labor protectora y defensora de sus ciudadanos, sino con creación de leyes coercitivas, que sufran perfecciones derivadas de un *ius puniendi*, de naturaleza evolutiva y sistemática, guiado por las condiciones sociales y económicas de cada Estado, cimentado en las ciencias sociales creadas por el hombre, como cualquier rama del Derecho, consecuentemente imperfecta, susceptible de errores y múltiples observaciones a las inconsistencias, tanto en lo adjetivo como en lo sustantivo, pero respetuosa de los derechos fundamentales, como “derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados de *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar” (Ferrajoli, 2009, p. 19).

De manera que, ese despliegue sistemático del Derecho Penal no necesariamente implica incurrir en un expansionismo punitivo servilista, con la “creación de nuevos “bienes jurídico-penales”, ampliación de los espacios de riesgo jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía” (Silva, 2011, p. 5). Como lo presume el Estado mexicano a partir de la inadecuada reforma constitucional del año dos mil ocho, con la que se opera en la actualidad el sistema penal acusatorio mexicano, con su cautica administración y aplicación de normas penales, que no se apegan a lo establecido por la Carta Magna.

LAS REFORMAS PENALES EXPANSIONISTAS DE 2008

Bajo el panorama y la inexcusabilidad referida con antelación, el 18 de junio de 2008 en México se dio paso a las reforma constitucional en materia de seguridad y justicia, secundada por las referentes a los derechos humanos del 10 de junio de 2011, con una transición que transmutó al paradigma normativo mexicano con una concepción acaecida en torno a los derechos y garantías de las personas pertenecientes al territorio nacional, así como un cúmulo de limitantes accionarias de parte del Estado en todas sus esferas de poder (ejecutivas, legislativas y judiciales), para con sus gobernados.

De manera que, precisamente esos gobernados palpablemente, resentimos tal trascendencia jurídica producto de las citadas reformas que heterogéneamente transformaron al anterior sistema de corte inquisitivo, tanto en lo sustantivo como en lo adjetivo, a partir de la presión externa, (principalmente de Estados Unidos) y el clamor público sobre la implementación de un sistema penal más justo y humano, justificando de esa manera la necesidad de explorar nuevas formas de hacer frente a los problemas de inseguridad, y conviniendo también, en que son fruto de los cambios sociales internos y externos de nuestro Estado mexicano, que conjuntamente armonizan en la exigencia de la sociedad mexicana, ante el Estado de incertidumbre en el que se sigue encontrando la seguridad de propios y extraños, y para la cual se admite y de hecho se reivindica el funcionamiento de la democracia para que ponga en marcha al Estado de Derecho y su “conjunto de “reglas de juego” –de carácter fundamentalmente procedimental– que los órganos públicos deben respetar en su organización y funcionamiento internos y en su relación con los individuos que forman parte de una determinada comunidad política” (Carbonell, 2014, p. 65).

Así, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, se reformaron en nuestra Carta Magna del artículo 16 al 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción XII del artículo 115 y la fracción XIII, apartado B, del artículo 123, trastocando de fondo las principales instituciones del sistema de justicia penal y estableciendo la necesidad de adoptar la oralidad como instrumento, la publicidad como necesidad de transparencia y la adversarialidad como un mecanismo de eficiencia y control de calidad en el servicio de justicia (Gómez, 2016, pp. 108-109).

CONSIDERACIONES RELEVANTES DE LA TRANSICIÓN PENAL MEXICANA

La reforma expansionista penal implicó nuevas figuras jurídicas y la extinción de otras por el devenir de las primeras, donde de manera explicativa más no limitativa emergieron figuras como los jueces de control (artículo 16), la integración de mecanismos alternativos de solución de controversias, así como el mejoramiento del sistema de defensoría pública (artículo 17), la reestructuración de la organización del sistema penitenciario fundado éste en la reinserción del sentenciado a la sociedad, (artículo 18), la estipulación estricta de los tipos penales considerados de mayor gravedad en todo el territorio nacional que ameritarían prisión preventiva de carácter oficioso (artículo 19), el surgimiento de un sistema penal de corte acusatorio y oral con su conjunto de principios generales, así como también la creación y modificación de principios concernientes a los probables imputados y probables víctimas u ofendidos con añadidura a la estipulación de medidas cautelares para la protección de sus derechos (artículo 20), estas reformas a los artículos constitucionales, entre otras, fueron las que por su relevancia jurídica han significado el cambio más trascendental de los últimos tiempos en la normatividad mexicana. En fin, de forma sintética, se advierte que la restauración del sistema penal mexicano básicamente aportó nuevos aspectos como lo son:

- a) establecimiento del proceso acusatorio; b) principios procesales; c) derechos del imputado; d) derechos del ofendido y de la víctima; e) orden de aprehensión y auto de vinculación a proceso; f) precisiones procesales y terminológicas; g) modificaciones al Ministerio Público; h) nuevo perfil del órgano jurisdiccional; i) mecanismos alternos de solución de controversias; j) delincuencia organizada; k) sistema nacional de seguridad pública (Valencia, 2009, p. 39).

Sin embargo y a pesar de las significativas reformas aludidas, y con lo utópico que sueña la relevancia jurídica del actual sistema adjetivo penal mexicano para hacer frente al problema de inseguridad, todos deberíamos presumir que México actualmente cuenta con un ordenamiento supremo, garante de los derechos que le asisten a cada ciudadano en todo proceso penal, sin importar la parte que le corresponda jugar en un proceso determinado y específico, mandamiento, “que garantiza al sujeto más débil, que en el momento del delito es la parte ofendida, en el momento del proceso el imputado, y en el momento de la ejecución penal, el preso” (Ferrajoli, 2018, p. 34).

REALIDAD JURÍDICA DEL SISTEMA PENAL MEXICANO Y SU SOBRE CRIMINALIDAD

Bajo una óptica de optimismo, es dable aceptar que el actual sistema penal acusatorio mexicano está colmado de buenas intenciones *de iure*, por cuanto que en principio fue presentado con un esbozo de sistema garantista penal, que supone límites al poder punitivo a partir de los principios mencionados que conllevaban la tutela de las garantías individuales de todo individuo sujeto a un proceso penal, e incluso se llegó a vislumbrar al sistema punitivo actual, como un Derecho Penal mínimo, tanto en lo adjetivo como en lo sustantivo, que implicaría un sistema limitante:

[...] capaz de vincular la intervención punitiva –tanto en la previsión legal de los delitos, como en su averiguación judicial– a rígidos límites impuestos para tutela de los derechos de la persona. Por lo que respecta al delito, tales límites no son sino las garantías penales sustantivas: del principio de estricta legalidad o taxatividad de los derechos punibles, a los de su lesividad, materialidad y culpabilidad. Por lo que respecta al proceso, los límites corresponden a las garantías procesales y orgánicas: la contradicción, la paridad entre la acusación y la defensa, la carga de la prueba en la acusación, la oralidad y la publicidad del proceso, la independencia interna y externa del poder judicial y el principio de juez natural (Ferrajoli, 2018, p. 28).

Ahora bien, bajo una visión más realista, se infiere que, las bases limitativas del relativamente nuevo poder punitivo, que prometía la reforma al sistema penal mexicano, deberían representar una alternativa viable al suministro de un *ius puniendi*, de resultados eficaces, a partir de la implementación de mecanismos garantes, tanto de los derechos reales, como de los derechos personales de todo ciudadano, *verbi gratia* la cognición del Derecho Penal al sistema penal acusatorio, oral y adversarial, con una figura de sujeto activo que “es siempre un sujeto de derecho, titular de garantías frente al poder penal del Estado, garantías tanto sustantivas como procesales necesarias para las exigencias del debido proceso, que constituyen límites para el poder del Estado” (Ponce, 2019, p. 26), límites que concatenados a los principios que rigen a sistema punitivo como lo es la publicidad, la contradicción, la concentración, la continuidad y la inmediación con fundamento en el vigésimo numeral de nuestro ordenamiento normativo supremo, deberían garantizar la correcta aplicación de leyes penales.

Sin embargo, es evidente que lejos estamos de ese garantismo penal, que manifieste “la demanda propia de la ilustración jurídica, de la tutela de los derechos a la vida, a la integridad y a la libertad personal contra ese «terrible poder», como lo denominó Montesquieu, que es el poder punitivo (Ferrajoli, 2018, p. 22). Y para constatarlo basta sólo con mirar a la realidad fáctica en la *praxis* del sistema penal nacional, con su serie de quebrantamientos inconstitucionales en la materia de los que se podría dar una cuenta infinita, no obstante, a lo cual basta con hacer mención de lo que se contempla más constante y notorio en cuanto al expansionismo penal, en donde se hace gala de la relativización de las garantías personales y de la sobrecriminalización en un proceso penal.

La *overcriminalization* se caracteriza por un frenesí de nuevos delitos, incrementos de penas y disminución de garantías. Como el propio Hasak

indica, la *overcriminalization* comprende dos fenómenos distintos: por un lado, el *Overpunishment*, entendido como el incremento de penas de delitos pertenecientes al núcleo del derecho penal; y, por otro, la *overcriminalization* en sentido estricto, con la que se designa la extensión del derecho penal a hechos que se considera que no deberían ser integrados en él. Por lo que se refiere a la disminución de garantías, ésta afecta ciertamente al lado subjetivo del hecho. [...]. O puede constatarse en la disminución de garantías procesales (Silva, 2011, p. 193).

Así, la relativización en cuanto a las garantías procesales se observa en los mecanismos procedimentales de la *delincuencia organizada*, el *arraigo* y las *medidas cautelares*, con su respectiva y abusada aplicación de la *última ratio* (la *prisión preventiva*), que son un claro ejemplo de los productos del expansionismo penal.

EXPANSIÓN PUNITIVA DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

De ahí que la lejanía citada, estribe en que parte considerable de las figuras florecidas del sistema acusatorio mexicano, se hunden en el engrandecimiento punitivo, tal es el caso de la dilatada importancia que se otorgó a la figura delictiva de la *delincuencia organizada* que por sí sola, advierte detalles en las restricciones y retrocesos que representa el trato especial y diferenciado a este tipo penal de rango constitucional (artículo 16, 18, 19 y 20), generando así una disyuntiva sistemática, ante la observancia de la contrariedad de los principios que propugna el nuevo sistema penal con este tipo penal.

Y es que tales excepciones conducen a una suerte de dicotomía procesal penal que distingue entre quienes pueden ser tratados conforme a la legislación penal ordinaria y quienes –por la condición de ser miembros de la criminalidad organizada y, por ello, sujetos presumiblemente más peligrosos–, son destinatarios de una respuesta penal diferenciada y, ciertamente, más invasiva (González y Witker, 2019, p. 110).

A mayor abundamiento respecto de la figura de la también conocida como criminalidad mafiosa, se observa que a pesar de las reformas concernientes al sistema de justicia penal y las referentes a los derechos humanos orientados por los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad (artículo 1, párrafo III, CPEUM), constitucionalmente el Estado mexicano ha definido² y restringido derechos y garantías a través del enaltecimiento de una política criminal encaminada al combate y a la guerra, declarada contra quienes suponen especialización en actividades delictivas y consecuentemente representantes de un aparente signo de riesgo para el orden común, merecedores de un trato distinto a toda persona “normal”, diferenciado, del ejercicio habitual del actuar punitivo estatal, encaminado a los declarados enemigos de la sociedad. “En el derecho penal del enemigo, el sujeto activo de la conducta viene definido tan sólo por el hecho de que puede constituir un

² “Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia” (Artículo 16, párrafo X, CPEUM, 2019).

peligro para el bien jurídico, con el añadido de que cabe anticipar potencialmente sin límite alguno, el comienzo de tal peligro” (Martínez, 2015, p. 128).

Ahora bien, no se soslayan las notables y pesarasas repercusiones que ha traído aparejado el surgimiento de ciertos grupos delictivos en nuestro territorio y con las miles de vidas que ha cobrado el absurdo aferramiento al mantenimiento del poder entre los diversos grupos delictivos, la subcultura que ha brotado del modo de vivir y el modo de operar de los sujetos pertenecientes a tales asociaciones bélicas, así como el problema que persiste en la actualidad pese a reestructuración normativa penal y su fallido bagaje de políticas implementadas por el Estado, y en conciencia de que los grupos delictivos siguen socavando la seguridad jurídica mexicana.

Sin embargo, no por ello se deben implementar acciones inconstitucionales que se contrapongan a lo estipulado por nuestra Carta Magna, pues a nadie debe darse trato diferenciado de las demás personas pertenecientes a nuestro Estado, y en el mismo sentido debe atenderse a lo establecido por múltiples tratados internacionales³ de los que México forma parte y ha ratificado, tal como lo estipula nuestra Constitución en su numeral 1 párrafo I y II, así como también el arábigo 133 párrafo único, donde se ordena que “todas las personas gozarán de los derechos humanos”, y “se interpretaran de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia”, “favoreciendo en todo tiempo a la persona la protección más amplia”.

De ello resulta necesario admitir, el evidente colapso de fuerzas punitivas por cuanto que por una parte se propaga el rango constitucional de la protección de los derechos humanos y el goce de éstos, reconocidos de forma primigenia en nuestra Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse y en su vertiente antagónica, se amplía el actuar punitivo del Estado en contra de un cúmulo de sujetos determinados, restringiendo la expansión de los primeros al clamor de los segundos. Clamor en el sentido, de que la incuestionable instrumentalización del Derecho Penal, se encuentra cimentada más que en el derecho, en hechos que las estructuras de poder motivadas por la opinión popular se sirven para ganar los ánimos de sus conciudadanos y consolidar su hegemonía, que, “en general, estimulan la violencia con el pretexto de combatirla, promueven la venganza, profundizan los prejuicios y crean estereotipos y chivos expiatorios, mediante una cultura de la imagen que neutraliza el pensamiento abstracto” (Zaffaroni, 2016, p. 19). Lo cual muestra que los sistemas jurídicos y en particular el mexicano, se encuentran determinados a funcionar de forma expansionistamente cíclica, con supuestas conjeturas democráticas, que los tornan arcaicos y autoritarios por antonomasia, plagados de cada vez más acciones arbitrarias que se suponían, debían ser superadas.

Por consiguiente, la incoherencia jurídica referida, consecuencia del expansionismo penal se constata cuando nuestra Constitución Política referente a la delincuencia organizada establece en su numeral 16, párrafo VIII que “la autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y en tratándose de delitos de delincuencia organizada podrá decretar la privación ambulatoria”, advirtiendo así la evidente molestia, que autoritariamente decreta restricciones a la libertad personal con la figura expansionista del arraigo, parida de las sobradas facultades del Ministerio Público que con sus, por demás débiles consideraciones encuadran los tipos penales, determinándolos vagamente ciertos, argumento suficiente para imponer o pe-

³ “Todos son iguales ante la ley y tienen sin distinción, derecho a igual protección de la ley” (Artículo 7, Declaración Universal de los Derechos Humanos).

tionar judicialmente un prejuzgamiento punitivo a través de una o más medidas de seguridad, bien de carácter correctivo o bien de carácter asegurativo, que de la misma forma que una pena anticipada, restringe y suspende los derechos humanos reconocidos por la Constitución.

EXPANSIONISMO Y ARRAIGO

De modo similar y por cierto derivado de la delincuencia organizada que se comentó en los párrafos que anteceden, como plena manifestación expansionista del derecho punitivo, se da cuenta del tema del arraigo que se vigoriza también a partir de la reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública, figura a la que se le otorgó la calidad de medida cautelar de fundamento constitucional oficioso.

Esta medida de seguridad de carácter asegurativo excepcional establece que “la autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona con las modalidades de tiempo y lugar que la ley señale” (artículo 16, párrafo VIII, CPEUM), nótese que esta providencia, no deja de ser una restricción a la libertad hacia la persona, que no cuenta con el carácter de imputada o sentenciada, y que sin embargo ejecuta dicho acto con el fin de obtener información o en su aspecto negativo evitar se obstaculice, todo ello con demérito a las garantías de libertad.

En síntesis, el arraigo como medida cautelar se intrinca a los principios emergidos de las reformas (en materia penal y de derechos humanos), como lo son el de presunción de inocencia (artículo 20, apartado B), fracción I, CPEUM), libertad personal y de tránsito y consecuentemente al debido proceso (artículo 14, párrafo II, CPEUM, 2019), asimismo, cabe advertirse que, “una de las dimensiones que resultan más lesivas para las personas sometidas a esta figura es que permite espacios de escasa vigilancia y alta vulnerabilidad de las personas afectadas, por lo que es propicia a la tortura” (Martínez, 2015, p. 40), aunque claro está que tal instrumento coercitivo, forma parte de la opciones de eficacia para asegurar la presencia del imputado al proceso que se le sigue, como lo son también las 14 supuestas providencias de la ley adjetiva expansionista.

EXPANSIONISMO PUNITIVO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Emergidas también del expansionismo penal generado de la reforma constitucional de 2008, y que cobra forma con el surgimiento del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo de 2014, –normativa que sintetizaría las bases procesales penales a nivel nacional–, la supuesta súper figura de las providencia precautorias investidas como el “instrumento que forma parte del trámite procesal de aplicación previa a la comprobación de la culpabilidad de una persona en un hecho delictivo, asegurándose de que con ello no habrá impedimento alguno para el buen desarrollo de la investigación” (Delgado y Colín, 2017, p. 93), y como apéndice defecto, la protección a la pro-

bable víctima o a la sociedad de que se continúen cometiendo probables hechos delictuosos por parte del investigado.

En principio, no debe olvidarse que, anterior a las supra citadas reformas, y al surgimiento del Código Nacional de Procedimientos Penales, cada entidad federativa contaba con su propia ley adjetiva, tal es el caso, del Código de Procedimientos Penales del Estado de México que dentro de sus numerales 319 (libertad bajo caución), 341 (libertad provisional bajo protesta), y 345 (libertad por desvanecimiento de datos), contemplaba con providencias asegurativas, que por si fuera poco paradigmáticamente se ampliaron con el nuevo sistema de justicia penal, pero ahora más numerosas, como medidas cautelares, compiladas en el artículo 155 del CNPP.

En fin que, a las medidas cautelares se les otorgó el objeto de “asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o evitar la obstaculización del procedimiento” (artículo 153, párrafo I, CNPP, 2019), orientadas por los principios de legalidad, proporcionalidad, jurisdiccionalidad, instrumentalidad, provisionalidad y excepcionalidad, dándole cabida el nuevo sistema penal acusatorio, adversarial y oral, con el aspecto positivo de la protección y/o restitución de los derechos de las “probables” víctimas.

¿Pero?, ¿Qué representan para la persona a la que se le imputa “la probable” responsabilidad de un hecho delictivo y que por consecuencia deba administrarse una o más medidas cautelares para asegurar su presencia ante el órgano jurisdiccional y que a su vez represente riesgo para las víctimas, o a sus órganos probatorios?, ¿A caso no existen otros medios inocuizadores del supuesto sujeto activo de un hecho delictivo, más que la laceración de sus derechos tanto reales, como personales?, ¿De dónde la necesidad de tratar al probable responsable como al enemigo social al que se debe disuadir aun cuando ello implique atropellos a sus derechos humanos y garantías o al aniquilamiento de su dignidad humana?

No se omite que las medidas cautelares que contemplan a su *prima ratio* de la privación ambulatoria preventiva, representan a su vez la superposición de la justicia sobre la igualdad, no obstante, que “la igualdad entre las partes, como un principio en el proceso penal, debe entenderse como prerrogativas que deben gozar los sujetos del procedimiento penal (ministerio público, víctima, ofendido, defensor, imputado)” (Santacruz, 2017, p. 139), y estas medidas de aseguramiento procesal, deben correr la misma suerte, pese a que: “[...] la finalidad de las medidas cautelares es distinta a la de una pena, pero por sus efectos, sí vulnera la presunción de inocencia; además que se son restringidos los derechos de la persona imputada, a pesar de que ni se cuenta con una sentencia condenatoria” (Paredes, 2018, p. 183).

Luego entonces, las medidas de carácter asegurativo, más que ser parte integral del nuevo sistema penal acusatorio que se plantea integrar, han fungido como producto de una política criminal de carácter expansionista, esto es, más que vincularse a la materialización de hechos (derecho penal de acción), ha fungido como respuesta ante el riesgo –muchas veces infundado– que acarrea la probable realización de un hecho delictivo, por ende se da un adelantamiento punitivo con un afán neutralizador del sujeto (derecho penal de autor), de tal suerte que hace del Derecho Penal un mecanismo de violencia legítima por parte del Estado en contra de los ciudadanos, un instrumento “para tranquilizar a la ciudadanía, para inspirar la suficiente confianza en el sentido de demostrar que los gobernantes políticos y los representantes del pueblo se preocupan por el problema de la inseguridad ciudadana y de la violencia en la sociedad” (Borja, 2011, p. 109).

De lo anterior se advierte que la determinación de dicha política expansiva tiene por objeto afianzar la facultad de tomar en sus manos la imposición de san-

ciones anticipadas para garantizar simbólicamente la seguridad jurídica ciudadana y la administración de justicia penal que implica la legitimación de un populismo que busca sed de venganza contra delincuentes indeterminados, en aras de continuar con un supuesto equilibrio social que los gobiernos se han encaminado a proporcionar datos y demostraciones de que efectivamente se está combatiendo a la criminalidad, de tal suerte que el ejercicio de la acción punitiva ha pasado a un plano simbólico.

LAS PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS Y SU DIRECCIÓN EXPANSIVA HACIA LA PRISIÓN PREVENTIVA

Para nadie es ajeno que la seguridad en esta época sea la piedra angular del funcionamiento sistemático estatal, cuya verificabilidad se ha pretendido perpetuar a través del suministro gubernamental de políticas sociales y/o políticas criminales, enalteciendo en ambos casos, al supuesta reducción de los índices delictivos en *pro* de la armonización social, sin embargo, con la figura de las providencias precautorias se establece una política contraria a los principios constitucionales como a los referidos por el Derecho Penal moderno, y es que, la problemática no se reduce a la utilización de medidas procesales, la disyuntiva renace cuando en su mayor medida se materializa con la más lacerante, dañina, inocuidades y excluyente, pero la más efectiva simbólicamente, como lo es la prisión preventiva, entendida como “la privación de la libertad llevada a cabo antes de la existencia de una sentencia firme –efectuada por un Juez o Tribunal competente– contra una o más personas imputadas por la comisión de un delito” (Kostenwein, 2016, p. 42).

La prisión preventiva y, por otro lado, el proceso, como instrumento espectacular de estigmatización pública, antes todavía que la condena, han desplazado a la pena como sanción para el delito o, más precisamente, para la sospecha del delito. De tal modo, la cárcel ha vuelto a ser, al menos en la generalidad de los casos, mucho más un lugar de tránsito y custodia cautelar” (Ferrajoli, 2018, p. 63).

EXPANSIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

En la apreciación del enfoque expansionista del Derecho Penal en sus vertientes adjetivas y sustantivas, se advierten las múltiples e infinitas laceraciones a los derechos humanos y garantías de determinadas personas en pleno siglo XXI, no obstante, las transformaciones normativas y variaciones ideológicas que se han logrado conseguir, emergiendo como ya se ha mencionado a nivel constitucional figuras de incertidumbre jurídica, como las mencionadas medidas cautelares, el arraigo y el establecimiento de un enemigo común emanado de la tipicidad de la delincuencia organizada, especial énfasis merece la despiadada figura de la prisión preventiva, tanto en sus vertientes justificadas como oficiosas, pues se torna como, “una lacra del sistema penitenciario, con todos los inconvenientes de la pena privativa de libertad y ninguna de sus ventajas” (Muñoz, 1985, p. 115).

Se sabe que la prisión preventiva es un resquicio del sistema anterior, aunque como parte del sistema expansionista hoy en día se colma de más razones y vertientes para su utilización, pues el surgimiento de pues además de su carácter oficioso cuando exista la “probable” realización de un hecho delictivo, ahora contamos con la vertiente justificada que sucede cuando a razón del ministerio público dentro de un proceso penal, no es admisible ninguna otra medida pueda asegurar la comparecencia del imputado, pues supone riesgos que puede obstaculizar el desarrollo de la investigación, se sustraiga del ejercicio de la acción o signifique su libertad, un riesgo para la víctima u ofendido, testigos o la comunidad podrá solicitarla como medida cautelar (artículo 155, fracción IV, CNPP).

Bajo esos lineamientos, la prisión se ha convertido en un lugar de contención, tanto para procesados como para sentenciados, pues aunque constitucionalmente se encuentra estipulado que “el sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados”, es bien sabido que se les remite al mismo centro carcelario, sufriendo así, de la misma manera, todas las aberraciones en contra de su dignidad humana, aun cuando no han concluido su proceso y por consiguiente, no se les ha dictado un sentencia condenatoria.

El hacinamiento de individuos encuentra su motivación y fundamento en las políticas criminales que en los últimos años han adoptado los diversos gobiernos en curso, vanagloriado, como el principal instrumento con el que el Estado y su *ius puniendi*, enaltece su supuesto combate al crimen, creando simbólicamente una sensación de seguridad, al proporcionar estadísticas que señalan que ha ido en aumento el número de personas internadas, de suerte tal que, se logra apaciguar el clamor popular de la sociedad mexicana, con la remisión a prisión, aunque fuese de forma preventiva que atemoriza hasta el más valiente. De manera que, “el miedo es hoy una plataforma política que enarbolan los distintos movimientos sociales y quienes aspiran a un cargo gubernamental. Es por ello que las políticas implementadas se encaminan al endurecimiento del quehacer policial y penal –lo que incluye, por supuesto, a la prisión” (Barrón, 2017, p. 41).

Es evidente que el cúmulo exagerado de personas en prisión no soluciona los verdaderos problemas de fondo para la minimización de los índices delictivos, sería necesario de forma momentánea que la prisión –como pena– se limitara a la ejecución de sentencia con carácter condenatorio ante el acometimiento de tipos penales caracterizados como graves, y que como medida cautelar fuese eliminado del catálogo que proporciona el artículo 155 del Código Nacional de Procedimiento Penales, habida cuenta de tener que servirse de las 13 restantes medidas cautelares, que en comparación a la prisión preventiva resultan menos lacerantes y encuentran más armonización con el nuevo sistema procesal penal.

[...] la pena de prisión se muestra como un mal necesario en cualquier sociedad como forma de actuación para prevenir conductas criminales, pero su real justificación ha de pasar por la exigencia de ser la única reacción posible para la protección de bienes jurídicos esenciales para la sociedad y para las exigencias de justicia social sobre la trilogía garantista y aseguradora, delincuente-sociedad-victima (Morillas, 2016, p. 43).

CONCLUSIONES

El colofón más preciso sobre la esencia real del sistema penal acusatorio mexicano, es entender que todo ordenamiento que emane del clamor público hacia la armonía social, debe traducirse en un objetivo y fructífero esquema de justicia, más que de legalidad, con cimientos dirigidos hacia la protección y salvaguarda de los derechos fundamentales, en una armoniosa simetría, que brote de una política criminal incluyente con dirección firme a hacia un verdadero Estado de Derecho, más nunca con el incremento de bienes jurídicamente protegidos, de tipos penales, ni de la agravación y recrudecimiento de los ya existentes, por cuanto que una sociedad como la nuestra, requiere de una perfecta armonía entre las políticas sociales y las políticas criminales y jamás que las segundas sirvan de revestimiento para las primeras. Y una vez cimentado el equilibrio entre lo que quiere el ciudadano y lo que le ofrece el Estado, se justificarán en lo absoluto las políticas que admitan, “las actitudes institucionales que se adoptan, han adoptado o deben adoptarse para combatir las conductas delictivas o desviadas” (Reyes, 2016, p. 1), y que no se caracterice por incrementar y engrandecer, cada vez más las figuras punitivas que no obstante su crudeza, no han logrado disminuir a la inseguridad y la verdadera delincuencia, cada vez más grave, establecida e institucionalizada por los verdaderos enemigos de la sociedad.

En otros términos, la realidad social mexicana no requiere de un derecho punitivo con una cada vez más holgada esencia intimidatoria, requiere de un *ius puniendi*, que se dirija a encauzar las conductas que atenten contra la vida, la libertad, la integridad en su más amplio sentido, así como del patrimonio de todo ciudadano y que a la vez pugne por el respeto a las máximas garantías procesales de quienes se ubican en un injusto de desvalor y a quienes se debe garantizar la protección más amplia de sus derechos, con lo que se obtendrá la descripción kelseniana del “hermoso sueño de la humanidad”.

REFERENCIAS

1. Barrón, M. (2017). *Análisis de la situación carcelaria en México (1990-2011)*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
2. Borja, E. (2011). *Curso de política criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
3. Carbonell, M. (2014). *Teoría de los derechos humanos y del control de convencionalidad*. México: Centro de Estudios Carbonell.
4. Delgado, J. y Colín, R. (2017). *Las medidas cautelares como medidas de seguridad en el sistema penal acusatorio*. México: Fontamara.
5. Ferrajoli, L. (2018). *El paradigma garantista, filosofía crítica del derecho penal*. Madrid: Trotta.
6. Ferrajoli, L. (2009). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

7. García, F. (2013). *El control social sobre el individuo, la sociedad y el Estado*. México: CESCIJUC.
8. Gómez, A. (2016). *El sistema penal acusatorio en México*. México: INACIPE.
9. González, P. y Witker, J. (2019). *Desafíos del sistema penal acusatorio*. México: UNAM.
10. Hernández de Gante, A. (2017). La reforma penal en México, ¿mayor seguridad o mayor violencia? *Revista de Derecho*. Publicación de la Facultad de la Universidad Católica de Uruguay.
11. Kostenwein, E. (2016). *La cuestión cautelar. El uso de la prisión preventiva desde la sociología de la justicia penal*. Buenos Aires: EDIAR.
12. Martínez, I. (2015). *Derecho penal del enemigo y derechos humanos*. México: UBIJUS.
13. Morillas, L. (2016). *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*. Madrid: DYKINSON.
14. Muñoz, F. (1985). *Derecho penal y control social*. España: Fundación Universitaria de Jerez.
15. Paredes, R. (2018). *Las medidas cautelares en el sistema de justicia penal acusatorio*. México: Colofón.
16. Ponce, M. (2019). *La epistemología del procedimiento penal acusatorio y oral*. Querétaro: Instituto de estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
17. Reyes, J. (2016). *Política criminal estratégica*. México: Editorial Flores.
18. Santacruz, R. (2017). El principio de igualdad entre las partes en el proceso penal en México. *Ciencia Jurídica*, 6(11), pp. 137-146.
19. Sanz, N. (2017). *Política criminal, viejos problemas y nuevos desafíos*. México: Editorial Flores.
20. Silva, J-M. (2011). *La expansión del derecho penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Argentina: Ed. Monte video.
21. Valencia, S. (2009). Constitución y nuevo proceso penal. Reforma Judicial. *Revista Mexicana de Justicia*. 1(13), México.
22. Zaffaroni, E. (2016). *Derecho penal humano y poder en el siglo XXI*. Managua: INEJ.