

POPULISMO PENAL EN LA PRISIÓN PREVENTIVA Y SOCIEDAD CIVIL EN ÉTICA DEL CONSENSO*

Criminal Populism in The Preventive Prison And Civil Society in Ethics of The Consensus

José Ángel MÉNDEZ RIVERA**
Luis Ángel PÉREZ DE LA TORRE***

Sumario:

Introducción 1. Los fines de la prisión preventiva 2. La prisión preventiva oficiosa 3. Populismo penal y prisión preventiva oficiosa 4. Ética del consenso, sociedad civil y populismo penal 5. Conclusiones 6. Bibliografía

Resumen: *Frente al desbordamiento de la prisión preventiva oficiosa, producto del populismo penal que prevalece últimamente en México, se necesita una sociedad civil fuertemente legitimada desde la ética del consenso, capaz de exigir que toda reforma penal relevante pase por el referéndum.*

Palabras clave: *Prisión preventiva oficiosa, populismo penal, sociedad civil, ética del consenso, referéndum.*

Abstract: *Faced with the overflow of the informal preventive prison, product of the criminal populism that has prevailed lately in Mexico, a strongly legitimized civil society is needed based on the ethics of consensus, capable of demanding that all relevant penal reforms go through the referendum.*

Keywords: *Informal preventive prison, criminal populism, civil society, ethics of consensus, referendum.*

Introducción

En este artículo se aborda la ética desde una perspectiva del populismo penal que da nacimiento a la prisión preventiva oficiosa, sin que implique, necesariamente, un abordaje ontológico, ni de la ética ni del derecho penal sino, más bien, una ruta político criminal de orden

* Este artículo forma parte del proyecto 8638 de fortalecimiento de cuerpos académicos, con clave UCOL-CA 72, con el título: "La construcción de la constitucionalización de la sociedad civil, como sustento de Derechos de tercera generación: Democracia; Medio Ambiente; y Cultura educativa".

** Profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de Colima y participante en el proyecto 8638.

*** Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Colima y participante en el proyecto 8638.

crítico para justificar la posibilidad de una ética del consenso que considere la necesidad del referéndum, con activa participación de la sociedad civil en reformas penales, racionalizadas desde un consenso participativo.

Argumentándose entonces una ética fundante para el derecho penal, diferenciando para ello paradigmas de las corrientes de la ética —ya que hay paradigmas que van más hacia las convicciones morales de orden cultural, como los de la ética kantiana; y otros que van más hacia los argumentos éticos del derecho, como los de la ética discursiva o del consenso. Estos van más hacia la sociedad civil, como los tipos penales y las reglas procesales de carácter penal —como la prisión preventiva— que, al tener carácter relevante, requieren de consenso. Particularmente si pensamos en la necesidad de superar el populismo penal, lo que implica un derecho penal mínimo desde un consenso social máximo. Lo anterior, siguiendo los lineamientos de la ética discursiva, pues, parafraseando a Michel Palmer en su estudio de filosofía del derecho sobre Hegel¹, lo arbitrario de la voluntad humana ha aniquilado la ética del contrato social. Es preciso entonces crear una contra violencia —la del derecho penal— para luchar contra la violencia, pero que sea una que recupere el contrato social. Ello solo se logra mediante la ética del consenso en la que se involucre la sociedad civil mediante el referéndum.

1. Los fines de la prisión preventiva

La prisión preventiva, en el sistema jurídico mexicano, nace con motivo de la reforma constitucional en materia penal de 18 de junio de 2008, con la cual se generó un nuevo paradigma en la forma de procurar y administrar justicia, así como en temas procesales. Se tuvo a bien legislar un único código procesal penal para toda la República mexicana, denominándosele Código Nacional de Procedimientos Penales, cuyo objetivo es regular toda la materia procesal penal en el país, unificando así un mismo procedimiento para todas las entidades federativas con base en la reforma referida.

Con la entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales el 5 de marzo de 2014, surgen las ya conocidas medidas cautelares, siendo contempladas en los artículos 153 al 175 del cuerpo normativo referido con anterioridad. Las medidas cautelares, en términos del Código Nacional de Procedimientos Penales, deben ser impuestas por medio de resolución judicial, con la finalidad de que se asegure la presencia del imputado en el procedimiento, se garantice la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo y se evite obstaculizar el procedimiento.

Es decir, la prisión preventiva y, en general, todas las medidas cautelares tienen una naturaleza procesal cuyo objetivo o finalidad es que se garantice con éxito el proceso penal. En otras palabras, la finalidad de la prisión preventiva es la realización exitosa del proceso penal, teniendo como objeto que se asegure la presencia del imputado, evitar que se obstaculice la investigación, nulificar cualquier riesgo potencial para la víctima u ofendido, testigos o para la comunidad, así como para, derivado de lo anterior, aplicar la sanción como resolución del conflicto penal. Pero en ningún caso deberá tener la finalidad de garantizar la ejecución de una futura condena.

Aunado a lo anterior, por la naturaleza de la prisión preventiva, esta tiene una duración precaria o temporal, pues su finalidad no es sancionatoria ni está dirigida a resocializar al acusado ni a prevenir el delito, sino que su propósito es puramente procesal. Sin embargo, Miguel Ángel Ruiz Sánchez menciona que el concepto jurídico “medidas cautelares” no es universalmente ad-

¹ MICHEL PALMER, Jean, *Hegel*, México, FCE, Breviarios, 1986, p. 91.

mitido². Tal afirmación se desprende de algunos instrumentos internacionales como la Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Preventivas, así como de la doctrina procesal que considera que la expresión es genérica.

Contrario a lo que menciona Ruiz Sánchez, consideramos que, de cierta manera, se podría consolidar un concepto de *medidas cautelares* sin que ello implique su reducción conceptual: las medidas cautelares son un instrumento de carácter procesal que tiene como finalidad la consecución del proceso penal. Por ello, Ruiz Sánchez señala que la prisión preventiva es una medida cautelar extrema y excepcional, consistente en la privación de libertad del imputado por todo el tiempo que dure el proceso penal, con el fin de garantizar la no sustracción del imputado a la acción de la justicia y la comparecencia de este ante todos los actos del proceso³.

De acuerdo con lo anterior, la prisión preventiva debe ser de carácter excepcional y no general, tal y como lo señala el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 9. 3, al establecer que la prisión preventiva deberá ser la excepción y no la regla, cuestión que, lamentablemente, en nuestra Carta Magna no se cumple, pues el numeral 19, párrafo segundo, dispone que se dictará prisión preventiva oficiosa, es decir, en automático, cuando se configure una de las diversas hipótesis jurídicas previstas en dicho arábigo.

Guillermo Zepeda Lecuona menciona que existen cuatro tipos de mitos respecto a la prisión preventiva en México⁴. El primero de ellos establece que la prisión preventiva reduce la incidencia delictiva. Se afirma lo anterior debido a que, por parte de las autoridades, se tiene la creencia de que la reducción de la incidencia delictiva es posible debido al efecto de disuasión, lo que significa que los delincuentes o criminales potenciales, al percibir el riesgo de ser capturados y la efectividad del sistema penal, optan por dejar de delinquir.

Sin embargo, en un estudio realizado por la Secretaría de Seguridad Pública Federal se señala que la población en prisión preventiva se ha duplicado, que la incidencia delictiva se ha estacionado a niveles inusuales y que, a pesar del crecimiento del promedio anual de la población carcelaria, el crimen en México no se ha desplomado como se podría esperar. Con lo anterior se demuestra que la victimización o incidencia delictiva real no solo no está decreciendo, sino que va aumentando.

El segundo mito de la prisión preventiva señalado por Zepeda Lecuona es que con esta se disminuye la inseguridad ciudadana. Respecto de esto, la escasa cultura legal de la sociedad civil mexicana, aunada a la desesperación ante la alta criminalidad, ha provocado que una parte muy significativa de la opinión pública considere que la liberación de los imputados sea un tipo de impunidad y de corrupción judicial. La autoridad ejecutiva y las legislativas de nuestro país se han preocupado por la seguridad nacional, derivado de ello, se han planteado diversas reformas ante los reclamos sociales de modificar ciertas leyes, con la finalidad de que se incrementen las sanciones y para aumentar el catálogo de delitos que ameriten prisión preventiva oficiosa.

El Estado, a través de sus órganos competentes, ha utilizado el incremento de la población penitenciaria como un tipo de respuesta mediática que transmite cierta tranquilidad y seguridad a

² RUIZ SÁNCHEZ, M., *Derecho Procesal Penal Acusatorio*, México, Editorial Flores, 2015, p. 310.

³ *Ibidem*, p. 295.

⁴ ZEPEDA LECUONA, G., *Los mitos de la prisión preventiva en México*, México, Editorial Open Society Institute, 2009, p.12.

la sociedad civil de nuestro país, generando con ello, aunque de forma errónea, que la sociedad recupere la credibilidad en las instituciones y desincentive las actividades delictivas.

Es cierto, con lo anterior se restringe el derecho a la libertad de las personas sometidas a un proceso penal, vulnerando con ello de igual forma su presunción de inocencia. Sin embargo, a pesar de las acciones realizadas por el Estado para devolverle la credibilidad a las instituciones, tanto de administración de justicia como de procuración de justicia, la percepción ciudadana al respecto de la confianza y efectividad de las referidas instituciones es muy baja. Así lo señala el estudio realizado por el Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad (ICESI), el cual arroja que solo el 15% confía mucho en la policía, en tanto que el 62% confía poco y un 22% nada. Lamentablemente, la desconfianza es aún mayor para los agentes del ministerio público, ya que un 62% confía poco en ellos y un 23%, nada.

Con este estudio se determinó que el incremento en el uso de la prisión preventiva, a costa de las garantías de libertad y del debido proceso, no tiene un impacto positivo en la percepción de seguridad de los mexicanos. De este modo, lamentablemente, las autoridades hacen de la pena anticipada de prisión preventiva un bálsamo para que los denunciantes y la sociedad civil sientan que se está haciendo justicia. De modo que, detrás de un instrumento procesal se esconde la cruda verdad del sistema penal mexicano, el hecho de que existe una incapacidad de respuesta por parte de las autoridades mexicanas, lo que lleva a creer que, a falta de justicia, se ofrece castigo.

Por otra parte, el citado autor estableció un tercer mito: que la prisión preventiva se usa contra sujetos peligrosos. Lo anterior se debe a que, en México, los cuerpos legisladores tienen una gran desconfianza por parte de los titulares de los órganos jurisdiccionales, generando con ello que se les reduzca su margen de actuación y arbitrio judicial, estableciendo así el amplio catálogo de delitos que son acreedores de la imposición de la prisión preventiva oficiosa —cuando los acusados no pueden mantener su proceso en libertad y quedan, de manera indudable, bajo la prisión preventiva que se aplica indiscriminadamente sin que los jueces puedan atender a las particularidades de los hechos en cada caso concreto.

Con lo anterior, el sistema penal mexicano ha tenido un gran retroceso, pues recordemos que en el sistema tradicional se empleaba el término *probable responsable*, siendo sustituido por el actual principio de presunción de inocencia. Sin embargo, actualmente se parte de la premisa de un probable peligroso, atendiendo dicho criterio, para que el poder legislativo de nuestro país incremente los delitos considerados graves.

La presión social y la impotencia de las autoridades ante el crimen han hecho que el legislador amplíe los supuestos normativos en los que se da la gravedad y la peligrosidad. Por ello, un argumento que se utiliza frecuentemente para justificar la elevada cantidad de personas sometidas a la prisión preventiva es que en caso de que esta se redujera, la sociedad enfrentaría una seria amenaza, pues quedaría a merced de la posible reiteración de conductas delictivas por parte de personas probablemente peligrosas dejadas en libertad durante su proceso.

Por último, Zepeda Lecuona establece que se cree que con la prisión preventiva se garantiza la reparación del daño. Sin embargo, la reparación del daño no se garantiza con la detención preventiva, pues esta suele implicar en gran medida el empobrecimiento del imputado. En estos casos, el sometimiento a la prisión preventiva incrementa notablemente las probabilidades de que la persona sometida al proceso penal termine por ser considerada como una persona económicamente insolvente.

Muchos juristas expertos en el tema de la prisión preventiva han considerado que ante el reclamo y la presión de la sociedad civil el sistema penal mexicano no está buscando quién

cometió el delito, sino solamente quién pague la punibilidad impuesta por el órgano legislativo competente.

2. La prisión preventiva oficiosa

La prisión preventiva nace con motivo de la reforma penal de 2008, al crearse el Código Nacional de Procedimientos Penales. Ahora bien, la prisión preventiva puede ser de dos tipos: oficiosa y justificada. La prisión preventiva oficiosa es aquella que, en términos del artículo 19, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, procede cuando se encuadre en uno de los siguientes supuestos normativos: a) Abuso o violencia sexual contra menores; b) Delincuencia organizada; c) Homicidio doloso; d) Femicidio; e) Violación; f) Secuestro; g) Trata de personas; h) Robo de casa habitación; i) Uso de programas sociales con fines electorales; j) Corrupción, tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones; k) Robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades; l) Delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos; m) Delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares; n) Delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos; ñ) Delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

En la actualidad, la sociedad civil tiene la expectativa de que se aplique la prisión preventiva oficiosa cuando el delito que se le imputa a una persona sometida a un proceso penal es considerado como “grave”. En relación con ello, Garduño Venegas menciona que en este sentido y acorde con la evolución histórica de los derechos humanos, ha quedado definido que dicha determinación jurisdiccional no debe contravenir al proceso en una forma de castigo anticipado. Esto, partiendo de la premisa fundamental de que este nuevo sistema de justicia penal dejó de tener un carácter retributivo —entendido como el mal que se le aplica a alguien como contraprestación al daño que ha cometido— y se consolidó como restaurativo —privilegiando en todo momento la reparación del daño causado⁵. Pese a ello, en los últimos meses, el sistema de justicia penal ha sido severamente reprochado por la limitación de los delitos por los que una persona puede ser restringida de su libertad personal durante el proceso, o porque no todos los acusados son sancionados con pena privativa de libertad como castigo, derivando con ello en una percepción social de impunidad.

Siguiendo a Jesús Garduño Venegas, en nuestro país, la prisión preventiva deja de atender su naturaleza procesal al establecer la oficiosidad, pues, lejos de que se cumplan los fines del proceso que se han señalado en el apartado anterior, busca, de manera errónea, la disminución en la incidencia delictiva o la prevención del delito.

Con lo anterior queda establecido el hecho de que, en el sistema judicial mexicano, la prisión preventiva oficiosa se aleja de su finalidad procesal y, en consecuencia, con ella se irrumpe en la esfera jurídica del gobernado para dar cuentas claras a la sociedad ante esos reclamos de inseguridad y corrupción.

Por otra parte, se considera a la prisión preventiva oficiosa como la medida cautelar más gravosa que puede imponerse a una persona que no ha sido declarada culpable del delito que

⁵ GARDUÑO VENEGAS, J., “La Prisión Preventiva Oficiosa y Justificada como Medida Cautelar”, *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*, agosto de 2017, vol. 5, p. 108.

se le imputa, pero que resulta necesaria frente a la comisión del delito y a las presunciones que surgen de las primeras diligencias en la carpeta de investigación.

Podemos afirmar que la prisión preventiva oficiosa se opone al estado jurídico de inocencia (principio de presunción de inocencia), el cual parte de la idea de que todo acusado es inocente hasta que se pruebe lo contrario mediante un juicio o proceso, solo entonces será posible restringir su libertad personal. Es por ello por lo que la prisión preventiva es una medida que anticipa una pena al acusado antes de que se demuestre su culpabilidad; por lo tanto, si resulta inocente, nada podrá compensarlo por su experiencia en reclusión ni por las afectaciones personales, familiares, laborales, etc. que haya sufrido.

La finalidad de la prisión preventiva es la realización exitosa del proceso penal, pero de ninguna manera se puede considerar a la medida cautelar de la prisión preventiva oficiosa como una garantía de la ejecución de una futura condena.

Por otra parte, la prisión preventiva es una medida reconocida por los tratados internacionales a los que el Estado mexicano se suscribe. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece, en su artículo 9.3, lo siguiente: “Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad”⁶. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

Considerando lo anterior, podemos advertir que nuestro texto fundamental está dotado de cierta inconventionalidad, pues, recordemos que el artículo 19 de la Carta Magna prevé a la prisión preventiva oficiosa como la regla ante los delitos que ya se han mencionado arriba y no como la excepción, como lo dispone el instrumento internacional.

De igual forma, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), en su numeral 8.2, reza de la siguiente manera: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”⁷. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vulnera el citado artículo al establecer la oficiosidad de la prisión preventiva, pues al privar de la libertad personal al imputado, sin mayor razón que la de encuadrar su caso en delitos que ameritan dicha medida, se deja de presumir su inocencia.

Contraria a la prisión preventiva oficiosa que deja de lado el derecho de defensa del imputado, la presunción de inocencia, la excepcionalidad, la proporcionalidad y otros diversos derechos, la prisión preventiva justificada sí tiene concordancia con los estándares internacionales, incluso, con el propio texto constitucional. Este tipo de prisión preventiva se ajusta conforme a la garantía de legalidad, misma que establece que todo acto de autoridad debe estar debidamente fundado y motivado.

⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 9.3, p. 6, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D47.pdf> (consultado el 6 de marzo 2020).

⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 8. 2, https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm (consultado el 3 de febrero de 2020).

3. Populismo penal y prisión preventiva oficiosa

El populismo penal puede definirse como un conjunto de medidas legislativas de corte penal que privilegian las demandas mayoritarias expresadas por la opinión pública, las víctimas y los sectores sociales que se identifican como potenciales víctimas, por sobre los límites normativos consagrados en las constituciones liberales de carácter garantista. Se distingue el populismo penal de otras formas de uso del poder punitivo, por adoptar como meta el apoyo electoral que se deriva de privilegiar los intereses y opiniones de algunos grupos en detrimento de las garantías de quienes resultan destinatarios de la aplicación de las penas. Estas medidas pueden consistir en la creación de nuevas figuras delictivas, en la elevación de las penas o en legislar la prisión preventiva como media procesal en el caso de figuras delictivas ya existentes.

El populismo penal⁸ lleva a la eliminación o flexibilización de las garantías penales. Se suma el hecho de que su aplicación es selectiva, pues va direccionado a quienes no son tomados en cuenta en el proceso de negociación del populismo, es decir, los destinatarios de la norma penal, que suelen ser los socialmente excluidos. Y es que la mayoría de las leyes penales de corte populista responden a un derecho penal de autor porque toman como punto de partida los estereotipos del delincuente difundidos por los medios de comunicación que, en buena medida, contribuyen al populismo. En este sentido, a la inseguridad de ser víctima de un delito se suma la inseguridad de ser víctima de un sistema penal autoritario, lo que multiplica las situaciones de dominación y de violación de derechos humanos.

El desconocimiento de las garantías penales sustentadas en los derechos humanos y en el principio *pro persona*, y que el Estado debería promover en lugar de socavar, es una consecuencia de la despersonalización del sujeto que trae como producto el populismo punitivo. Ciertamente, las leyes penales son mecanismos de control y de reacción social, pero no pueden constituirse en los únicos elementos de transformación, seguridad y convivencia armónica social. La idea de que con leyes penales podemos modificar la sociedad o construir la sociedad justa, o de que la Constitución establece como fin y función del Estado es una falsa percepción, porque está claro que las leyes penales no van a acabar con la delincuencia, ni con la inseguridad ciudadana. Más aún cuando se han expuesto determinados elementos de desproporcionalidad e irracionalidad, incorporando disposiciones penales de carácter populista que notoriamente han apartado a las leyes penales, en particular las del proceso penal, del sistema de garantías constitucionales⁹. Pensemos tan sólo en el aumento de conductas delictivas con prisión preventiva oficiosa, que desde luego impacta en el sistema de garantías.

Lo anterior es resultado de una falsa concepción del derecho penal y procesal penal, alimentada con consignas políticas y mediáticas sobre la inseguridad y la vulnerabilidad ciudadana ante el delito; ello alimenta la estimulación del fenómeno de la inflación legislativa en el que las decisiones legislativas populistas pretenden calmar ilusoriamente los sentimientos de inseguridad con leyes penales populares y simbólicas, atendiendo más a la prisión preventiva oficiosa y a penas de prisión cuando, en lo general, deberían buscar otras sanciones alternativas, como, por ejemplo, la reparación del daño o el trabajo en favor de las víctimas, considerando como excepción la prisión preventiva justificada. Sin embargo, se apuesta más al populismo penal de la prisión preventiva oficiosa sin sustento racional para la prevención de la criminalidad. Se

⁸ Frontalini Reckers, Romina, Populismo y castigo penal, 2020, <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/10/doctrina34815.pdf>

⁹ QUENTA FERNÁNDEZ, Javier, “El Populismo del Derecho penal: La necesidad de racionalizar las leyes punitivas populares”, *Revista Jurídica Derecho*, enero 2017.

cambia así la función racional del derecho penal y procesal penal por el rol de sustituir, atender e incorporar los sentimientos de venganza de las víctimas potenciales, cuando está claro que la ley penal debe atender al principio de generalidad racional y no a las leyes penales populares que se diseñan en función de las visiones particulares de las potenciales víctimas. Quizá por ello pocos políticos se atreverían a someter dichas leyes a un referéndum general que implicaría dar suficientes razones de política criminológica sustentada en datos duros de la realidad.

Y es que la política criminal de este siglo XXI parece estar sesgada por una fuerte tendencia global a privilegiar los intereses mayormente demandados, y no necesariamente legitimados, en el consenso mayoritario de la sociedad civil, anteponiendo dichos intereses por sobre los límites que suponen los derechos humanos consagrados en las constituciones liberales garantistas. Esta tendencia pone por encima de la protección eficaz de tales derechos a las doctrinas de justificación del castigo de base utilitarista, basadas en la prevención de delitos, con políticas de mano dura que incluye la prisión preventiva oficiosa como un instrumento de negociación con la única finalidad de la conservación del poder político.

La idea de que esta política criminal surge claramente de un populismo penal es porque podemos identificar cuatro características objetivas que aparecen como condiciones necesarias para identificar una ley como populista¹⁰. Primero: las leyes populistas tienen como único objetivo la conservación del poder político y no la promoción de valores político-comunitarios. Segundo: estas leyes no son sancionadas en el marco de una deliberación democrática sino en el contexto de una negociación con ciertos sectores de poder que se arrogan la representación de la mayoría popular. Tercero: estas leyes privilegian la negociación político-facciosa sobre las garantías penales liberales consagradas en la constitución. Cuarto: Estas leyes importan la potencial fractura de la comunidad política, porque estigmatizan al delincuente como alguien ajeno a la comunidad, considerándolo como el otro, el enemigo, al que no se le debe considerar digno de la presunción de inocencia que clara y tajantemente niega la prisión preventiva oficiosa.

Es indudable que el populismo¹¹ es uno de los elementos políticos recurrentes de los regímenes pseudo democráticos, con diversas versiones en su proyección autoritaria o presuntamente participativa y democrática, con pretensiones de una ética discursiva del consenso, lo cual deja en duda el verdadero balance que debe existir entre el ejercicio efectivo del poder punitivo del Estado y la eficacia de dicho ejercicio, con los resultados no siempre asertivos en una visión científica de política criminal, particularmente en el derecho procesal penal y en la prisión preventiva.

4. Ética del consenso, sociedad civil y populismo penal

La filósofa española Adela Cortina sostiene, con Apel y Habermas, la racionalidad del ámbito práctico-moral, con carácter necesariamente universalista de la ética, diferenciando entre lo bueno como deber y lo justo como consenso. En nuestro estudio, esto constituye la formulación de un procedimiento legitimador de una política criminal democrática y su correspondiente

¹⁰ FRONTALINI RECKERS, Romina, *Populismo y castigo penal*, 2020, <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/10/doctrina34815.pdf>

¹¹ QUENTA FERNÁNDEZ, *op. cit.*

fundamentación ético-político, mediante el diálogo intersubjetivo con las organizaciones de la sociedad civil¹².

Cortina acepta el procedimentalismo de la ética discursiva y advierte el peligro que presenta esta de disolver el fenómeno moral del deber si no es completada con una teoría de los derechos humanos y con la oferta de una figura inédita de sujeto dialogante, entendido como actor de la sociedad civil. Para Cortina, si bien las reglas de la ética discursiva o del consenso suponen la superación del formal kantiano del simple deber, tales reglas son de determinadas sociedades en tanto que la sociedad civil y sus actores son concretos; pero a la vez, son trascendentes, en cuanto que no se pierde la dignidad humana de los dialogantes, aun cuando tengan carácter de actores sociales.

No obstante, desde la ética del consenso el derecho a la igual participación no puede atribuirse sin más a la racionalidad. Así, tanto en el caso de Kant como en el de la ética discursiva, se descubre una conciencia moral y jurídica de una época determinada, expresada en la conciencia y en el lenguaje de la sociedad civil concreta. Esto significa darle validez a la propuesta discursiva, aún en el caso de la política criminal, conservando la razón histórica y el método trascendental, hermenéutico-crítico. Para Cortina, la cuestión de la modestia de la ética discursiva puede convertirse en depauperización si relega un tema clave, como es el tratamiento del bien moral de la dignidad humana, en aras de la corrección político criminal cuando de legislación penal se trata. Cortina recupera la buena voluntad kantiana que constituye al bien moral y señala que aunque de hecho la ética discursiva, en algunas ocasiones, ha hecho uso del concepto de persona digna o de buena voluntad, lo ha hecho en el sentido de disponibilidad al diálogo. Porque, en la política criminal, el bien consiste en que lo bueno acontezca y no en la bondad de la intención o en medidas político criminales cargadas de buenas intenciones. Sin embargo, prescindir de la bondad de la intención en dignidad humana y desplazar el diálogo hacia el puro argumento, sitúa a este en un lugar precario que da lugar, justamente, al populismo penal¹³.

El que Cortina considere elementos del modelo ético kantiano en la ética discursiva tiene repercusiones en el sujeto autónomo y, en general, en la dimensión interior que habría sido borrada del horizonte de la ética inicial del consenso habermasiano. Para Cortina, hablar de autonomía exige habérselas con un sujeto moral autónomo cargado de dignidad humana, competente para elevar pretensiones de validez del habla, legitimado para defenderlas participativamente a través del diálogo y para forjarse un juicio sobre lo político criminal correcto, aun no coincidiendo con los acuerdos fácticos; es un sujeto capaz de actuar por móviles morales sustentados en la dignidad humana racional, en tanto opta por intereses generalizables propios de la sociedad civil, posibles, sobre todo, en una política criminal que dialoga con los sujetos implicados, lo que ciertamente no hace el populismo penal. La autonomía moral en dignidad humana no es cosa que pueda socializarse en automático y por ello el sujeto moral se forja en el diálogo intersubjetivo, pero no menos en el intrasubjetivo, esto es, con la propia conciencia del sujeto, en su papel de actor social que puede materializarse en el referéndum impulsado por la misma sociedad civil sobre temas penales relevantes, tanto de orden penal sustantivo como

¹² JONGITUD ZAMORA, Jaqueline, *Teorías éticas contemporáneas*, 2013, p. 189, <http://www.seminariodefilosofiadelderecho.com/docencia1/humanos/CONTENIDOS/DDHH/teorias%2oeticas%2ocontempor%C3%A1neas.htm>.

¹³ CORTINA, Adela, *op. cit.*, pp. 189-192.

de orden penal adjetivo; particularmente, en el caso de la prisión preventiva, vinculada hoy por hoy, más al populismo que a una racionalidad político criminal¹⁴.

Podemos decir que la política criminal, particularmente en los temas de legislación penal y de proceso penal, se puede fundar en la ética dialógica como propuesta hermenéutica-crítica expresada en el referéndum necesario para fundamentar, de esta manera, una política criminal distinta al populismo penal; llevando a cabo la defensa de un concepto dualista, esto es, primero una concepción que atienda al ámbito ético del consenso, y segundo, una ética consensada que atienda la alteridad de los sujetos de las diversas organizaciones de la sociedad civil, a quienes el populismo penal ha ignorado.

Si el consenso dialógico lleva a repensar la comunicación humana frente al populismo penal, se considera que la primera gran manifestación de populismo penal es el uso excesivo de la prisión preventiva. Esta dinámica del proceso penal y del sujeto encarcelado en prisión preventiva, como supuesta medida cautelar, implica una dinámica social, que lleva a una comunidad carcelaria de excepción, carente reglas de operación y funcionamiento, y de interpretaciones propias, ya que, generalmente, se operan las mismas reglas de manejo carcelario, tanto para sentenciados como para internos en prisión preventiva.

Es así como la prisión preventiva, como expresión del populismo penal que en muchos casos no es solo político sino también cultural, no necesariamente representa a la sociedad civil; siendo esa cultura populista la que necesita del referente que le proporciona la cultura carcelaria para tranquilizar su parcial entendimiento del fenómeno delictivo. De allí que eso a lo que llamamos populismo penal debe entenderse como un fenómeno de psicología social vinculado a una política criminal que ocurre en el umbral de intersección entre intereses político-partidistas y visones culturales distorsionadas, alimentadas en parte por los medios de comunicación.

5. Conclusiones

La prisión preventiva y, en general, todas las medidas cautelares tienen una naturaleza procesal cuyo objetivo o finalidad es que se garantice con éxito el proceso penal. En otras palabras, la finalidad de la prisión preventiva es la realización exitosa del proceso penal, teniendo como objeto que se asegure la presencia del imputado, evitar que se obstaculice la investigación, así como el de nulificar cualquier riesgo potencial para la víctima u ofendido, testigos o para la comunidad y derivado de lo anterior aplicar la sanción como resolución del conflicto penal, pero en ningún caso deberá tener la finalidad de garantizar la ejecución de una futura condena. La prisión preventiva tiene una duración precaria o temporal porque su finalidad no es sancionatoria ni está dirigida a resocializar al acusado ni a prevenir el delito, sino que su propósito es puramente procesal. Es de señalarse que, en la actualidad, cierto sector de la sociedad tiene la expectativa de que debe aplicarse la prisión preventiva oficiosa cuando el delito que se le imputa a una persona sometida a un proceso penal es considerado como grave, para efecto de que el imputado no se sustraiga a la acción de la justicia, lo que ha generado una política criminal basada en el populismo penal, el cual cobra relevancia en nuestro país en el presente siglo.

La política criminal de este siglo parece estar sesgada y privilegia los intereses mayormente demandados, y no necesariamente legitimados, en el consenso mayoritario de la sociedad civil, anteponiendo dichos intereses por sobre los límites que suponen los derechos humanos de

¹⁴ MÉNDEZ RIVERA, José Ángel, "La ética del consenso como presupuesto político-criminal de una legislación penal única", en Vidaurri (coord.), *Hacia un código penal único, sustantivo nacional*, México, Editorial Porrúa, 2014, pp. 195-205.

las constituciones liberales garantistas. Esta tendencia pone por encima de la protección eficaz de tales derechos a las doctrinas de justificación del castigo de base utilitarista, basado en la prevención de delitos, con políticas de mano dura que incluye la prisión preventiva oficiosa como un instrumento de populismo penal, con la única finalidad de la conservación del poder político.

Así, ante esta política criminal y ante el problema del populismo penal en la prisión preventiva oficiosa, se considera necesario retomar el concepto de la ética del consenso, como ética discursiva en cuestiones de política criminal, a partir del consenso democrático participativo de la sociedad civil mediante referéndum, particularmente en tipos penales y en reglas procesales de orden penal como la prisión preventiva.

6. Bibliografía

CORTINA, Adela, *Ética sin moral*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 2000.

FRONTALINI RECKERS, Romina, *Populismo y castigo penal*, 2020, <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/10/doctrina34815.pdf>

GARDUÑO VENEGAS, J., “La Prisión Preventiva Oficiosa y Justificada como Medida Cautelar”, *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*, agosto de 2017, vol. 5, pp. 107-133.

JONGITUD ZAMORA, Jaqueline, *Teorías éticas contemporáneas*, 2013, <http://www.seminariodefiliosofiadelderecho.com/docencia1/humanos/CONTENIDOS/DDHH/teorias%2oeticas%2ocontempor%C3%A1neas.htm>

MÉNDEZ RIVERA, José Ángel, “La ética del consenso como presupuesto político-criminal de una legislación penal única”, en Vidaurri (coord.), *Hacia un código penal único, sustantivo nacional*, México, Editorial Porrúa, 2014.

MICHEL PALMER, Jean, *Hegel*, México, FCE, Breviarios, 1986.

ORTIZ RUIZ, J., *Introducción al estudio del Derecho Procesal Penal del Sistema Acusatorio y Adversarial*, México, Editorial Flore, 2016, pp. 1-38.

QUENTA FERNÁNDEZ, Javier, “El Populismo del Derecho penal: La necesidad de racionalizar las leyes punitivas populares”, *Revista Jurídica Derecho*, enero 2017.

RUIZ SÁNCHEZ, M., *Derecho Procesal Penal Acusatorio*, México, Editorial Flores, 2015, pp. 289-321.

ZEPEDA LECUONA, G., *Los mitos de la prisión preventiva en México*, México, Editorial Open Society Institute, 2009, pp. 12-21.