

## EL DERECHO PENAL DE EXCEPCIÓN COMO RESTRICCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

\*Martha Cecilia Chable Salvador

\*\*Yesenia Guadalupe Crespo Gómez

\*Egresada de la licenciatura en Derecho de la División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades por la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. Tema de Especialización: Derecho Penal y Derechos Humanos.

\*\*Doctorado en Derecho, Profesora investigadora Titular A, Tiempo Completo de la División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades, miembro del SNI y perfil PRODEP. Autor de Correspondencia.

Artículo Recibido: 13 de julio 2017. Aceptado: 24 de octubre 2017.

**RESUMEN.** Estudiar las restricciones constitucionales en materia penal conocidas en la teoría como derecho penal de excepción, implica adentrarse a las restricciones constitucionales que se establecen a los derechos humanos en la materia, así como a las garantías individuales. Esta teoría fue desarrollada por el alemán Günther Jakobs, a la que también se le conoce como derecho penal del enemigo y que en la actualidad está vigente en nuestra Carta Magna, entendiéndose que, al estar frente a la aplicación de la ley penal, los derechos humanos no son absolutos, sino que pueden tener restricciones previamente establecidas.

**Palabras Clave:** derecho penal, derechos humanos, penal excepción.

### INTRODUCCIÓN.

La teoría del Derecho Penal del Enemigo (Jakobs y Cancio Melía, 2003), surge con las posturas adoptadas por el alemán Günther Jakobs al sostener que existen supuestos delictivos en los cuales el Estado, debe utilizar todo su poder coercitivo para mantener el orden, por lo que se puede considerar radical y por ello de compleja comprensión; puesto que parte de un plano de realidad indiscutible, las nuevas modalidades en la delincuencia

que indiscutiblemente van en aumento y con características especiales respecto de las cuales el Estado se ha visto rebasado, como por ejemplo: la delincuencia organizada, la trata de personas, los secuestros, el lavado de dinero, el terrorismo y por supuesto las diversas variantes que estas figuras pueden presentar. Su principal propulsor Jakobs (2003) consideraba que las personas que no se comportan dentro de los lineamientos o reglas que se imponen en

un Estado de Derecho, deben ser tratadas como enemigos del mismo, y por lo tanto sujetos de un trato desigual, al que reciben los delincuentes comunes.

Por ello es importante conocer cuáles son las restricciones constitucionales en México en las cuales se aplica el derecho penal de excepción y en cuáles supuestos es procedente.

### **DESARROLLO.**

De acuerdo a la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos publicada el 10 de junio de 2011, en el Diario Oficial de la Federación, a toda persona que resida en nuestro país se le reconocen y garantizan los derechos humanos; sin embargo, debemos tomar en cuenta que aun tratándose de derechos humanos el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 (con más de 500 reformas incluido el capítulo primero ahora denominado de los Derechos humanos y sus garantías) señala: “que estos pueden ser suspendidos o restringidos cuando una persona infrinja la ley o cause un perjuicio a otra”, entendiéndose que estas restricciones solo son establecidas por

nuestra Carta Magna y procedentes en los casos que se prevean; con ello se permite al Estado ejercer la potestad que tiene para castigar de forma especial a un gobernado cuando comente un hecho delictivo de los considerados por el artículo 19 constitucional o bien, de los relacionados con la delincuencia organizada o la trata de personas.

En nuestro país la teoría que en su momento Jakobs desarrolló se conoce como derecho penal de excepción (Mancera Espinosa, 2011) y en donde la propia Carta Magna establece los casos o supuestos en que es aplicable, tal como lo dispone el artículo 16 en el párrafo 10, en el que se advierte la existencia de un trato desigual respecto al plazo para retener a una persona que se encuentra detenida ante el Ministerio Público; textualmente en dicho artículo Constitucional se lee lo siguiente:

“Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; *este plazo podrá*

*duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada...”*

Como segundo ejemplo con las mismas pretensiones, se observa lo que dispone el párrafo décimo segundo del artículo 16 constitucional, de donde emana la reglamentación de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada; que autoriza escuchar comunicaciones privadas como una forma legal de investigación, la cual señala:

*“Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas...”*

*“Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada...”*

No hay duda de que en ambos casos se puede apreciar en qué momento se puede

aplicar una restricción a los derechos humanos, siempre y cuando se encuentren en los supuestos que la propia ley establece.

En México al igual que en los países que conforman el Continente Americano, en los últimos años se ha visto reflejado el aumento de los casos relacionados a la delincuencia organizada; los índices revelan que las modalidades más altas se presentan en el tráfico de drogas y estupefacientes, la trata de personas y el tráfico de armas (Delincuencia Organizada Transnacional en Centro América y el Caribe, 2012).

La Organización de las Naciones Unidas el día 15 de noviembre del año 2000 aprobó la Convención Contra la Delincuencia Organizada Transnacional mejor conocida como la Convención de Palermo (2004), misma que nuestro país firmó el día 13 de diciembre del 2002 y que entró en vigor en el año de 2003; al ser un instrumento internacional nuestro Estado está obligado a aplicarlo y reafirmar su compromiso para combatir y erradicar este tipo de delitos que tanto nos afectan, así como a desarrollar y aplicar las medidas que cada

Estado parte tiene y que incluso ha obligado a emitir nuevas leyes en la materia como la Ley General contra la trata de personas (2012) en aras de dar pronta solución a este fenómeno social.

El máximo tribunal en nuestro país, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado respecto a si existen violaciones a los tratados internacionales cuando la Constitución mexicana señala una restricción expresa, debiendo centrar su análisis en que los derechos humanos consagrados en nuestra Carta Magna y en los Tratados Internacionales en donde el Estado Mexicano es parte, se encuentra obligado a su cumplimiento; sin embargo, afirma que cuando se esté en un caso de restricción a los derechos humanos, el texto constitucional es el que prevalecerá para resolver en ese sentido; lo cual quedó asentado en la jurisprudencia que tiene el siguiente rubro: “Derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales. Constituyen el parámetro de Control de Regularidad Constitucional, pero cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo

que establece el Texto Constitucional.” (Contradicción de Tesis 0293/2011).

La Corte de igual forma se pronunció para determinar que ningún derecho humano fundamental es absoluto y por lo tanto todos aquellos Derechos admiten restricciones (Tesis de Jurisprudencia 02/2012). La tesis jurisprudencial refiere lo siguiente:

**RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS.**

Ningún derecho fundamental es absoluto y en esa medida todos admiten restricciones. Sin embargo, la regulación de dichas restricciones no puede ser arbitraria. Para que las medidas emitidas por el legislador ordinario con el propósito de restringir o suspender el ejercicio de los derechos fundamentales sean válidos, deben satisfacer al menos los siguientes requisitos: a) ser admisibles dentro del ámbito constitucional, esto es, el legislador

ordinario solo puede restringir o suspender el ejercicio de las garantías individuales con objetivos que puedan enmarcarse dentro de las previsiones de la Carta Magna; b) ser necesarias para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional, es decir, no basta que la restricción sea en términos amplios útil para la obtención de esos objetivos, sino que debe ser la idónea para su realización, lo que significa que el fin buscado por el legislador no se pueda alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos de derechos fundamentales; y c) ser proporcional, esto es, la medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley, y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales, en el entendido de que la persecución de un objetivo constitucional, no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Así, el juzgador debe determinar en cada

caso si la restricción legislativa a un derecho fundamental es, en primer lugar, admisible dadas las provisiones constitucionales, en segundo lugar, si es el medio necesario para proteger esos fines o intereses constitucionalmente amparados, al no existir opciones menos restrictivas que permitan alcanzarlos; y, en tercer lugar, si la distinción legislativa se encuentra dentro de las opciones de tratamiento que pueden considerarse proporcionales. De igual manera, las restricciones deberán estar en consonancia con la ley, incluidas las normas internacionales de Derechos Humanos, y ser compatibles con la naturaleza de los derechos amparados por la Constitución, en aras de la consecución de los objetivos legítimos perseguidos, y ser estrictamente necesarias para promover el bienestar general de una sociedad democrática.

La ley establece restricciones para los sujetos partícipes en delitos de delincuencia organizada, no sólo desde el texto constitucional, sino incluso

tratándose de las Leyes que emanan de la misma, ya sean Federales, Generales o Nacionales, incluyendo por ende las estatales; un claro ejemplo lo encontramos en la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Estado de Tabasco (2012), en la cual los sujetos que son sentenciados por delitos considerados graves por el Estado, se pueden ver impedidos de acceder a los beneficios penitenciarios como: la libertad preparatoria, el tratamiento preliberacional y la remisión parcial de la pena.

Otro supuesto en los cuales puede operar y aplicarse una restricción a las garantías individuales o a los derechos humanos, se encuentra en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada (1996) y la Ley General contra la trata de personas (2012) entre ellos figuran; el terrorismo, el terrorismo internacional, los delitos contra la salud, la falsificación o alteración de moneda, las operaciones con recursos de procedencia ilícita, los relativos a derechos de autor, el acopio y tráfico de armas, el tráfico de personas, el tráfico de órganos, la corrupción de personas menores de dieciocho años (pornografía, turismo sexual, lenocinio, asalto, tráfico de

menores y robo de vehículos), los delitos en materia de trata de personas, el secuestro y sus diversas modalidades, el contrabando, los delitos cometidos en materia de hidrocarburos y los delitos contra el medio ambiente; constituyendo parte de los delitos que conforman la delincuencia organizada.

Dentro del texto constitucional podemos enunciar los siguientes:

- a) En el artículo 16 párrafo octavo, (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917) en materia de arraigo, tratándose de delincuencia organizada, la Constitución señala que este tendrá una duración de cuarenta días naturales y da cuenta de que este plazo puede igual duplicarse hasta por ochenta días; apreciándose así una restricción a un derecho humano consistente en la libertad y si se analiza a la luz de lo dispuesto en el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos humanos (1969) textualmente señala en el apartado 5 que “Toda persona detenida o retenida debe ser 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...” por lo que al arraigar a una persona por 40 días o su duplicidad que puede llegar a 80 días, que se concede para los casos de delincuencia organizada, se vulnera el numeral 7 apartado 5 de la Convención Americana, al no ser llevado sin demora ante autoridad judicial. Sin embargo, al encontrarnos frente a una restricción expresa, de acuerdo a la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, debe prevalecer lo dispuesto en la Constitución.

b) Siguiendo con la lectura del artículo 16, en el décimo párrafo establece que la retención de los indiciados ante el Ministerio Público puede prolongarse hasta por noventa y seis horas cuando se trate de los supuestos de delincuencia organizada; cuando el término en la mayoría de los delitos es de cuarenta y ocho horas.

c) Y por último, en el artículo 19, párrafo segundo, se establece que el juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, así como aquellos cometidos con medios violentos o armas, o bien que atenten contra el libre desarrollo de la personalidad, también conocidos como delitos graves, quedando claramente demostrado que en el Estado mexicano la Constitución contempla restricciones expresas a derechos humanos y garantías individuales.

### **CONCLUSIÓN.**

El Estado mexicano aplica el derecho penal de excepción como medida de prevención especial, como respuesta para combatir y erradicar los delitos graves o de alto impacto, dentro de los cuales encontramos los vinculados a la delincuencia organizada, la trata de personas, los homicidios, las violaciones y secuestros, así como otros que tienen el mismo procedimiento por la ley penal; resultando así en la respuesta que da el Estado para su tratamiento y combate,

aunque no necesariamente pueda erradicarlo por completo, pues al contrario en lugar de disminuir, sus cifras siguen en aumento y los derechos humanos en riesgo, cuando pueden ser vulnerados, aun y estando comprometidos y obligados a su salvaguarda por los tratados internacionales en la materia que hemos suscritos y que constituyen también ley suprema en nuestro país, siendo solamente una interpretación de la

Suprema Corte de Justicia de la Nación, que establece que se pueden dar tales restricciones al ejercicio de los derechos humanos.

En base a lo anterior, podemos establecer que los derechos humanos en materia penal, en México no son absolutos pues se encuentran sujetos a las restricciones contenidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

#### LITERATURA CITADA.

*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917). Diario Oficial de la Federación. México.*

*Convención Americana Sobre Derechos Humanos Comentada (1969). México, Recuperado de [https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/acc\\_ref/Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_final.pdf](https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/acc_ref/Convencion_Americana_sobre_Derechos_final.pdf)*

*Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada (2004). México. Recuperado de [www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/content/download/.../AZUL\\_JUL\\_2010.pdf](http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/content/download/.../AZUL_JUL_2010.pdf). Fecha de consulta 10 de febrero de 2017.*

*Delincuencia Organizada Transnacional en Centro América y el Caribe (2012). Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. Recuperado de [https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Studies/TOC\\_Central\\_America\\_and\\_the\\_Caribbean\\_spanish.pdf](https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Studies/TOC_Central_America_and_the_Caribbean_spanish.pdf). fecha de consulta 10 de febrero de 2017.*

*Jakobs, G. y Cancio, Melía (2003). Derechos Penal del Enemigo. Madrid España: Editorial Civitas.*

*Ley Federal Contra la Delincuencia organizada (2012). México. Recuperado de [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/101\\_070417.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/101_070417.pdf). Fecha de consulta 14 de marzo de 2017.*

*Ley Nacional de Ejecución Penal (2016). México. Recuperado de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNEP.pdf>. Fecha de consulta 14 de marzo de 2017.*

*Mancera, E. (2011). El Derecho Penal del Enemigo. México: Editorial UBIJUS.*

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2013). *Contradicción de Tesis 0293/2011, México*. Recuperado de <http://207.249.17.176/Transparencia/Epocas/Pleno/DecimaEpoca/293-2011-PL%20CT%20Ejecutoria.pdf>. Fecha de consulta 14 de mayo de 2017.