



Revista

ISSN 2007-4700

# Perennial

MÉXICO

Número 14 • 15

Marzo de 2018 • febrero de 2019

## Medidas cautelares como producto de la Política Criminal y el Expansionismo Penal

Juan Carlos Delgado Siles  
Ricardo Colin García  
Daniel Alexander Conde González

Universidad Autónoma del Estado de México  
Centro Universitario UAEM Texcoco,  
Estado de México, México  
Correo-e: jcarlos\_1721@hotmail.com

**RESUMEN:** El paradigma de las medidas de seguridad, entre las que se encuentran las Medidas Cautelares, reviste un cúmulo de factores que merecen tomarse en cuenta desde su génesis, a partir de una política criminal derivada de un derecho penal de expansión que ha creado instrumentos con carácter inocuidador y/o neutralizador dirigidos a los sujetos señalados como partícipes de un hecho delictivo, que se supone, podrían representar altos niveles de peligro que entorpezca al proceso, empero, también ha servido de base para la implementación de un derecho penal de riesgo, con el que se viola el principio de presunción de inocencia, y por consiguiente se observa que estos instrumentos coercitivos en poco o nada ayudan a la disminución de inseguridad en nuestro país y mucho menos a la erradicación de la delincuencia, de ahí la necesidad de un análisis de esta figura a partir de la potestad aseguradora del Estado para suministrarlas.

**PALABRAS CLAVE:** Medidas cautelares, política criminal, derecho penal de expansión, presunción de inocencia, peligrosidad, pena anticipada, medidas de seguridad, derecho penal mínimo.

**ABSTRACT:** The paradigm of security measures, among which are the Precautionary Measures, has a cladding of factors that deserve to be taken into account since it is genesis, from it is assistance to Criminal Law derivative of a criminal law of expansion that have been created as instruments with an innocuous and/or neutralizer character; that supposed to could represent a degree of high hazard levels that hampers the process itself, has also served as the basis for the implementation of a Criminal Law of Risk, which it's violated the presumption of innocence and that doesn't help the decrease of insecurity in our country and much less to the crime eradication, hence the need for an analysis of this figure from the insuring power of the State to supply them.

**KEYWORDS:** Precautionary measures, criminal policy, criminal law of expansion, presumption of innocence, dangerousness, anticipated punishment, security measures, minimum criminal law.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Esencia punitiva del Estado. 3. Surgimiento de las penas y medidas de seguridad. 4. Necesidad de determinaciones objetivas en la imposición de las medidas cautelares. 5. Consecuencias de la aplicación de las medidas cautelares. 6. Legalidad vs. justicia en la aplicación de las medidas cautelares. 7. Tendencias de las medidas cautelares hacia un derecho penal de expansión. 8. Inhumanismo de las medidas cautelares. 9. Conclusión. 10. Bibliografía.

## Medidas cautelares como producto de la Política Criminal y el Expansionismo Penal

Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo que le fue concedida.

*Beccaria*

## 1. Introducción

De competencia general y de interés limitado se observa el tema de las *medidas cautelares* en el sistema penal acusatorio en México, a partir de la entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales, en considerable medida por la escasa notoriedad de los pronunciamientos al respecto y por el reconocimiento generalizado a grado aplaudible por parte de la sociedad, sobre la existencia de estos instrumentos, no solo en la praxis, sino también doctrinariamente debido a que “la concepción dogmática hoy dominante es, pues, de signo teleológico y consecuencialista, y asume una racionalidad valorativa”,<sup>1</sup> hincada sobre la necesidad de un derecho penal de peligrosidad y neutralización que como producto de una política criminal de carácter expansionista, se conduce y suministra por simple señalamiento engendrando toda acción punitiva, ajena a los postulados del derecho penal de culpabilidad, que lo transforman en un instrumento de guerra y violencia legítima por parte del Estado sobre la sociedad, anteponiendo cualquier instrumento de control de las acciones de los particulares *verbi gratia* con la imposición de medidas de seguridad de carácter asegurativo e inocuidador, visiblemente traducidas en penas o sanciones anticipadas carentes de toda comprobación, que quebrantan el fundamento limitador de las facultades coercitivas del Estado, no obstante que “Durante los últimos siglos el principio de culpabilidad (*nulla poena sine culpa*) ha constituido para la doctrina mayoritaria en el ámbito jurídico

del derecho continental’ un límite al *ius puniendi*, tanto a nivel de creación como de aplicación de normas penales”.<sup>2</sup>

Así, como muestra de estas normas penales específicamente de carácter adjetivo, se advierte una novedad en el actual sistema de justicia penal con las medidas cautelares, como medidas de seguridad surgidas de una política criminal maximizadora del derecho penal, que emanan a la par de la venganza pública y/o aparición del Estado con su capacidad “para aplicar penas al autor de un delito”,<sup>3</sup> por consiguiente el *ius puniendi* o la facultad de tomar en sus manos la imposición de sanciones incluso anticipadas para supestando garantizar la administración de la justicia penal, después de todo, la aceptación del Estado como ente regulador del comportamiento del hombre que vive en sociedad, bajo su potestad coercitiva, lo legitima como “único con facultades para conocer y decidir sobre la existencia de un delito y la aplicación de la pena”.<sup>4</sup>

De lo que se sigue que en la historia del hombre, en cuanto a la pena, siempre se han entendido que esta es “... un mal impuesto al delincuente en retribución al delito cometido”,<sup>5</sup> y sabemos que “desde el plano jurídico, es un acto u omisión antijurídico y culpable”,<sup>6</sup> aunque se entiende que la culpabilidad, por supuesto, debe satisfacer al “conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica”,<sup>7</sup> no obstante que en la práctica es evidente que las penas descritas no solo son impuestas a quien comprobadamente haya cometido afectaciones a la sociedad o a los particulares, puesto que, de facto siempre se ha castigado o sancionado de forma adelantada, pues con la imposición de sus medidas de seguridad de carácter preventivo por mera sospecha o señalamiento, se da paso a la presunción de culpabilidad, motivo suficiente para castigar de forma adelantada, al amparo del ejercicio de “una función

<sup>1</sup> Demetrio Crespo, Eduardo, “Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin”, Texto revisado y ampliado sobre el que se basó la ponencia presentada el día 20 de octubre del año 2001 en Córdoba (Argentina), con motivo de las jornadas internacionales en homenaje al profesor Claus Roxin. España, p. 4.

<sup>2</sup> Cárdenas Aravena, Claudia Marcela, El principio de culpabilidad: estado de la cuestión”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Sección: Estudios Año 15 - No 2, 2008, pp. 69.

<sup>3</sup> Quisbert, Ermo, “Historia del Derecho Penal A través de las Escuelas Penales y sus Representantes”, CED, Centro de Estudios de Derecho, La Paz, Bolivia, 2008, p. 20.

<sup>4</sup> López Betancourt, Eduardo, “Introducción al Estudio del Derecho Penal”, Editorial Porrúa, México, 2007, p. 67.

<sup>5</sup> Jiménez Martínez, Javier, “La Estructura Normativa del Delito”, Editorial Flores, México, 2014, p. 1178.

<sup>6</sup> Jiménez de Asúa, Luis, “Lecciones de Derecho Penal”, Editorial Oxford, México, 1999, p. 129.

<sup>7</sup> Jiménez de Asúa, Luis, “Principios de Derecho Penal. La Ley y del Delito”, Editorial Sudamericana Buenos Aires, 1990, p. 352.

garantista frente a la aplicación de penas sin culpabilidad, que pueden ser funcionales, pero no garantistas en un Estado de derecho”<sup>8</sup> aun con la instauración de instrumentos de control formal, dentro de las que se encuentran las medidas de seguridad de carácter asegurativo, conocidas en el ámbito penal como medidas cautelares, que pueden ser un instrumento efectivo en el tratamiento de las personas que son investigadas por sus supuesta participación en un hecho delictivo, pese a que, “... resultan uno de los ámbitos donde se refleja con claridad la difícil empresa de conciliar la necesidad de proteger a la sociedad y, en especial, a la víctima u ofendido del delito, con la obligación del mismo Estado de derecho de respetar los derechos fundamentales del individuo sujeto a proceso”,<sup>9</sup> proclamados en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos bajo el aforismo de carácter supremo del *In Dubio Pro Reo*, respaldado por los artículos 14, párrafo segundo; 16, 19, y 21 en sus primeros párrafos, y 102, apartado A, segundo párrafo, de nuestra carta magna que de igual forma fundamentan y respaldan al principio de presunción de inocencia, en relación a lo dispuesto por los artículos 17, segundo párrafo, y 23, dándole carácter de mandamiento con jerarquía constitucional.

## 2. Esencia punitiva del Estado

En el afán de discernir la condición de las facultades del soberano con procedencia de una política criminal expansionista del derecho penal, se debe entender que es a partir de la evolución cognitiva del ser humano, en la cual este descubre la necesidad de convivir con sus semejantes, de forma aparejada, revelándose así la importancia de vivir en un estado armónico, no solo con su medio ambiente, sino con sus semejantes, lo cual lo obligó rousseauianamente “a encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda

fuerza común a la persona y los bienes de cada asociado, y por virtud de la cual, cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino así mismo y quede tan libre como antes”.<sup>10</sup>

De manera que, de forma subjetiva voluntariamente el hombre consiente, pone en manos de un soberano la facultad de ejercer acción en contra de aquellos que no se adaptasen a la sociedad misma, a través de la creación de instrumentos de control social paridos de una “ideología, de aceptación donde la sociedad recibe con beneplácito y por su bien, no solo las políticas del Estado sino de aquellos que desde altas esferas ejercen el poder político, económico y social”.<sup>11</sup>

Luego entonces, vemos que es a partir del surgimiento de esa política aristotélica en donde convergen las tres formas de ejercer el poder, en las que se encuentran, “a) el poder paterno, ejercitado en nombre del hijo; b) el poder despótico, ejercitado en interés del patrón; c) el poder político, ejercitado en interés de quien gobierna y es gobernado”,<sup>12</sup> de donde emana la política criminal y principalmente de esta última, que le corresponde al Estado, siendo aquel la única entidad quien puede ejercer acciones coercitivas, hacia quienes se encuentren en la hipótesis de la comisión de un hecho delictivo, en atención a que solo este órgano máximo de gobierno será “aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio (el territorio es elemento distintivo), reclama (con éxito) para sí el monopolio de la violencia física legítima”,<sup>13</sup> con lo que reafirma su poder punitivo, a partir de su jurisdicción para prohibir y castigar las acciones u omisiones enmarcadas como tipos penales.

De ahí que, tanto los juicios generales de desvalor en comento, como las penas, son producto de una política criminal que envuelve al “conjunto de medidas y criterios de carácter jurídico, social, educativo, económico y de índole similar, establecidos por los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal, con el fin de mantener bajo

<sup>8</sup> Demetrio Crespo, Eduardo, “Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin”, España, p. 12.

<sup>9</sup> Chacón Rojas, Oswaldo y otros, “Las Medidas Cautelares en el Procedimiento Penal Acusatorio”, Secretaría de Gobernación, México, 2008, p. 17.

<sup>10</sup> Rousseau, Jean Jaques, “Contrato social”, Ed. Espasa Calpe, España, 2007, p. 45.

<sup>11</sup> García Ramírez, Francisco J., “El control social sobre el individuo, la sociedad y el Estado, de la cohesión social a mundo neoliberal”, Ed. CESCIJUC, México, 2013, p. 36.

<sup>12</sup> Rivera Beiras, Iñaki y otros, “Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas”, Ed. Anthropos, España, 2005, pp. 15 y 16.

<sup>13</sup> Weber, Max, “La política como Vocación”, Ed. Alianza, 2009, Traducido por Rubio Llorente Francisco, pp. 83-84.

## Medidas cautelares como producto de la Política Criminal y el Expansionismo Penal

límites tolerables los índices de criminalidad en una determinada sociedad".<sup>14</sup> En aras de continuar con el equilibrio social que caracteriza a los sistemas democráticos, por la toma de decisiones comunes que puedan considerarse efectivos contra hechos delictivos cada vez más preocupantes, y por delinquentes cada vez más prolíferos, a los que se debe suministrar penas una vez que se haya comprobado su plena culpabilidad y participación en el injusto.

De ello resulta necesario admitir que por la descripción que precede, se entiende que todo sistema de gobierno, para su funcionamiento habrá de valerse de la tipificación de conductas que, por su antijuricidad, merezcan una vez desahogada la secuela probatoria, de una pena que cumpla con su objetivo, no solo en el ámbito de la prevención especial que con efectos retributivos recaigan directamente en quien infringe la norma, sino también con el de la prevención general que habrá de observar la colectividad.

Por tanto, con el reconocimiento de la complejidad social "en cuanto sistema, en la cual el hombre aparece situado ante el amplísimo horizonte de posibilidades de actuación con la consiguiente perplejidad y dificultad para elegir, lo cual supone contingencia de riesgo",<sup>15</sup> se admite también la necesidad de instrumentos coercitivos con los que debe contar la autoridad gubernamental para actuar ante desordenes, tanto colectivos como individuales, eso sí, en estricto apego a los derechos de los gobernados y siempre con pleno respeto a las garantías de las personas a un debido proceso, pues debe considerarse que:

En el proceso penal moderno se distingue entre el modelo de control social del delito (*crime control model*) y el modelo del debido proceso (*due process model*), caracterizándose el primero por la presunción de culpabilidad del sospechoso y considerar los derechos procesales como un necesario; y, el segundo, por la presunción de inocencia del imputado, por estimar los derechos de éste, consustanciales al derecho procesal y por tanto, irrenun-

ciables por el individuo a quien el Estado garantiza tales derechos a través de una tutela jurídica efectiva.<sup>16</sup>

De manera que para el logro de la efectividad planteada en ese modelo de presunción de inocencia, nuestro sistema social, ha transitado por una odisea dirigida hacia la concepción de un sistema penal que desafortunadamente, en la actualidad ha expandido su punición con acciones *ex ante*, a través de los instrumentos de carácter tanto correctivo, como preventivo comprendiendo mecanismos conocidos como medidas de seguridad, de la que se desprenden las medidas cautelares, mismas que merecen especial atención en el presente trabajo, pues deben considerarse como la base de cualquier historial en materia de procesos penales.

### 3. Surgimiento de las penas y medidas de seguridad

Para entender y de alguna forma justificar la necesidad de la existencia de las medidas de seguridad en la alquimia del derecho penal, vemos que en la historia del hombre, es desde su faceta de nómada, en donde la sociedad se regía por costumbres, era el alfa quien aislaba de los demás a quien osaba perturbar la paz del clan, prohibiéndole concurrir a determinadas reuniones que se llevaban a cabo, y aunque en este antecedente aún no se tenía una legislación como un "Derecho codificado",<sup>17</sup> que sustentara dichas medidas, se pensaba que, de este modo se evitaba la sustracción de la persona a la que se le impondría un castigo para "impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer a los demás de la comisión de otros iguales",<sup>18</sup> con estas acciones, se impedía también que se causara un daño como "perjuicio, lesión, o detrimento que se produce en la persona o bienes de alguien, por la acción u omisión"<sup>19</sup> que pueda ser mayor al que se le presumía había cometido, y por tanto desde entonces se obligaba a la regulación

<sup>14</sup> Borja Jiménez, Emiliano, "Curso de Política Criminal", Editorial Tirant lo Blanch, 2001, p. 22.

<sup>15</sup> Montoro Ballesteros, Alberto, "El funcionalismo en el Derecho: Notas sobre N. Luhmann y G. Jakob", *Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época*. Vol.8. p. 366.

<sup>16</sup> Aguilar López, Miguel Ángel, "Presunción de Inocencia", Ed. Anaya, México, 2015, p. 21.

<sup>17</sup> Marqués Romero, Raúl, "Diccionario Jurídico Mexicano", Editorial Porrúa, México, 2009, p. 2291.

<sup>18</sup> Beccaria, "Tratado de los Delitos y de las Penas", Editorial Porrúa, México, 2016, p. 31.

<sup>19</sup> Nuñez Martínez, Ángel, "Nuevo diccionario de Derecho Penal", Editorial Librería Maleja, México, 2004, p. 298.

de acciones punitivas de aseguramiento, aplicables a quien fuere señalado como presunto responsable del injusto.

La instauración de estas normas consuetudinarias en cuerpos normativos formales, se fue dando de forma sistemática de acuerdo al lugar y a la época, y uno de los más representativos, sin duda fue el de las doce tablas en el año 455 a.c., que “Constituye el texto jurídico, de esa época, más completo y trascendente, es decir, fuente de todo el derecho público y privado”.<sup>20</sup> De estos ordenamientos provenientes de Roma, donde el Estado como “comunidad política desarrollada”,<sup>21</sup> ya era participe en la solución de conflictos, destaca el nacimiento de la figura del “*addictus*”, en “referencia a encontrarse sujeto al cumplimiento de un estipulamiento, obligación o castigo impuesto”,<sup>22</sup> incluso como imposiciones preliminares.

De lo anterior se desprende que, estos castigos previos, impuesto por las autoridades, eran con el objetivo de seguir los ordenamientos jurídicos, que se cumplieran lo más ideal posible, respetando los derechos y consiguiendo acuerdos, so pena que, de no ser así, esta medida pasaba a segundo término con la sentencia, como “acto del órgano judicial en cuya virtud éste, agotadas las etapas de iniciación y desarrollo”,<sup>23</sup> dando como resultado la emisión de una sentencia que diera fin al proceso que lo originó.

Luego entonces, de manera formal y legislativa, en cuanto a la codificación de las medidas de seguridad, vemos que:

Le corresponde al penalista zuriqués Carl Stooss el mérito de haber indicado ese camino. Su Anteproyecto para un Código Penal Suizo de 1893 no solo prevé como reacción al hecho la pena adecuada al hecho y a la culpabilidad, sino que contiene asimismo la novedad de las así llamadas medidas de seguridad según ello, los autores inimputables o seminimputables debían poder ser internados, cuando la seguridad pública lo exigiera; los

reincidentes múltiples debían ser colocados en custodia –en lugar de ser penados–, cuando el tribunal estuviera convencido de que volverían a reincidir; los delincuentes cuyos delitos se debieran a falta de afección al trabajo o a ebriedad deberían poder ser enviados a una casa de trabajo o a un establecimiento para cura de ebrios.<sup>24</sup>

De ahí que deba arribarse a la conclusión de que las medidas de seguridad desde un inicio tenían dos vertientes, debido a que por una parte se tendrían que diseñar instrumentos de carácter correctivo para aquellos inimputables que, por sus características cognitivas y volitivas, no eran susceptibles de que se les aplicara una pena, dentro de los que se encontrasen aquellos que padecieran un trastorno mental permanente o transitorio, y por otra parte, instrumentos de seguridad con carácter preventivo, con los que se asegurara el éxito del proceso sin que hubiese riesgo alguno en el transcurso de la secuela procesal, por lo que surgen desde aquellos momentos las llamadas providencias precautorias o medidas cautelares.

Antecedente ante el cual resulta evidente que las intenciones de las medidas cautelares tienen un fin, que es la prevención de riesgos en un proceso de carácter penal. Empero: el problema surge cuando nos percatamos que el derecho violado resulta ser un supuesto, toda vez que en este estadio procesal aún no se determina si la causa del proceso es real o simple y verdadera confusión.

De ahí que la constante aplicación de estas medidas, que se supone, orientan a prevenir la sustracción de la persona que se encuentra en calidad de investigada “respecto del cual existen indicios para creer que es responsable de un delito”,<sup>25</sup> sin siquiera haber desahogado prueba plena “que demuestra cabalmente un hecho”,<sup>26</sup> se toma como un total desorden procesal. Sin embargo, y a pesar de ello, el Estado con su multiplicada potestad punitiva tiene la facultad de imponer una o varias obligaciones al indiciado a fin de que no

<sup>20</sup> López Guardiola, Samantha Gabriela, “*Derecho Romano I*”, Editorial Red Tercer Milenio, México, 2012, p. 76.

<sup>21</sup> Márquez Romero, Raúl, *op. cit.*, p. 1556.

<sup>22</sup> Aced Penco, Ángel, “*Estudios Jurídicos de Aproximación de Derecho Latinoamericano y Europeo*”, Editorial Dykinson, España, 2014, p. 26.

<sup>23</sup> Nuñez Martínez, Ángel, *op. cit.*, p. 920.

<sup>24</sup> Frisch Wolfgang, “*Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho Penal*”, Revista Para El Análisis del Derecho, Barcelona, Julio 2007, (3) (1-52) p. 5.

<sup>25</sup> Nuñez Martínez, Ángel, *op. cit.*, p. 540.

<sup>26</sup> *Ibid.*

## Medidas cautelares como producto de la Política Criminal y el Expansionismo Penal

se sustraiga de la justicia como “la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo”,<sup>27</sup> con lo que se da pie a toda una serie de transformaciones en el sistema penal como producto de una demanda social hacia un expansionismo del mismo.

Expansionismo penal que obedece a un sistema político-económico que dirige su política criminal con una “tendencia general maximalista representada por la creación de nuevos ‘bienes jurídico-penales’, ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía”.<sup>28</sup>

En ese orden de ideas, vemos que la transformación que sufrió la impartición de justicia penal tanto en su parte sustantiva como en su parte adjetiva, y en particular sobre la aplicación de medidas cautelares, no es nuevo y se reafirma su consolidación con la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, con importantes cambios en la citada legislación, pero principalmente en nuestra carta magna, en su numeral 19 que en el segundo párrafo en donde se hace referencia a las providencias precautorias y en especial a la *ultima ratio* de estas, pues establece que:

El Ministerio Público solo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.<sup>29</sup>

Normatividad que se ratifica con el contenido del artículo 167 del Código Nacional De Procedimientos Penales que de forma literal establece que, se consideraran delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, los previstos en el Código Penal Federal de la manera siguientes: homicidio, genocidio, violación, traición

a la patria, espionaje, terrorismo, sabotaje, tráfico de menores y contra la salud. Es decir, con la comprobación de la existencia de premisas que dan fe de que verdaderamente existe un riesgo para los que están involucrados en una secuela procesal en particular y en especial en lo que reza el párrafo constitucional en comento en el que se pone en claro que habrá trato especial a delincuentes en potencia pues “El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud”.<sup>30</sup>

#### 4. Necesidad de determinaciones objetivas en la imposición de las medidas cautelares

Bajo la tesis expuesta, es de considerarse que, se debe pugnar porque el proceso para emitir estas determinaciones este totalmente revestido por la comprobación de la culpabilidad del investigado y que ello sirva como condicionante que permita tener en igualdad de circunstancias a las dos partes en conflicto y una vez comprobada la responsabilidad imponerle la sanción correspondiente. De igual forma se debe pugnar porque, bajo esas circunstancias se podrá justificar la imposición de las medidas que permitan garantizar la sustracción del inculcado y/o la reparación de un bien jurídico protegido que haya sido afectado, a través de la “facultad que se le da consecuentemente a un tutor por el legislador, mediante la creación de tipos penales”.<sup>31</sup> Ahora bien, estos verbos rectores, deben consistir en “la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana, reprochable y punible”,<sup>32</sup> puesto que, al materializarse se estaría ante un hecho delictivo merecedor de una sanción. Aunque desde una lógica elemental, vemos que no obstante a su potestad punitiva, el juzgador, no puede

<sup>27</sup> Marqués Romero, Raúl, *op. cit.*, p. 2258.

<sup>28</sup> Silva Sánchez, J.M., “La expansión del derecho penal”, Ed. EDISOFER, España, 2011, pp. 17-18.

<sup>29</sup> Carbonell, Miguel y otros, “La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos con Jurisprudencia”, Editorial Tirant Lo Blanch, México D.F., 2014, p. 330.

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> Nuñez Martínez, Ángel, *op. cit.*, p. 168.

<sup>32</sup> Jiménez, Martínez, *op. cit.*, p. 558.

imponer una pena a una suposición, pues de todos es sabido que no debe haber pena; si no hay crimen *nulla poena, sine crimine*. O por lo menos no debe sumi- nistrarse sanción real y/o personal alguna, a quién no se le haya comprobado su participación en un hecho delictivo, incluso, no tiene porqué imponerse actos de molestia alguno sin un sustento firme como lo exige el numeral 16 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece que “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domici- lio, papeles o posesiones, sino en virtud de manda- miento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”.<sup>33</sup> Luego entonces, debe entenderse que las medidas cautelares contempladas en el artículo 155 del Código Nacional de Procedimientos Penales, son actos de molestia ba- sados en supuestos de aplicación, por cierto obscuras, pues hasta ese momento procesal, no se cuenta con la certeza y veracidad de que el imputado haya cometi- do la falta o hecho delictivo del que se le investiga.

En suma, vemos que, estos actos de molestia aten- tan contra la presunción de inocencia, que en estricto apego a derecho habrá de ser superada solo “cuando consta prueba, de cargo suficiente, que demuestra los extremos facticos de la existencia real del ilícito pe- nal y la culpabilidad del inculcado, cuya carga corres- ponde a la parte acusadora”,<sup>34</sup> a quien desde luego, es visible que se le da más atención y el investigado es prácticamente ignorado. Luego entonces el procesado se encuentra en franca desventaja, pues no se le per- mite ser escuchado y vencido en juicio como lo marca nuestra misma carta magna en su artículo 14, que a la letra dice: “Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino me- diante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho”.<sup>35</sup>

## 5. Consecuencias de la aplicación de las medidas cautelares

Ante los evidentes desordenes en la aplicación de es- tas providencias precautorias, las preguntas obligadas son, ¿y si al término del proceso resulta que la senten- cia le beneficia al sujeto y resultase que es absolutoria por no demostrarle su culpabilidad? Como suele pa- sar en muchas de las ocasiones, ¿qué hay de su digni- dad?, ¿Qué hay de los días, las semanas, los meses e incluso los años que el individuo puede estar privado de su libertad ambulatoria, por ejemplo, como lo es- tablece la fracción 14 del artículo 155 del código na- cional de procedimientos penales?, y en el mejor de los casos ¿Qué hay de la garantía económica que tie- ne que exhibir un investigado para continuar su pro- ceso sin que sea encarcelado?, analógicamente sería similar a dar un fuerte medicamento a una persona sana, sin realizar análisis o estudios. Imaginemos un mundo donde el medico determinara el tratamiento de severos padecimientos, sin contar con las pruebas suficientes: ¿y si generara algún daño irreparable de por vida a nuestra salud?, pues es lo que sucede día a día con la aplicación de las medidas cautelares que se aplican en el nuevo sistema penal acusatorio. De ahí que se hace evidente que desde siempre se ha lle- vado a cabo el ejercicio del proceso penal de forma desmedida con una aplicación que no corresponde a la realidad fáctica y se confirma que toda evolución o cambio respecto a la ley adjetiva en la materia, de- jará de ser justa en tanto se apliquen sanciones anti- cipadas a la comprobación de la participación en un hecho delictivo.

Así, vemos que la anticipación de sanciones con- tradice la verdadera impartición de justicia en Méxi- co, como un “sistema de enjuiciamiento que busca tutelar al inocente antes que castigar al culpable”<sup>36</sup> de la que presume el actual sistema de impartición de jus- ticia con sus cambios a partir de las reformas del 2008. Transformación que, por cierto, trajo consigo la creación de nuevos tópicos penales en sustitución de las contempladas en el tan viciado sistema penal in- quisitivo, en el que “Por lo general, el procedimiento

<sup>33</sup> Carbonell, Miguel y otros, *op. cit.*, p. 236.

<sup>34</sup> Aguilar López, Miguel Ángel, “Presunción de Inocencia Derecho Humano en el Sistema Penal Acusatorio”, Editorial Anaya, México, 2015, p. 85.

<sup>35</sup> Carbonell, Miguel y otros, *op. cit.*, p. 210.

<sup>36</sup> Medina Peñalosa, Sergio, “Teoría del Delito en el Sistema Penal Acusatorio”, Editorial Rehtikal, México, 2015, p. 50.

se iniciaba de oficio, si bien en ciertos casos, se podía introducir en él, como acusador, el procurador del rey o del señor a quien, conforme a normas de competencia, le correspondía el ejercicio de la acción”.<sup>37</sup> Así mismo la práctica de este sistema, supone la mitigación de las presiones internacionales hacia la defensa de los derechos humanos, como “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”,<sup>38</sup> es decir, que estamos ante la presencia del reconocimiento de los derechos humanos de todo individuo, hasta antes de haberse comprobado su participación en una lesión a un bien jurídico tutelado. Por tanto, los derechos humanos suponen garantías suficientes para el ciudadano sujeto a un juicio de carácter penal, que estará seguro de que se le va a administrar un proceso justo en la acusación que pesa sobre él, con la utilización de mecanismos efectivos, pronto y expeditos.

No se contradice la existencia de penas como una “sanción impuesta a un individuo por contravenir las leyes penales establecidas mediante la sentencia que emite el órgano jurisdiccional competente después de cumplir con la etapas procedimentales”,<sup>39</sup> pero si estoy en desacuerdo con sanciones que se equiparan a una pena anticipada, que en el mejor de los casos complace a una de las partes y evidentemente el otro litigante acepta, no por reconocer su culpabilidad ya que no reúne “el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica”,<sup>40</sup> más bien, porque con ello se evita el calvario de ser sometido a un proceso engorroso que pone en riesgo su tiempo, su integridad e incluso su libertad por lo que, bajo esa tesitura, es de considerarse que la imposición de alguna de las medidas cautelares del artículo 155 del código nacional de

procedimientos penales no resuelve en nada al litigio, es decir, la “disputa o alteración al juicio”.<sup>41</sup>

## 6. Legalidad vs. justicia en la aplicación de las medidas cautelares

Vemos que a pesar de que las transformaciones del sistema penal, en el fondo pugnan por un estado de paz regido por “una concepción garantista en donde se busca proteger los derechos de la víctima y del ofendido, así como los derechos del imputado”,<sup>42</sup> de facto, nuestro sistema penal mexicano utiliza mecanismos que se encuentran apegados a la legalidad como “Principio constitucional por el cual los órganos de gobierno no pueden actuar más allá de lo que la Constitución y a ley les permiten”,<sup>43</sup> pero no necesariamente a la justicia como una “constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo”.<sup>44</sup> Es decir, solo como un paliativo legal. De tal suerte que nuestra nación cuenta con un modelo de justicia mitigadora, que aplica medidas que no resuelven en mucho los problemas de fondo, y más bien, se tornan como imposiciones, para salir del paso a problemas que el Estado debería solucionar, sin molestarse en buscar otras alternativas.

Considero que en la evolución de una justicia penal real se requiere de alternativas que impliquen y aseguren la presencia del imputado durante la secuela procesal, sin que por ello necesariamente se tengan que privar de derechos y libertades. Y, en el mismo sentido, dejar la potestad del soberano para ejercer acciones coercitivas, única y exclusivamente para los casos en los que se ha comprobado la participación del hecho delictivo por parte del inculcado y que, por consiguiente, son justificablemente merecedores de una pena.

De ello resulta necesario admitir que, en todo sistema de justicia, la pena debe verse estrictamente como

<sup>37</sup> Núñez Martínez, Ángel, *op. cit.*, p. 931.

<sup>38</sup> Carbonell, Miguel, “*Los Derechos Humanos en México Régimen Jurídico y Aplicación Práctica*”, Editorial Flores, México, 2015, p. 3.

<sup>39</sup> Núñez Martínez, Ángel, *op. cit.*, p. 759.

<sup>40</sup> Jiménez de Asúa, Luis, *op. cit.*, 1999, p. 234.

<sup>41</sup> Márquez Romero, Raúl, *op. cit.*, p. 2435.

<sup>42</sup> Esparza, Bernardino, “*Análisis Jurídico-Operativo del Sistema Penal Acusatorio en México a Nivel Federal*”, Editorial INACIPE, México, 2014, p. 2.

<sup>43</sup> Núñez Martínez, Ángel, *op. cit.*, p. 598.

<sup>44</sup> Márquez Romero, Raúl, *op. cit.*, p. 2258.

una “Sanción jurídica que se impone al declarado culpable del delito, en sentencia firme, y que tiene la particularidad de vulnerar de la manera más violenta los bienes de la vida”.<sup>45</sup> Con lo que estoy absolutamente de acuerdo y apoyo la imposición de las mismas, pero solo para los hechos que verdaderamente sean considerados sujetos de la imposición de un castigo que de modo justificado hayan transitado por un proceso apegado a lo dispuesto por nuestras leyes adjetivas en materia penal y principalmente a nuestra carta magna.

En este sentido nuestro órgano máximo de leyes es muy claro al contemplar el derecho de todo ciudadano a ser oído y vencido en un juicio y no imponer medidas que son directamente violatorias al principio de presunción de inocencia como “principio fundamental del Derecho Procesal Penal que informa la actividad jurisdiccional como regla probatoria y como elemento fundamental del derecho a un juicio justo”<sup>46</sup>. Tristemente en la praxis este fundamento en el sistema procesal ha sufrido un retroceso, pues los litigios penales se tornan autoritarios, plagados de oscuridad hacia la solución de problemas, con la aplicación de las medidas cautelares. Desde mi punto de vista, dichas medidas, son equívocas y erróneas, toda vez que, no puedes medir algo que no existe y si no existe la responsabilidad comprobada sobre un injusto, por lo tanto, no hay justificación para imponer pena, ni sanción alguna, pues bajo esa insistencia el aforismo *nulla pena sine crimine* es respaldado por el principio de retributividad, según el cual:

la pena es un castigo aplicable cuando se haya cometido un delito. Éste constituye la causa o condición necesaria y suficiente de la pena y ésta se configura como su efecto o consecuencia jurídica. La pena, entonces, no es un *prius*, sino un *posterius*; no una medida preventiva o ante *delictum*, sino una sanción retributiva o *post delictum*, que puede exigir condiciones ulteriores, tales como la ausencia de eximentes y las condiciones objetivas de punibilidad y de procedibilidad, además de todo el resto de las garantías penales y procesales que condicionan la validez de la definición legal y la comprobación judicial del delito.<sup>47</sup>

Luego entonces, si no hay comprobación del hecho delictivo, no se puede hablar de una medida de proporcionalidad, dado que las personas que se encuentran en calidad de investigadas no pueden responder por el detrimento de un bien jurídico protegido, pues aún no se tiene la certeza de que sea él quien lo afectó y, por tanto, no se cuenta con la totalidad de los elementos de un hecho delictivo.

## 7. Tendencias de las medidas cautelares hacia un derecho penal de expansión

En efecto, los hechos delictivos que desafortunadamente forman parte ya de nuestra compleja sociedad contemporánea y que, por cierto, obligan a la sociedad misma a interactuar para subsistir, aumentan día a día considerablemente la posibilidad de que algunas de esas relaciones perturben la paz social y redunden en alteraciones lesivas que la convierten en una sociedad de riesgo, expuesta a complejos grados de inseguridad, así como a peligros constantes, no solo por ser víctimas de esas acciones lesivas, sino también por ser blanco fácil de alguna vinculación por simple sospecha y en consecuencia, “en la determinación de la peligrosidad está en juego la libertad de los ciudadanos”,<sup>48</sup> aun de aquellos hombres libres que se consideren peligrosos por solo encontrarse en el lugar indicado en el momento preciso de la comisión de un hecho delictivo, no obstante que, “el hombre libre y capaz no puede ser objeto de juicio de peligrosidad porque no es un momento o fuerza ciega de la naturaleza, sino un ser que se desenvuelve y actúa en un mundo lleno de valores, allí donde un cálculo de probabilidades no tiene derecho de ciudadanía”<sup>49</sup> de ello resulta necesario admitir que la sociedad subsiste con episodios frecuentes de violencia y con sensaciones generales de inseguridad e inevitables trances que antes no existían, haciendo imperiosa la necesidad de imponer medidas de seguridad que secunden a la administración de la justicia, y den confianza a los propios ciudadanos, sobre el actuar de sus autoridades, en la aplicación y suministro de medios legales

<sup>45</sup> Núñez Martínez, Ángel, *op. cit.*, p. 798.

<sup>46</sup> Aguilar García, Ana Dulce, “Presunción de Inocencia”, Editorial Comisión Nacional de Derechos Humanos, México D.F., 2013, p. 13.

<sup>47</sup> Nader Kuri, Jorge, “La Responsabilidad Penal de los Juzgadores”, Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2008, p. 15.

<sup>48</sup> Vives Antón, Tomás S., “La Libertad como Pretexto.”, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1995, p. 39.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 40.

## Medidas cautelares como producto de la Política Criminal y el Expansionismo Penal

que mantengan la armonía y paz social, pero aun así, el ambiente perplejo de inseguridad, que para nadie es ajeno de violencia y que se vive de forma inevitable, nos asecha con una conciencia generalizada sobre ello, de lo que sigue que “la violencia es un firme componente de nuestra experiencia cotidiana. Quien vive con nosotros, experimenta violencia y nunca está seguro frente a ella”,<sup>50</sup> pese a todo esto, “resulta más que dudosos que la medida de la inseguridad sentida por los ciudadanos se corresponda de modo exacto con el grado de existencia objetiva de riesgos difícilmente controlables o, sencillamente incontrolables”.<sup>51</sup>

Estos fenómenos que en la actualidad se tendrían que considerar por la sociedad mexicana como normales han servido de base para la implementación de un maximalismo penal como una supuesta “... reacción a la criminalidad, exigiendo el uso excesivo de las estrategias represiva y preventiva penal con una desmedida competencia del Estado a través de los mecanismos formales de control, pretendiéndose con ello la utilización ejemplarizante y simbólica del derecho penal.”<sup>52</sup>

Y es precisamente este expansionismo penal con el que se justifica la creación de nuevas figuras delictivas, así como el recrudescimiento de las penas, sin otro afán más que el de superponer un derecho penal máximo con ordenamientos “propios del estado absoluto o totalitario entendiéndose por tales expresiones cualquier ordenamiento donde los poderes públicos son *legibus soluti* o “*totales*”, es decir, no disciplinados por la ley y, por tanto carentes de límites y condiciones”,<sup>53</sup> con fines expansivos en forma indiscriminada al derecho que se administra en el actual sistema penal acusatorio, con la palpable “... existencia de una tendencia claramente dominante en la legislación hacia la introducción de nuevos tipos penales, así como a una agravación de los ya existentes, que cabe enclavar en el marco general de la

restricción, o la «reinterpretación» de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal. Creación de nuevos «bienes jurídico-penales», ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía”.<sup>54</sup>

Argumento legislativo claramente encubado desde su lecho que apunta hacia el sacrificio de estas garantías y el consecuente florecimiento de la “«*antinomia entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja*», antinomia que se resolvería en el texto, según el propio legislador, «*dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, pero eliminando, a la vez, figuras delictivas que han perdido su razón de ser*»”,<sup>55</sup> aun cuando que no se ve reflejada la verdadera aplicación de la justicia, que bien debería garantizarse con el suministro de un derecho penal mínimo, aun en la prevención de los delitos. De ahí que “Ferrajoli destaca que el derecho penal deja la libertad de elegir entre el delito y otra conducta, en tanto que la intervención disciplinaria *ex-ante* impide esa libertad y lo hace a costa de la libertad de todos.”<sup>56</sup> Con lo que se hace evidente que la intervención disciplinaria que se alude se torna en un proceso anticipado de juzgamiento, como neutralización de los posibles culpables de un hecho delictivo, no obstante que con estas acciones se deje de proteger y respetar los derechos de los sujetos que se encuentran relacionados en la supuesta comisión de un hecho delictivo y que constitucionalmente está “condicionado y limitado al máximo, [...] no solo al máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también a un ideal de racionalidad y de certeza”,<sup>57</sup> otorgando así, la seguridad y confiabilidad en el sistema penal actual, “El caso es que, en medida creciente, la *seguridad* se convierte en una

<sup>50</sup> Hassemer, Winfried, “*Crítica al Derecho Penal de Hoy*”, Editorial Ad-hoc, Argentina, 2003, p. 49.

<sup>51</sup> Silva Sánchez, Jesús María, “*La Expansión del Derecho penal*”, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Editorial Civitas, Madrid, 2001, p. 36.

<sup>52</sup> González Rodríguez, Marta, “*El derecho penal desde una evaluación crítica*”, Revista electrónica de ciencia penal y criminología, Cuba, 2008, p. 7.

<sup>53</sup> Ferrajoli, Luigi, “*Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*”, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 104.

<sup>54</sup> Silva Sánchez, Jesús María, *op. cit.*, p. 20.

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> Zafaroni, Raul Eugenio, “*En Busca de las Penas Perdidas*”, Editorial Deslegitimación y Dogmática Jurídico-Penal, Buenos Aires, 1998, p. 108.

<sup>57</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, 1995, p. 104.

pretensión social a la que se supone que el estado y, en particular el derecho penal deben dar respuesta”,<sup>58</sup> desde una concepción humanitaria para la cual fue creado el derecho en base a los postulados del ahora conocido como el padre del derecho penal, don Cesar de Bonesana que muy acertadamente pugnó porque fueran respetadas aquellas “condiciones con que los hombres vagos e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad.”,<sup>59</sup> y en conciencia de que serían sujetos del poder punitivo en caso de quebrantarla, pero de un quebrantamiento que comprobadamente haya lesionado los intereses de la sociedad y en consecuencia del pacto social.

Por tanto, y en caso de contravenir al pacto en comentario, el Estado bajo sus potestades retoma sus facultades que le permiten, con base en una política criminal, ejercer un régimen que obedece a un control social conflictual “en el marco de las coacciones, de tal manera que todas las agencias institucionales están al servicio de la violencia a fin de lograr el control de la sociedad”,<sup>60</sup> en el que se encuentran obligados a tratar en igualdad de circunstancias a las partes en un conflicto en particular, a efecto de que se pueda llegar a una verdad fáctica y poder emitir una resolución en estricto apego a la realidad circunstancial, respetando el orden procesal debido en sus “tres formas: cognición, conservación y ejecución. En esta división tripartita, que con toda exactitud pone en claro la existencia de una función cautelar (“conservación”)...”<sup>61</sup> que en conjunto deberían garantizar la verdadera protección de los involucrados en un proceso penal, aunque en realidad se refiera a una tutela proteccionista simulada de garantismo, que en esencia es más bien creadora de riesgos que obedecen a las exigencias de un modelo económico que se vale de una política

criminal de parcelamiento delincencial que distingue a los ciudadanos unos de los otros, catalogando a aquellos como enemigos de la sociedad que los hace blanco fácil de la adaptación de penas y medidas de seguridad (entre las que se encuentran las medidas cautelares), como medida de seguridad preventiva que en la práctica “pierde su resabio de terapia individual o social y se consolida como un instrumento efectivo y altamente intervencionista de la política frente a la violencia y el delito.”,<sup>62</sup> es decir, que se administran y se aceptan subjetivamente por la comunidad en general facilitando así al Estado “‘el abuso del derecho penal’, ‘la banalización de la legalidad’ o de ‘populismo punitivo’ [...] la dialéctica simplista del ‘o conmigo o contra mí’”.<sup>63</sup> Así pues, es que con este escenario

los partidos y la sociedad civil, un sector de la doctrina penal y criminológica, considera necesaria la promulgación de normas penales de mayor severidad, con la inclusión de nuevos delitos y un sistema de justicia penal que coloque en el centro de su actividad la defensa de la sociedad, en detrimento de las garantías penales y procesales por las que la humanidad ha luchado durante siglos y que cuentan con reconocimiento universal.<sup>64</sup>

Facilitando la configuración de un expansionismo del derecho penal, que acredita acciones punitivas e implementa instrumentos de sujeción penal como respuesta a las demandas sociales en referencia a la inseguridad y al mantenimiento de un estado de derecho, aunque, a decir verdad:

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 la legislación penal una (aparente) solución fácil a los problemas sociales, desplazando el plano simbólico (esto es, al de la declaración de principios, que tranqui-

<sup>58</sup> Silva Sánchez, Jesús María, *op. cit.*, p. 40.

<sup>59</sup> Beccaria, *op. cit.*, p. 7.

<sup>60</sup> García Ramírez, Francisco Javier, “*El Control Social Sobre el Individuo, la Sociedad y el Estado*”, CESCIJUC Centro de Estudios Superiores en Ciencias Jurídica y Criminológicas, México, 2013, p. 40.

<sup>61</sup> Calamandrei, Piero, “*Providencias Cautelares*”, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964, p. 34.

<sup>62</sup> Hassemer, Winfried, *op. cit.*, p. 52.

<sup>63</sup> González Cussac, José L., “*La Generalización del derecho penal de excepción: la afectación al derecho a legalidad penal y al principio de proporcionalidad*”, Consejo general del poder judicial, España, p. 230.

<sup>64</sup> Medina Cuenca, Arnel, “*Globalización, Delincuencia Organizada, Expansionismo Penal y Derecho Penal Económico en el Siglo XXI*”, Editorial UNIJURIS, La Habana, 2015, p. 153.

## Medidas cautelares como producto de la Política Criminal y el Expansionismo Penal

liza a la opinión pública) lo que debería resolverse en el nivel de lo instrumental (de la protección efectiva).<sup>65</sup>

Protección que pierde su eficacia en la observancia del empleo de medidas que poco tiene que ver con la aplicación de la justicia para las partes involucradas en un proceso penal en particular, principalmente en el albor de los mismos con la aplicación de medidas de seguridad como “medios asistenciales y de control, que se aplican por los órganos judiciales como consecuencia de la comisión de un hecho tipificado en el Código penal a tenor de la ley a las personas criminalmente peligrosas para lograr la prevención especial”,<sup>66</sup> aunque, habrá que especificar tal denominación, pues visto desde un punto de vista positivista, en *stricto sensu*, y de acuerdo a Garofalo, el concepto hace alusión a dos elementos en específico, a saber, “la capacidad criminal, que define como perversidad constante y activa del delincuente y cantidad de mal que hay que temer por parte del mismo, y la adaptabilidad social del delincuente”.<sup>67</sup> Lo que, por cierto, no le interesa al sistema pues este análisis pasa por desapercibido denotando el carácter retrograda con el que se imponen las medidas de seguridad, pues se basan en simples apreciaciones subjetivas para determinar la supuesta peligrosidad del investigado, no obstante, que se deba someter a una “situación de carácter subjetivo que debe deducirse de circunstancias objetivas, como los factores sociales concurrentes, y que permite prever con cierta fiabilidad si el sujeto volverá a cometer delitos en el futuro”,<sup>68</sup> lo que desde una óptica sencilla, expone que, penalmente a nuestro sistema, solo le basta con las apariencias subjetivas de peligrosidad para sujetar a las personas a un proceso penal, aun y cuando no se haya comprobado de forma fehaciente la verdadera culpabilidad, como en su momento lo postularon quienes pugnaron por una humanización del derecho penal, pues recordemos que en consecuencia a la odisea de oscurantismo por la que pasaba una sociedad extenuada por tanto despotismo, se obligaron a salir a la luz manifestaciones de inconformidad por parte de diferentes letrados,

que en conjunto dan pie al surgimiento de un periodo más humanitario en cuanto a las injusticias y al tratamiento de las personas que se encontraban sujetas a un proceso penal, entre los que podemos mencionar a: Charles Louis de Secondat, mejor conocido como el Barón de Montesquieu, Thomas Hobbes, John Locke, Francis Bacon, Jean Jacques Rousseau, Denis Diderot, François Marie Arouet más conocido como Voltaire o don Cesare Bonesana, marqués de Beccaria. Sus aportaciones influyeron considerablemente en la impartición de justicia, aun por encima del dogmatismo que para entonces estaba totalmente arraigado en la vida de la mayoría de los individuos.

### 8. Inhumanismo de las medidas cautelares

Como es de notarse, el actual sistema penal ha dejado de lado muchos de los postulados por los que tanto se ha luchado en la historia de la justicia penal, pues de acuerdo a lo anterior vemos, por ejemplo, que en pensamientos de Beccaria, no obstante, a reconocer la necesidad de crear sus *motivos sensibles* para que se sancionara a los que se encontraban en un supuesto de afectación a un derecho ajeno, don Cesar de Bonesana cuestionaba el derecho que tenía el soberano para la imposición de castigos, que a decir de este, no debían basarse solo en las políticas moralistas derivadas del mandato divino, pues las afectaciones debían demostrar que se había afectado de manera comprobada un bien particular, y de no ser así, estas acciones encontrarían resistencia, puesto que el ser humano había cedido por necesidad parte de su libertad, pero para que existiera una convivencia social armónica, no un abuso de poder. El también conocido como padre del garantismo constitucional, recalcó que los hombres cedieron parte de su libertad para que no existieran injusticias y que, “el agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posible forman el derecho de castigar; todo lo demás es abuso y no justicia: es hecho, no derecho”,<sup>69</sup> aunque a decir de esto, las autoridades encontraron en la palabra derecho la

<sup>65</sup> Silva Sánchez Jesús María, *op. cit.*, p. 19.

<sup>66</sup> Mapelli Caffarena, Borja, “*Las Consecuencias Jurídicas Del Delito*”, Editorial Aranzadi, España, 2011, p. 358.

<sup>67</sup> Amunáriz, Isabel y otros, “*La Peligrosidad y Los Jóvenes Prostitución Toxicómanos Y Ebrios Habituales*”, Instituto Vasco De Criminología, 1976, p. 31.

<sup>68</sup> Mapelli Caffarena, Borja, *op. cit.*, p. 126.

<sup>69</sup> Beccaria, *op. cit.*, p. 9.

palabra fuerza y es con el abuso de esta, que actúan para imponer justicia, con la imposición de medidas de seguridad equiparables a una pena anticipada, ajena totalmente a una verdadera administración e impartición de la justicia, pues “por justicia entiendo yo solo el vínculo necesario para tener unidos los intereses particulares, sin el cual se reducirían al antiguo estado de insociabilidad. Todas las penas que pasan la necesidad de conservar ese vínculo son injustas por naturaleza”.<sup>70</sup> por consiguiente, y bajo la misma tesitura, se reconocía la inevitable existencia de los delitos e incluso su incremento de forma proporcional de acuerdo al aumento de la población y sus acciones humanas, no obstante a ello, se pronunciaba porque existiera una proporción entre los desórdenes sociales y las penas, y por su puesto, se pronunciaba también por la aplicación de las penas, pero de acuerdo al grado de afectación del bien jurídico protegido que *comprobadamente* hubiesen sido afectados, circunstancia que no siempre se ve en la realidad jurídica, pues la aplicación de las medidas de seguridad y las medidas cautelares se lleva a cabo de forma indiscriminada, de lo que se sigue que el derecho penal mexicano, da cuenta de un concepto de medida precautoria que en la praxis se equipara al de la pena anticipada, lo que contrasta de una verdadera pena que surgió de la fusión de distintas aportaciones históricas que deducen que es la sanción resultante de la culpabilidad comprobada en un hecho delictivo, aplicable como retribución objetiva al sujeto activo y con intenciones de educación e intimidación social hacia una prevención delictiva. Aun cuando de *iure* “la pena tiene la misión preventiva de mantener la norma como esquema de orientación, en el sentido de que quienes confían en una norma deben ser confirmados en su confianza”,<sup>71</sup> empero, de quienes comprobadamente hayan materializado el hecho delictivo, de ahí que no se deba perder de vista el verdadero objetivo de las medidas de seguridad, tanto de carácter preventivo como de carácter correctivo.

A mayor abundamiento a lo anterior, vemos que el devenir de las providencias precautorias, que devienen de las medidas de seguridad, es resultado del

antagonismo protagonizado por las posturas de las escuelas penales unitarias y absolutistas, dado que para los relativistas o utilitarios es necesario el empleo de las penas para impedir la posible comisión futura de los mismos, ya sea a través de la intimidación social o la corrección específica de un delincuente en particular, con lo que se debería educar a la sociedad para una convivencia sana; de ahí que ante esa postura existan dos prevenciones, de lo que se sigue:

**La prevención general** se identifica tradicionalmente con la intimidación. La amenaza y la aplicación de la pena, puede infundir temor a los posibles delincuentes y moverles a abstenerse de cometer el delito. En la *prevención general* se incluye también, y en primer término, por algunos autores modernos, *la función de ejemplaridad de La pena*. Al sancionar las leyes penales las normas fundamentales de la ética social, realiza el Derecho penal una función pedagógica o formativa.

**Prevención especial** implica, en cambio, una actuación sobre la persona del delincuente, para evitar que vuelva a delinquir en el futuro. En la prevención especial suele distinguirse en la escuela moderna aspectos de la advertencia o intimidación individual, corrección o enmienda del delincuente o al menos su readaptación social, separación o inocuización, cuando se trate de delincuentes incorregibles o de corrección prácticamente imposible.<sup>72</sup>

Ahora bien, por su parte “Los representantes de las *teorías absolutas* creen que si se justificase la pena por sus efectos preventivos, por razones utilitarias, se utilizaría al delincuente como instrumento para la consecución de fines sociales, lo cual implicaría un desprecio a su dignidad humana”,<sup>73</sup> vislumbrando lo que pensadores como Kant y Hegel cimentaban respecto del castigo, que veían como una neutralidad absoluta, en donde aquel que hubiese cometido un mal tendría que ser castigado con otro mal, ya sea a través de la expiación o de la retribución, de lo que se desprende que esta posición sobre la defensa social se tornan represivas y no buscan la regeneración del delincuente. Ante la incompatibilidad de ideales de esas

<sup>70</sup> *Ibid.*

<sup>71</sup> Jakobs, Gunter, “Sobre la Teoría de la Pena”, Editorial CARGRAPHICS, Colombia, 1998, p. 32.

<sup>72</sup> Quisbert, Ermo, *op. cit.*, p. 28.

<sup>73</sup> *Ibid.*

dos corrientes surge la necesidad de crear el sistema penal que retomara esencia de ambas, en consideración las acciones preventivas del delito y las medidas que ayudaran a prevenir las comisiones delictivas de los particulares, ubicados en una posición de peligro posible.

## 9. Conclusión

De esta forma la presente investigación expone el desvío que ha tenido la aplicación de las medidas cautelares que, en primer momento:

nacen de la necesidad de control de aquellas personas que habiendo cometido un delito no se les puede castigar con una pena por no ser culpables. Su diferencia nuclear respecto de otras consecuencias del delito de la que irradian todas sus características está en que las medidas se imponen a ciertos individuos que no son culpables, pero sí son peligrosos<sup>74</sup>

Empero que en la praxis estas medidas de seguridad se imponen a quien se encuentra en una simple hipótesis delincencial.

Vemos que el término fue acuñado en el monismo penal con las penas ya institucionalizadas y la novedad de las actualizadas medidas de seguridad, ambas como consecuencias jurídicas de delito, no obstante, saber que hubo diferentes aportaciones al respecto, se observa que estos instrumentos tienen sus orígenes:

A finales del siglo XIX, pero sobre todo en las primeras décadas del siglo XX, los sistemas penales de las mayorías de los países fueron incorporando junto a las penas un consecuencia jurídica del delito que se conocía comúnmente con el nombre de medidas de seguridad. Aunque aparecen de forma embrionaria en los trabajos de Feuerbach y de Klein, los orígenes más recientes y ciertos de las medidas hay que situarlos en la *Scuola* positivista italiana.<sup>75</sup>

Misma que, por cierto, se enmarcaba en el rango del extremismo hacia una imputación subjetiva, que plantea la postura en cuanto a “que el subdesarrollo intelectual, es causa del delito”,<sup>76</sup> con tintes filosóficos radicales y su también creada, por esta escuela, la llamada teoría de la locura moral que en su conjunto se enmarca en la fisionomía que:

versa sobre la apariencia externa del individuo. Establece que los rasgos congénitos podían significar criminalidad. Esta teoría hace que se juzgue con más severidad. En Italia ya corría el siguiente dicho: ‘Te veo, te miro, y te voy a juzgar’. En la biblia se hace referencia que los feos son los que más cometen delitos.<sup>77</sup>

De suerte que, esta escuela homólogo de *facto y de iure* las penas y las medidas de seguridad, cuando en realidad, estas se habían gestado para otro fin, puesto que, las medidas de seguridad, y específicamente las medidas de seguridad de carácter asegurativo, también conocidas como medidas cautelares, surgen como medio de aseguramiento para individuos que denotan conductas intolerables con fines de protección hacia los intereses de las víctimas y ofendidos y primordialmente para garantizar la efectividad de la administración de justicia, en un estricto apego a los principios generales del derecho, verbigracia el principio de presunción de inocencia, en el que:

bajo cualquier circunstancia, al acusado debe considerarse inocente hasta en tanto no exista sentencia ejecutoriada, con lo cual se abandonó cualquier práctica antigua de presunción de culpabilidad, aunado a que se considera al principio no solo como una garantía procesal, sino derecho humano de los sistemas democráticos a fin de limitar el monopolio legítimo de la fuerza, donde se garanticen mecanismos de defensa que permitan demostrar la inocencia de los acusados e instrumento de defensa contra actos de órganos de procuración e impartición de justicia.<sup>78</sup>

De suerte tal que, con este panorama respeto de las medidas cautelares, se pone a la vista toda una serie

<sup>74</sup> Mapelli Caffarena, Borja, *op. cit.*, p. 353.

<sup>75</sup> Mapelli Caffarena, Borja, *op. cit.*, p. 353.

<sup>76</sup> Quisbert, Ermo, *op. cit.*, p. 60.

<sup>77</sup> *Ibid.*

<sup>78</sup> Aguilar López, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 31.

de anomalías que distan del verdadero objetivo para lo que fueron creadas, con el evidente atropello de los derechos y las garantías de los procesados, y que el Estado mexicano con su obediencia a otros intereses servilistas se ha encargado de crear bajo una política criminal expansionista cualquier tipo de instrumentos inocuidadores y se ha olvidado que este tipo de políticas no solo deben atender a:

la elección de las sanciones más eficaces para la prevención del delito, sino también el conjunto de los principios fundamentales que según la constitución y el código penal presiden la fijación y desarrollo de los presupuestos de la penalidad, de modo que también los grandes los grandes principios limitadores del derecho penal, como el de legalidad o el de culpabilidad, forman parte de la política criminal<sup>79</sup>

Y que deben ser observados junto con la presunción de inocencia en cualquier proceso de índole penal.

## 10. Bibliografía

- Acedo Penco, Ángel, *“Estudios Jurídicos de Aproximación de Derecho Latinoamericano y Europeo”*, Editorial Dykinson, España, 2014.
- Aguilar López, Miguel Ángel, *“Presunción de Inocencia Derecho Humano en el Sistema Penal Acusatorio”*, Editorial Anaya, México, 2015.
- Aguilar García, Ana Dulce, *“Presunción de Inocencia”*, Editorial Comisan Nacional de Derechos Humanos, México D.F., 2013.
- Amunárriz, Isabel y otros, *“La Peligrosidad y Los Jóvenes Prostitución Toxicómanos Y Ebrios Habituales”* Instituto Vasco De Criminología 1976.
- Beccaria, *“Tratado de los Delitos y de las Penas”*, Editorial Porrúa, México, 2016.
- Borja, Jiménez, Emiliano, *“Curso de Política Criminal”*, Editorial Tirant lo Blanch.
- Calamandrei, Piero, *“Providencias Cautelares”*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964.
- Carbonell, Miguel y otros, *“La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos con Jurisprudencia”*, Editorial Tirant Lo Blanch, México D.F., 2014.
- Carbonell, Miguel, *“Los Derechos Humanos en México Régimen Jurídico y Aplicación Práctica”*, Editorial Flores, México, 2015.
- Cárdenas Aravena, Claudia Marcela, “El principio de culpabilidad: estado de la cuestión”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Estudios*, Año 15 - No 2, 2008.
- Chacón Rojas, Oswaldo y otros, *“Las Medidas Cautelares en el Procedimiento Penal Acusatorio”*, Secretaria de Gobernación, México, 2008.
- Demetrio Crespo, Eduardo, *“Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin”*, España, 2001.
- Esparza, Bernardino, *“Análisis Jurídico-Operativo del Sistema Penal Acusatorio en México a Nivel Federal”*, Editorial INACIPE, México, 2014.
- Ferrajoli, Luigi, *“Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal”*, Editorial Trotta, Madrid, 1995.
- Frisch, Wolfgang, *“Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho Penal”* Revista Para El Análisis del Derecho, Barcelona, Julio 2007.
- García Ramírez, Francisco Javier, *“El Control Social Sobre el Individuo, la Sociedad y el Estado”*, CES-CIJUC Centro de Estudios Superiores en Ciencias Jurídica y Criminológicas, México, 2013.
- González Cussac, José L., *“La Generalización del derecho penal de excepción: la afectación al derecho a legalidad penal y al principio de proporcionalidad”*, Consejo general del poder judicial, España.
- González Rodríguez, Marta, “El derecho penal desde una evaluación crítica”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Cuba, 2008.
- Hassemer, Winfried, *“Critica al Derecho Penal de Hoy”*, Editorial Ad-hoc Argentina, 2003.
- Jakobs, Gunter, *“Sobre la Teoría de la Pena”*, Editorial CARGRAPHICS, Colombia, 1998.
- Jiménez de Asúa, Luis, *“Lecciones de Derecho Penal”*, Editorial Oxford, México, 1999.
- Jiménez Martínez, Javier *“La Estructura Normativa del Delito”*, Editorial Flores, México, 2014.
- López Guardiola, Samantha Gabriela, *“Derecho Romano I”*, Editorial Red Tercer Milenio, México, 2012.
- López Betancourt, Eduardo, *“Introducción al Derecho Penal”*, Editorial Porrúa, México, 2007.

<sup>79</sup>Demetrio Crespo, Eduardo, “Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin”, España, p. 6.

Medidas cautelares como producto de la Política Criminal y el Expansionismo Penal

- Mapelli Caffarena, Borja, *“Las Consecuencias Jurídicas Del Delito”*, Editorial Aranzadi, España, 2011.
- Marquéz Romero, Raúl, *“Diccionario Jurídico Mexicano”*, Editorial Porrúa, México, 2009.
- Medina Cuenca, Arnel, *“Globalización, Delincuencia Organizada, Expansionismo Penal y Derecho Penal Económico en el Siglo XXI”*, Editorial UNIJURIS, La Habana, 2015.
- Medina Peñaloza, Sergio, *“Teoría del Delito en el Sistema Penal Acusatorio”*, Editorial Rehtikal, México, 2015.
- Montero Ballesteros, Alberto, “El funcionalismo en el Derecho: Notas sobre N. Luhmann y G. Jakob”, *Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época*. Vol. 8.
- Nader Kuri, Jorge, *“La Responsabilidad Penal de los Juzgadores”*, Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2008.
- Núñez Martínez, Ángel, *“Nuevo diccionario de Derecho Penal”*, Editorial Librería Malej, México, 2004.
- Quisbert, Ermo, *“Historia del Derecho Penal A través de las Escuelas Penales y sus Representantes”*, CED, Centro de Estudios de Derecho, La Paz, Bolivia, 2008.
- Rivera Beiras, Iñaki y otros, *“Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas”*, Ed. Anthropos, España.
- Rousseau, Jaques, *“Contrato Social”*, Ed. Espasa Calpe, España, 2007.
- Silva Sánchez, Jesús María, *“La Expansión del Derecho penal”*, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Editorial Civitas, Madrid, 2001.
- Vives Antón, Tomás S., *“La Libertad como Pretexto.”*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- Weber, Max, *“La política como Vocación”*, Ed. Alianza, 2009, Traducido, por Rubio Llorente Francisco.
- Zaffaroni, Raúl Eugenio, *“En Busca de las Penas Perdidas”*, Editorial Deslegitimación y Dogmática Jurídico-Penal, Buenos Aires, 1998.



Universidad de Huelva  
Universidad de Salamanca  
Universidad Pablo de Olavide  
Universidad de Castilla-La Mancha  
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal



· INACIPE ·  
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES