

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 15, n.º 19, enero-junio, 2023, 27-70

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v15i19.694

Tratamiento de delincuencia organizada a servidores públicos en México desde la perspectiva del derecho penal del enemigo

Treatment of organized crime against civil servants
in Mexico from the «criminal law of the enemy»
perspective

O tratamento do crime organizado contra servidores
públicos no México a partir da perspectiva do direito
penal do inimigo



EDUARDO DANIEL VÁZQUEZ PÉREZ
Universidad Nacional Autónoma de México
(Ciudad de México, México)

Contacto: danielcarlos3madrid@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-6845-8294>

RESUMEN

El presente artículo tiene por objetivo demostrar la existencia del derecho penal del enemigo del profesor doctor Günther Jakobs en las estructuras normativas mexicanas y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano forma parte, a efectos de combatir a

los sujetos potencialmente peligrosos —enemigos— que ponen en riesgo, con su actuar, el equilibrio del sistema social. Sin embargo, la aplicabilidad de este derecho, por lo menos en el caso mexicano que es el de nuestro interés, no solo está direccionado a los miembros de la delincuencia organizada, sino también a las servidoras y los servidores públicos que, en el ejercicio de sus funciones en la Administración pública, y posterior a ellas, tengan nexos con las organizaciones criminales para perpetuar delitos que laceran severamente a la sociedad. Tales aseveraciones serán demostradas puntualmente en las líneas posteriores de cada uno de los siguientes epígrafes que integran este escrito. Finalmente, es importante resaltar que la elaboración de este artículo se concretó en el marco de la realización del doctorado en Intervención en las Organizaciones de la Universidad Autónoma Metropolitana (UAM), Unidad Azcapotzalco, Ciudad de México, México.

Palabras clave: derecho penal del enemigo; servidores públicos; restricción de derechos humanos; Administración pública; Estado democrático de derecho.

Términos de indización: derecho penal; funcionario público; derechos humanos; Administración pública; democracia (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

The aim of this paper is to demonstrate the existence of the Enemy Criminal Law, by Professor Günther Jakobs, in the Mexican legislation structure and in international treaties to which the Mexican State is a party, in order to fight potentially dangerous subjects—enemies—who put at risk the balance of the social system with their actions. However, the applicability of this Law, at least in the Mexican case—which is of our interest—is not only directed to members of organized crime groups, but also to public servants who, during their term in office in the Public Administration and

after leaving office, are connected with criminal organizations to perpetuate crimes that severely harm our society. Such assertions will be later demonstrated in detail in the following sections of this article. Finally, it is important to highlight that this article was drafted within the framework of a Doctorate in Organizations Intervention at Universidad Autónoma Metropolitana (UAM), Azcapotzalco Unit, Mexico City, Mexico.

Key words: Enemy Criminal Law; public servants; restriction of human rights; Public Administration; democracy and rule of law.

Indexing terms: criminal law; civil servants; human rights; public administration; democracy (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo demonstrar a existência do direito penal do inimigo preconizado pelo professor doutor Günther Jakobs nas estruturas reguladoras mexicanas e nos acordos internacionais em que o Estado mexicano faz parte, no intuito de combater aos sujeitos potencialmente perigosos - inimigos - que, por suas ações, comprometem o equilíbrio do sistema social. No entanto, a aplicabilidade deste direito, pelo menos no caso mexicano, que é do nosso interesse, não é dirigida somente aos membros do crime organizado, mas também aos servidores públicos que, no exercício das suas funções na Administração pública, e posterior a elas, têm relação com as organizações criminosas para praticar crimes que prejudiquem gravemente à sociedade. Tais afirmações serão demonstradas de forma detalhada nas linhas seguintes de cada uma das seções que constituem o presente documento. Por fim, cabe assinalar que a elaboração deste artigo ocorreu no âmbito do doutorado em Intervenção nas Organizações da Universidad Autónoma Metropolitana (UAM), Unidad Azcapotzalco, Ciudad de México.

Palavras-chave: direito penal do inimigo; servidores públicos; restrição dos direitos humanos; Administração pública; Estado democrático de direito.

Termos de indexação: direito penal; funcionário público; direitos humanos; Administração pública; democracia (Fonte: Tesouro Unesco).

Recibido: 06/02/2023

Revisado: 19/04/2023

Aceptado: 09/05/2023

Publicado en línea: 14/06/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: El autor declara no tener conflicto de interés.

Revisores del artículo:

Leyla Ivon Vilchez Guivar de Rojas (Contraloría General de la República del Perú, Perú)
lvilchez@contraloria.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0003-1081-7922>

Alexei Dante Sáenz Torres (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)
asaengt@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-8467-7072>

1. INTRODUCCIÓN

La desproporcionalidad de las penas, el doble adelantamiento del estadio de la punibilidad y la relativización (supresión) de los derechos y las garantías constitucionales son la columna vertebral del tan afamado y controversial derecho penal del enemigo del profesor alemán Günther Jakobs.

En México, este derecho no es una mera ilusión sino un logro materializado, en vista de que los ordenamientos jurídicos especializados en la materia penal, tanto a nivel internacional (Convención de Viena, 1988; Convención de Palermo, 2000; entre otras del rubro administrativo supranacional donde el Estado mexicano forma parte), así como del derecho interno (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ley Federal contra la

Delincuencia Organizada, Código Penal Federal, Código Federal de Procedimientos Penales, Ley Nacional de Ejecución Penal y Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública), contienen principios del *derecho de guerra* (derecho penal del enemigo) para combatir a los sujetos potencialmente peligrosos, en un contexto donde pueden ejecutarse múltiples delitos relacionados con la delincuencia organizada, tal es el caso del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, coloquialmente conocido como lavado de dinero o blanqueo de capitales.

Sin embargo, este derecho de excepción no se supedita con exclusividad a los miembros de la criminalidad organizada, sino también ha alcanzado a aquellos servidores públicos que durante su estadía en la Administración pública mantengan enlaces con dichos grupos delincuenciales o ejecuten diversas actividades tipificadas como delitos graves en los ordenamientos jurídico-penales del país. En líneas posteriores, se podrá ahondar en el tema de la estrecha vinculación que hay con servidores y funcionarios públicos, enfatizando no solo la imperiosa necesidad de analizar el trasfondo, sino la urgente tarea de erradicar estos nexos delincuenciales.

2. METODOLOGÍA Y DESARROLLO

La metodología empleada para la elaboración del presente artículo gira en torno al derecho penal del enemigo, a partir del funcionalismo normativo del filósofo y jurista alemán Günther Jakobs. Este autor, inspirado en la propuesta de la teoría de sistemas de su connacional Niklas Luhmann, consideró que la sociedad es un conglomerado de comunicaciones totalmente efectivas que posibilitan tanto el sentido comunicativo como la identidad normativa de la sociedad, en virtud de que este ente se conforma por personas y no individuos.

En ese tenor, Miguel Polaino-Orts (2013), haciendo referencia al profesor Günther Jakobs, indica puntualmente lo siguiente:

El tránsito del ser humano (individuo) a persona (social) representa el tránsito del estado de naturaleza al mundo social, y tiene lugar cuando el sujeto es visto como «el destino de expectativas normativas», esto es, cuando participa de la estructura social, es titular de derechos y deberes, «dispone de la competencia de enjuiciar de modo vinculante la estructura de lo social, precisamente, el Derecho, y adecúa en lo general su comportamiento a la norma, respetándose a sí mismo como persona y respetando a su vez a los demás como personas de Derecho. La persona es, pues, el ser humano mediado por lo normativo, por lo social: el sujeto que protege y posibilita la norma y —por ello— se protege a sí mismo y protege y posibilita la personalidad de los demás. (pp. 29-30)

Entonces, el derecho penal del enemigo, desde la concepción del funcionalismo normativo del profesor alemán Günther Jakobs, nos devela que dicha teoría se constituye a partir de una tridimensión —persona, norma y sociedad— que actúa en conjunto para la comprensión comunicativa e identitaria de la sociedad.

Bajo esa perspectiva ideológica también se puede aludir a que los elementos —persona, norma y sociedad— que estructuran la columna vertebral de la teoría del derecho penal del enemigo, difícilmente podrían abordarse desde su particularidad para la explicación y el entendimiento del comportamiento de las personas que viven e interactúan en la sociedad, toda vez que se podría caer en sesgos teóricos y en aseveraciones unívocas para la explicación de la realidad social.

2.1. Funcionalismo normativo del profesor alemán Günther Jakobs: persona, norma y sociedad

En el anterior epígrafe se indicó que el derecho penal del enemigo, del profesor Günther Jakobs, se consolida por medio de los pilares

que son la persona, la norma y la sociedad; en este apartado, se realizará una explicación somera de cada uno de estos para identificar cómo el sistema social puede lograr su equilibrio frente a las amenazas y los riesgos existentes.

2.1.1. Persona

Tomando en cuenta que el profesor Günther Jakobs estuvo inspirado en la teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann, aunque esto no significa la continuidad teórica del segundo autor a partir del primero, sí podemos aludir a que el funcionalismo normativo toma en consideración que la persona es un producto de índole social. Dicho en otras palabras, la persona es un resultado cultural de las múltiples interacciones sociales albergadas en la sociedad.

Siguiendo ese orden de ideas, Günther Jakobs (2000) apunta:

Ser persona significa tener que representar un papel. Persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible. Toda sociedad comienza con la creación de un mundo objetivo, incluso una relación amorosa, si es sociedad. Los partícipes de esa sociedad, es decir, los individuos representados comunicativamente como relevantes, se definen entonces por el hecho de que para ellos es válido el mundo objetivo, es decir, al menos una norma. (pp. 50-51)

Esto quiere decir que la persona no es otra cosa que aquel ente sujeto y mediado por el aspecto normativo para garantizar la efectividad de las comunicaciones en el sistema social. En consecuencia, cuando la persona se comporta de acuerdo con la norma jurídica y, al mismo tiempo, realiza el rol social que se le ha asignado

socialmente (el de persona, no más), satisface las expectativas sociales para ser considerado miembro de la sociedad.

La incorporación de la persona en la sociedad no representa un proceso insignificante, sino una amplitud y un avance en cuanto al desarrollo social, toda vez que la interacción de esta va de lo particular a lo colectivo, en virtud de que al efectuar el comportamiento a la norma se posibilita la interacción de persona para con personas que comparten al menos un interés en común: el de salvaguardar la seguridad y la integridad de las demás personas (constituyentes de la naturaleza) que viven en la sociedad, por conducto de los instrumentos normativos que rigen la vida social (la Constitución de lo social).

Lo dicho también nos permite entender que la sociedad es directamente proporcional al sinónimo del mundo del sentido, porque el actuar de los sujetos sociales se ve directamente reflejado en el sistema social que les permite existir. Por lo tanto, los comportamientos sociales alineados a la norma serán aquellos que brinden la oportunidad de mantener el sentido comunicativo y la reconfiguración normativa en pro de y para la sociedad.

En caso contrario, las no-comunicaciones (no-personas) son las amenazas que serán excluidas y acreedoras a un tratamiento jurídico-penal restrictivo al ejercicio de los derechos humanos, es decir, de derecho penal del enemigo para mantener el equilibrio del sistema social.

2.1.2. Norma

La norma en el funcionalismo normativo de Günther Jakobs actúa como administradora de las conductas sociales en la sociedad. Porque la regulación de los comportamientos de las personas son identificaciones imprescindibles cuando se busca demostrar la eficacia y la eficiencia de los instrumentos normativos que rigen la vida social en un Estado democrático de derecho.

El profesor Günther Jakobs (2000), al respecto, alude puntualmente lo siguiente:

El sujeto se concibe a sí mismo, pues, al concebir, de modo mediado por lo normativo, al otro, pero su propia autorreferencia se mantiene como algo particular: ante el otro se constituye el sujeto a través de la vinculación de la norma y necesita la propia autorreferencia del otro para que este, a su vez, se convierta en sujeto. El mundo vinculante está siempre restringido forzosamente al alcance de la norma o normas concebidas. Los sujetos aparecen con tal limitación solo en la sociabilidad (y, aunque aquí no interesa, aparecen con esa limitación también ante sí mismos), es decir, como portadores de roles o personas. Por ello la comunicación no instrumental es comunicación personal. (p. 80)

Desde este punto de vista, la norma coadyuva a que el mundo social exista por medio del reconocimiento de aquellos sujetos sociales que efectúan su comportamiento de acuerdo con la normatividad vigente. De la misma forma, cuando la norma administra comportamientos sociales, significa, *per se*, que las personas tienen la obligación —social y normativa— de cumplir, por así decirlo, no solo las tareas que se les han asignado socialmente, sino también la de mantener en equilibrio el sistema social para que la persona continúe conservando su estatus como tal en la sociedad.

2.1.3. Sociedad

La sociedad está integrada por sujetos sociales comprometidos en garantizar el mantenimiento de la vigencia de la norma. Lo que significa que el sistema social es una totalidad integrada; un ente comunicacionalmente interconectado en el que difícilmente (por no decir imposible) hay cabida para las comunicaciones defectuosas

(no-comunicaciones), que impiden la regulación, la reconfiguración y el equilibrio del sistema social.

Günther Jakobs (2000) menciona que

La relación con al menos otro individuo no se basa solamente en las propias preferencias, sino que se define mediante al menos una regla independiente de tales preferencias, de tal manera que el otro puede invocar esa regla. Tal regla es una norma social en sentido estricto: si se infringe, ello significa elegir una configuración del mundo de cuya toma en consideración había sido precisamente exonerado el otro. (p. 79)

Igualmente, Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá (2006) agregan lo siguiente:

Si se pretende que una norma determine la configuración de una sociedad, la conducta conforme a la norma realmente debe ser esperable en lo fundamental, lo que significa que los cálculos de las personas deberían partir de que los demás se comportan conforme a la norma, es decir, precisamente no infringiéndola. (p. 37)

Entonces, las personas que viven en la sociedad no son más que comunicaciones operativamente funcionales, coaccionadas por el derecho, que gozan de los beneficios que les otorga el ser personas, en virtud de su fidelidad a la norma que rige el mundo social.

Por otro lado, de cometer infracción alguna, es decir, de no presentar la mínima seguridad cognitiva para el mantenimiento de la vigencia de la norma, los elementos que integran la sociedad —personas— podrán reprochar al infractor su comportamiento, primero, para excluirlo y garantizar la seguridad de aquellas que sí son personas; y, segundo, para que reciba un tratamiento

jurídico-penal de excepción (de derecho penal del enemigo) por la falta de probidad a los ordenamientos jurídicos, sin posibilidad de resarcir el daño cometido a la sociedad.

Figura 1

Funcionalismo normativo y el papel de sus elementos constitutivos: persona, norma y sociedad



2.2. Delincuencia organizada, Administración pública y corrupción

La Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol, s. f.), también conocida como Policía Internacional, estima que «las redes de delincuencia organizada constituyen negocios multimillonarios que operan en muchos ámbitos delictivos» (párr. 1).

Con base en la anterior cita, se puede vislumbrar que las actividades ejecutadas por la criminalidad organizada son diversas y, en suma, multiplicadoras de ganancias económicas a partir de la ilicitud cometida. Parafraseando al sociólogo mexicano, Eduardo Daniel Vázquez Pérez (2022b): la ilicitud es una actividad económica que deviene de otras tantas contrarias a derecho, las cuales

se incorporan en la complejidad sistemática de los flujos financieros, con la finalidad de beneficiar económicamente al autor de la infracción cometida. En consecuencia, la ilicitud permite al autor del delito acumular capital económico incesantemente a costa de los delitos cometidos (p. 30).

Entre las actividades ilícitas podemos resaltar al menos las siguientes: evasión fiscal, extorsión, homicidio, lavado de dinero (blanqueo de capitales), piratería, robo de combustible (*huachicol*), secuestro, terrorismo, tráfico de armas, tráfico de comercio de flora y fauna, tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y trata de personas (hombres, mujeres, niños, niñas, migrantes, entre otros).

Entonces, la criminalidad organizada como ente colectivo-delictivo no es otra cosa que un conglomerado de injustos sistémicos organizados que laceran a los sujetos sociales que constituyen a la sociedad, toda vez que, como hemos visto dogmáticamente, al no cumplir las expectativas sociales, es decir, al cometer diversos delitos en organización criminal para obtener un fin económico rentable, se imposibilita la configuración, no solo el sentido comunicativo, sino también la identidad normativa de la sociedad.

Los profesores, Günther Jakobs y Miguel Polaino-Orts (2013), citando a García Pablos, consideran respecto a la criminalidad organizada, desde el punto de vista del funcionalismo, lo siguiente:

Las agrupaciones criminales, como hemos visto hasta ahora, son consideradas por la doctrina como sistemas penalmente antijurídicos. Constituyen, pues, sistemas sociales —o por mejor decir: asociales— cuya constitución es algo más que la suma de sus miembros individuales. Cada agrupación criminal tiene reconocida una *entidad jurídica* que en su autonomía y en su potencial lesivo es por entero independiente de la capacidad criminal de sus miembros integrantes. En

otras palabras, una agrupación criminal es, ante todo una *institución*, una *empresa* dedicada a fines delictivos, diferente a la mera suma de unas personas físicas que persiguen unos objetivos: brevemente, es una *institución*, una *realidad viva*. (p. 106)

Ante esta situación, la organización de la criminalidad para perpetuar la materialización de la ilicitud representa en sí ya un delito, como bien lo refieren los autores mencionados. A este sistema social asocial se le puede dar un tratamiento jurídico-penal de excepción, de derecho penal del enemigo por el solo hecho asociativo con fines teleológicos contrarios a la normatividad vigente que rige la vida en sociedad.

No hay que olvidar, también, que el derecho penal del enemigo actúa en prospectiva, es decir, a futuro y no se necesita la materialización del hecho delictivo, sino basta con los indicios y la organización a efectos de consumir el delito, para que se active la supremacía punitiva del Estado y se haga la guerra a sus enemigos.

Nuevamente, Günther Jakobs y Miguel Polaino-Orts (2013), citando a García Pablos, indican que

Ello se ve muy claro cuando se analiza el momento de consumación del delito de asociación ilícita: este injusto sistémico se concreta cuando unos sujetos se reúnen con un fin delictivo, esto es, cuando unos sujetos se conciertan para delinquir, pero para la consumación del injusto sistémico ni siquiera se precisa el principio de ejecución de esos delitos con cuya finalidad de comisión se reunieron, sino que ya el delito sistémico se consume cuando se han reunido con ese fin, aunque no lleguen nunca a ejecutar —ni siquiera a propiciar mediante específicos actos preparatorios su ejecución— la comisión de esos delitos que pretendían realizar. (p. 106)

Así pues, la asociación delictiva —como disfuncionalidad que perjudica a la sociedad— no se supedita a la delincuencia organizada, sino a cualquier tipo de asociación/agrupación que tenga por objetivo llevar a cabo la consumación de delitos en forma de organización. Asimismo, este tipo de conductas potencialmente peligrosas y lesivas a la sociedad, si bien se estructuran en agrupaciones delictivas, en el ámbito dogmático y procesal penal, se sancionan de manera individual por la pertenencia a la organización criminal y por la relevancia que tienen en perjuicio de la sociedad.

Günther Jakobs y Miguel Polaino-Orts (2013) mencionan al respecto lo siguiente:

A los miembros y colaboradores externos del sistema de injusto (organización criminal) se les hace ciertamente responsables por su propia actuación, que consiste en pertenecer a la organización criminal, esto es, no solo en hacer suya la filosofía de esta sino en hacerse parte integrante (constitutiva) de dicha organización criminal, la cual únicamente puede existir, en tal configuración, con el aporte propio (pertenencia) de cada uno de los miembros. (p. 127)

En México, los actos cometidos por hechos de corrupción por las servidoras y los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones en la Administración pública son el claro ejemplo de una organización delictiva, debido a que se necesita de diferentes actores —criminales— para la consumación de los múltiples delitos relacionados con la corrupción.

La Administración pública es un sistema totalmente comunicacional y autónomo de los diferentes elementos sistemáticos que la perturben (intereses del sistema político —partidos políticos— o de la delincuencia organizada), porque la funcionalidad de la actividad administrativa del Estado, a través de sus instituciones,

está direccionada hacia el cumplimiento de las actividades del Gobierno en beneficio de las ciudadanas y los ciudadanos.

De acuerdo con la investigadora mexicana María del Carmen Pardo (2016), la Administración pública puede definirse como:

Un campo disciplinario y profesional, vivo y actuante; es un elemento indisoluble del Estado y es la herramienta fundamental con que cuentan los gobiernos para lograr incidir en un equilibrio social más justo. Sus transformaciones han sido espectaculares, aunque sus resultados no han ofrecido lo que al menos en términos de expectativas se esperaba de ellas. Sin embargo, no existe en el desarrollo social una mejor alternativa para lograr recortar distancia entre los que tienen más y tienen menos. Lo que es necesario hacer es reconocer que solo la administración pública ofrece esta posibilidad, por lo que es necesario otorgarle el lugar que le corresponde en el desarrollo político de las distintas formaciones sociales existentes, para que tanto desde el mirador teórico como del práctico logre aportando [*sic*] ideas y soluciones. (p. 154)

Sin embargo, la autonomía de la Administración pública en el contexto mexicano ha sido rebasada por los intereses —de corrupción— de los partidos políticos ligados con las organizaciones criminales habidas a lo largo y ancho del territorio nacional. Esta situación ha imposibilitado que la Administración pública logre ese equilibrio social más justo que tanto se anhela en pro de la ciudadanía para atender sus necesidades de índole social a través de los servicios públicos del Gobierno, en cuanto a su objetivo para garantizar el Estado de derecho se refiere.

Tomando en consideración la óptica sistemática y funcionalista del presente escrito, vale indicar que la protección de la Administración pública no ha sido respaldada a nivel constitucional,

empero sí por las leyes del derecho internacional. Encontramos evidencia de lo anteriormente aseverado en el artículo 23, numeral I, subincisos a, b, c, y el numeral II, de los derechos políticos, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José—, que al pie de la letra expone:

Artículo 23. Derechos Políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
 - a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
 - b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
 - c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.
2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal. (Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1981)

De acuerdo con Edgardo Buscaglia (2015):

cada día es más evidente que las diversas convenciones de la ONU contra la delincuencia organizada y la corrupción no han servido porque no existe ningún mecanismo internacional vinculante y «con dientes» que permita implementarlas en la práctica; las burocracias encargadas de hacerlas

cumplir se componen de funcionarios totalmente desligados de cualquier mecanismo de representatividad o de control social, carentes de adecuados sistemas de rendición de cuentas. Dichos funcionarios, técnicamente mediocres en su mayoría, se hallan incrustados en burocracias internacionales que durante años han mantenido lujosos trenes de vida con obscenos ingresos sin vínculo al desempeño y que recitan las convenciones internacionales de país en país desde hoteles de cinco estrellas. (p. 37)

Como consecuencia, esta situación evidencia que no hay una constitucionalización efectiva del derecho internacional de los derechos humanos en México, además de la interpretación realizada al Amparo en Revisión 1475/98, en el que la Suprema Corte de Justicia de la Nación estipula expresamente que toda ley internacional está ubicada en un plano secundario, o sea, está por debajo de cualquier norma contenida en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por tal motivo, la Administración pública en México es un sistema abierto al entrono, desde que su funcionalidad es operada por las servidoras y los servidores públicos o particulares que tienen estrechos vínculos con el crimen organizado, para servirse de esta y llevar a cabo la consumación de delitos relacionados con la corrupción.

3. OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA (LAVADO DE DINERO/BLANQUEO DE CAPITAL) POR SERVIDORES PÚBLICOS EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA MEXICANA

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, por medio de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, ambas instituciones mexicanas, citando a la Convención de las Naciones Unidas contra

el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena, 1988), sostiene que el lavado de dinero es

La conversión o transferencia de propiedad, a sabiendas de que proviene de una actividad delictiva, con el objeto de ocultar o disfrazar su origen ilícito o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito a evadir las consecuencias jurídicas de sus acciones.

Desde otro punto de vista, Mata et al. (2018), haciendo referencia a Isidro Blanco Cordero, enfatizan que el lavado de dinero (blanqueo de capitales) «es el proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita» (p. 496).

Es evidente que el lavado de dinero, conocido en México como operaciones con recursos de procedencia ilícita, es una actividad económica que deviene de otras tantas actividades contrarias a derecho, que pasa por diferentes etapas en la complejidad sistemática del sistema financiero, a fin de generar contribuciones, por así decirlo, al infractor de la norma —el autor de la ilicitud— con base en los delitos cometidos. Entonces, el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita no es otra cosa que la mera rentabilidad de la ilicitud, a costa de los crímenes cometidos, para beneficiar económicamente al delincuente.

Las etapas por las que pasa el capital ilícito en el sistema financiero son explicadas detalladamente por el sociólogo mexicano Eduardo Daniel Vázquez Pérez (2022a) de este modo:

Tabla 1

Fases del delito de lavado de dinero: colocación, estratificación y consolidación

Fases del lavado de dinero	
Colocación	De acuerdo con Prado Saldarriaga (2007), «la colocación consiste en lo siguiente: “El dinero ilegal se deposita en bancos tolerantes y se le transforma en instrumentos de pago más cómodos como cheques de gerencia, que tienen como ventaja su fácil aceptación y la carencia del titular específico, lo cual facilita el tránsito y el encumbramiento del lavado”» (p. 24).
Estratificación/ decantación	De acuerdo con Lamas Puccio, citado por Lamas Suárez (2019), «el objetivo de esta instancia es cortar la cadena de evidencias entre las investigaciones sobre el origen del dinero. La estratificación, generalmente, transfiere el dinero de un paraíso financiero a otro sometiendo el dinero a un largo recorrido» (p. 51).
Consolidación/ integración	De acuerdo con Annel Morales Méndez (2019), la consolidación/integración es la etapa dos que posibilita al lavador invertir los fondos en bienes raíces, artículos de lujo o proyectos comerciales. En esta etapa, también, es bastante complicado diferenciar la riqueza legal de la ilegal, ya que el lavador puede aumentar su riqueza con los productos del delito (p. 16).

Fases del lavado de dinero, explicación	
Colocación	Colocación del capital ilícito en las instituciones bancarias, tiendas y negocios internacionales.
Estratificación/decantación	Trasferencia de la cuenta A hacia una B.
Consolidación/integración	Circulación de la ilicitud en la complejidad del sistema financiero, para su multiplicación.

El dinero sucio del delito al circular en las redes del sistema financiero otorga la oportunidad al lavador del dinero de obtener ganancias económicas estratosféricas a costa de los delitos cometidos a la sociedad. No obstante, esto no exime de que el dinero se

lave —porque no es así—, toda vez que la ilicitud se inmiscuye en la complejidad sistemática de los flujos económicos para generar riqueza incesantemente al sujeto potencialmente peligroso.

El lavado de dinero es sancionado penalmente por arquitecturas normativas de talla internacional de las que el Estado mexicano forma parte, como son:

La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena 1988), en sus artículos 1, incisos p y q; 3, inciso A, subincisos 1, 2, 3, 4, 5 y 6; inciso B, subincisos 1, 2; inciso C, subincisos 1, 2, 3 y 4.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo, 2000), en sus artículos 1, inciso A, subincisos 1 y 2, Relativo a la finalidad; 5, De los delitos tipificados; 6, Producto del delito, o la ocultación y disminución de su origen; 8, De los delitos tipificados; y 23, De los delitos tipificados.

También el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita (lavado de dinero) se sanciona en el derecho interno mexicano a través del Código Penal Federal, específicamente en su artículo 400 bis, en el que se señala:

Código Penal Federal, artículo 400 bis

Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días multa al que, por sí o por interpósita persona realice cualquiera de las siguientes conductas:

- I. Adquiera, enajene, administre, custodie, posea, cambie, convierta, deposite, retire, dé o reciba por cualquier motivo, invierta, traspase, transporte o transfiera, dentro

del territorio nacional, de este hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando tenga conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, o

- II. Oculte, encubra o pretenda ocultar o encubrir la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento, propiedad o titularidad de recursos, derechos o bienes, cuando tenga conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita. Para efectos de este Capítulo, se entenderá que son producto de una actividad ilícita, los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando existan indicios fundados o certeza de que provienen directa o indirectamente, o representan las ganancias derivadas de la comisión de algún delito y no pueda acreditarse su legítima procedencia. En caso de conductas previstas en este Capítulo, en las que se utilicen servicios de instituciones que integran el sistema financiero, para proceder penalmente se requerirá la denuncia previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Cuando la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en ejercicio de sus facultades de fiscalización, encuentre elementos que permitan presumir la comisión de alguno de los delitos referidos en este Capítulo, deberá ejercer respecto de los mismos las facultades de comprobación que le confieren las leyes y denunciar los hechos que probablemente puedan constituir dichos ilícitos.

El artículo anterior señala puntualmente que en cualquier actividad de la que se tenga certeza de ser producto del actuar delictivo, se procederá a presumir la comisión de delitos, tanto en cuanto estén tipificados y motivados, para actuar conforme a derecho. Pero lo relevante del contenido del artículo 400 bis del Código

Penal Federal radica precisamente en que el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita (lavado de dinero) se sanciona no solo por la vía penal, sino también administrativamente.

En estas condiciones, es imprescindible mostrar el gráfico elaborado por Annel Morales Méndez (2019), para la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, donde señala acertadamente lo siguiente:

Figura 2

Artículo 400 bis del Código Penal Federal mexicano

Artículo CPF	Descripción	Penas (años en prisión)	Multa (días)*	
400 Bis	Lavado de Dinero	5 – 15 años	1,000 – 5,000 días de multa	
	Cuando quien realice cualquiera de las conductas previstas en el 400 Bis tienen el carácter de consejero, administrador, funcionario, empleado, apoderado o prestador de servicios de cualquier persona Sujeta al régimen de PLD o las realice dentro de los dos años siguientes de haberse separado de alguno de dichos cargos	Aumentan desde un desde un tercio hasta en una mitad. + Inhabilitación por un tiempo igual al de la pena en prisión.		
	Si la conducta es cometida por servidores y ex servidores públicos encargados de prevenir, detectar, denunciar, investigar o juzgar la comisión de delitos o ejecutar las sanciones penales	Las penas se duplican Y una inhabilitación por un tiempo igual al de la pena en prisión impuesta.		
	Lavado de Dinero (quien realiza la conducta utiliza menores de edad o personas sin capacidad para comprender el hecho o para resistirlo)	Aumentan hasta en una mitad		

Fuente: Morales (2019, p. 20).

Debido a lo cual la sanción del tipo penal del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita no se supedita a una sola rama del ámbito jurídico, sino que logra su expansión para que se apliquen sanciones de diferente índole, como es el caso también de la vía administrativa, que ante esta situación no violenta el principio *non bis in idem*, en virtud de que se trata de dos materias con su naturaleza respectiva.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su comunicado de prensa del 10 de agosto de 2022, con n.º 287/2022, manifestó que

LA AGRAVANTE DEL DELITO DE DELINCUENCIA ORGANIZADA CUANDO ES COMETIDO POR UNA PERSONA SERVIDORA PÚBLICA, ES CONSTITUCIONAL: PRIMERA SALA

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que el artículo 5, fracción I, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que prevé como agravante del delito la calidad de servidor público, no vulnera los principios de presunción de inocencia, taxatividad, legalidad y seguridad jurídica, proporcionalidad de la pena y de no discriminación, por lo que es constitucional.

Esta decisión emana de la revisión de una sentencia de amparo directo que fue negado a una persona condenada por el delito de delincuencia organizada agravada, quien hasta antes de su detención trabajó en instituciones de procuración y administración de justicia. En desacuerdo, el inculpado interpuso un recurso de revisión en el que alegó la inconstitucionalidad de la agravante que le fue aplicada por tratarse de un servidor público al momento en que ocurrieron los hechos.

En su sentencia, la Primera Sala consideró que la agravante analizada constituye una previsión normativa específica y justificada que busca sancionar de manera más intensa la realización del delito de delincuencia organizada cuando es ejecutada por quienes ejercen un cargo público, como medio para combatir esa práctica desleal a la función que les ha sido encomendada al interior del Estado. Esto, debido a que, desde esa labor, sin importar su trascendencia en la

institución de que se trate, pueden incluso producir una mayor afectación a la seguridad pública y a la sociedad en general, lo que amerita una respuesta penal más importante para hacer frente a ese fenómeno asociado con los grupos criminales.

Asimismo, la Sala deliberó que la norma reclamada, al disponer de una sanción más alta para la persona que pertenece a la delincuencia organizada y ostenta el cargo de servidor público, sin definir que su función se relacione inmediatamente con esa actividad criminal, no es violatoria del principio de legalidad en su vertiente de taxatividad y brinda seguridad jurídica a las personas destinatarias para comprender la aplicación de esa circunstancia agravante.

Aunado a lo anterior, el Alto Tribunal consideró que la penalidad establecida en la norma analizada es proporcional porque corresponde a la gravedad de la conducta que además es acorde con los incrementos en las penas para los delitos en los que se actualiza la agravante de cometerse la conducta por servidores públicos que establece la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

Por otra parte, la Sala determinó que el precepto analizado no transgrede el principio de presunción de inocencia puesto que la agravante de la pena no genera una idea preconcebida de responsabilidad, ya que opera hasta que se sancione a la persona una vez que se ha comprobado la existencia del delito y demostrado su responsabilidad penal.

Finalmente, la Primera Sala resolvió que el artículo impugnado no es discriminatorio, debido a que genera una distinción válida al aplicar penas más altas a quienes cuentan con un cargo en el servicio público al mismo tiempo en que pertenecen a la delincuencia organizada, de aquellas personas que carecen de esa calidad.

A partir de estas razones, la Primera Sala confirmó el fallo recurrido y negó la protección constitucional en contra de la sentencia impugnada.

Amparo directo en revisión 5937/2021. Ponente: Ministra Ana Margarita Ríos Farjat. Resuelto en sesión de 10 de agosto de 2022, por mayoría de votos.

La realidad actual en México nos muestra que las servidoras y los servidores públicos, así como particulares, son las otras fuentes de peligrosidad; los nuevos enemigos del Estado, que en el ejercicio de sus funciones en la Administración pública promueven la multiplicación del lavado de dinero, en la medida que existan vínculos entre servidores públicos y particulares con la delincuencia organizada.

Con el comunicado de prensa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del 10 de agosto de 2022, se reafirma que el derecho penal del enemigo en México es uno de los más importantes tratamientos en materia penal para excluir a los peligros sociales de la sociedad, por las amenazas que representan los miembros de la delincuencia organizada en el país.

La corrupción política, por lo tanto, también es un precedente del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita (lavado de dinero) en México, en donde desafortunadamente la posición de algunos servidores públicos en la Administración pública se ha empleado para encubrir el origen del dinero mal habido y así garantizar su éxito frente a las medidas de fiscalización implementadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

4. RESTRICCIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO MEXICANO A SUJETOS DE ALTA PELIGROSIDAD

La reforma constitucional con respecto a derechos humanos, del 10 de junio del año 2011, marcó un cambio de paradigma en el derecho mexicano, toda vez que el Estado hace la apertura al goce y el disfrute de los derechos humanos y las garantías consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y de los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

El artículo 1.º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) refiere que existe la amplitud y el goce de derechos humanos y garantías para la protección de las personas —principio pro persona— consagrados en la máxima carta magna de nuestro país; también es una realidad la condicionante para su efectividad cuando se alude que su ejercicio no se puede restringir ni suspender excepto en los casos establecidos por la Constitución.

Entonces, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) puede restringir derechos humanos bajo los criterios que establece el propio ordenamiento jurídico que rige al país. De la misma forma, es menester indicar que el Estado mexicano, desde el 24 de marzo de 1981, forma parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), admitiendo legítimamente a dicho organismo internacional hasta el 16 de diciembre de 1988, situación que obliga a México a reconocer los principios en materia penal a rango constitucional para todas aquellas personas que estén cruzando por un proceso de esta índole.

Los principios en materia penal adoptados por el Estado mexicano en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) son los siguientes:

Tabla 2

Principios internacionales en materia penal reconocidos constitucionalmente por el Estado mexicano

Principio	Ley	Artículo/apartado/fracción
Garantía de audiencia; irretroactividad de la ley y formalidades esenciales	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	Artículo 14
Debido proceso; fundamentación y motivación. Oralidad procesal	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	Artículo 16
Prohibición de intervención a cualquier comunicación privada	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	Artículo 16, párrafo XIII
Prisión preventiva de carácter excepcional	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	Artículo 19, párrafo II
Prescripción de la acción penal; suspensión del proceso penal	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	Artículo 19, párrafo XI
Valoración de la prueba; solo aquellas desahogadas en la audiencia de juicio	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	Artículo 20, apartado A, fracción III
Valoración de la carga de la prueba	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	Artículo 20, apartado A, fracción V
Presunción de inocencia	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	Artículo 20, apartado B, fracción I
Derecho a una defensa adecuada	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	Artículo 20, apartado B, fracción VIII

Lo referido evidencia que la convencionalidad —derecho internacional— en materia de protección al ejercicio de los derechos humanos ha permeado en el derecho interno mexicano, como es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), de tal suerte que los principios anteriormente enunciados sirven de contrapeso al poder punitivo del Estado mexicano para otorgar responsabilidad penal.

Bajo esa premisa ideológica, el jurista mexicano y expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Héctor Fix-Zamudio (2010) indica lo siguiente:

- a. En primer lugar, es necesario tomar en cuenta que las Constituciones iberoamericanas han reconocido, con diversos matices, la supremacía del derecho convencional y consuetudinario de carácter internacional respecto del derecho interno, de manera ostensible respecto de la regulación y protección de los derechos humanos, en un nivel superior al del derecho internacional general;
- b. La creación de instrumentos universales y regionales de protección de los derechos humanos, incluyendo los organismos tanto universales como regionales de protección de los derechos humanos en el ámbito internacional. (pp. 583-584)

Es ostensible que los principios en materia penal mencionados con anterioridad son relativos al principio pro persona para que sean aplicados adecuadamente en cada una de las jurisdicciones internacionales de los Estados que forman parte —como es el caso mexicano— de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Esto significa que, a partir de los instrumentos normativos con los que cuenta determinado país, se utilizará el de mayor protección de derechos humanos en beneficio de las personas que atraviesan por algún proceso penal.

Pese a lo cual, en México, el mayor instrumento de protección al ejercicio de los derechos humanos es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), que permite en el artículo 1.º, capítulo I: De los derechos humanos y sus garantías, la restricción de estos bajo los parámetros consagrados por dicho ordenamiento jurídico de conformidad con la supremacía constitucional.

Por lo tanto, desde la perspectiva del funcionalismo normativo del profesor Günther Jakobs, es decir, a partir del derecho penal del enemigo, se pueden restringir los derechos humanos de aquellas personas que cometan infracción alguna a los ordenamientos jurídicos vigentes que regulan la vida en sociedad, toda vez que cuando los sujetos sociales no efectúen su comportamiento a la norma socialmente establecida, es imposible que se puedan materializar las expectativas sociales y, por lo tanto, sean tratadas jurídicamente mediante un derecho penal de excepción, en otras palabras, derecho penal del enemigo por el o los delitos cometidos.

En consecuencia, la primera evidencia de derecho penal del enemigo en México la contiene el artículo 1.º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), así como otros ordenamientos jurídicos que se mencionarán en líneas posteriores del siguiente epígrafe.

4.1. Derecho penal del enemigo en las arquitecturas normativas mexicanas

En la actualidad, la cuantificación de los delitos precedentes a otro delito tipificado como grave en el catálogo de delitos legislados y sancionados en la normatividad mexicana —tal es el caso del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita/lavado de dinero o blanqueo de capitales— le ha dado la posibilidad a las legisladoras y los legisladores de ir expandiendo el sistema jurídico-penal, con el objetivo de sancionar a través del poder punitivo del Estado (*ius puniendi*) la fragmentación a las normas jurídicas

vigentes. Dicho en otras palabras, la amplitud del derecho penal en México sanciona comportamientos de riesgo —no consumados, es decir, relativos— y delictivos —concretizados— que afectan directamente no solo al bien jurídico tutelado, sino también a la sociedad en su generalidad.

El jurista español Jesús María Silva Sánchez (2011) señala respecto a la expansión del derecho penal lo siguiente:

El Derecho penal es un instrumento cualificado de *protección de bienes* especialmente importantes. Sentado esto, parece obligado a tener en cuenta la posibilidad de que su expansión obedezca, al menos en parte, ya a la aparición de nuevos bienes jurídicos —de nuevos intereses o de nuevas valoraciones de intereses preexistentes—, ya al aumento de valor experimentado por algunos de los que existían con anterioridad, que podrían legitimar su protección a través del Derecho penal. Las causas de la probable existencia de nuevos bienes jurídico-penales son, seguramente, distintas. (p. 11)

La sociedad mexicana y los cambios sociales y vertiginosos que ha experimentado con el pasar del tiempo han posibilitado la creación de nuevos bienes jurídicos tutelados por conducto del derecho penal, tal como lo asevera el jurista español Jesús María Silva Sánchez. Sin embargo, este cambio de paradigma en el ámbito jurídico-penal es la consecuencia de las nuevas amenazas y riesgos que podrían poner en desequilibrio el sistema social. En otras palabras, la reconfiguración del derecho penal en México es el resultado de los altos niveles de violencia, riesgos y amenazas que ponen en peligro la vida y la seguridad de las personas en sociedad.

Por tal situación, la restricción al ejercicio de los derechos humanos en el país es una realidad, dado que las arquitecturas normativas que rigen a la sociedad así lo determinan. Evidencia

de ello la encontramos en las leyes positivas del derecho interno mexicano, jurisprudencias emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Opinión Consultiva de la 06/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la que México es parte desde el 24 de marzo de 1981.

Como plantea Gabriela Rodríguez Huerta (2019):

Las restricciones, por tanto, no pueden ser indiscriminadas, solamente se permiten aquellas que responden a razones específicamente enumeradas en los tratados internacionales. De tal manera que el artículo 30 de la CADH no puede ser interpretado como una suerte de autorización general para establecer nuevas restricciones a los derechos por ella protegidos, que se agregaría a las limitaciones permitidas en la regulación particular de cada uno de tales derechos. Por el contrario, lo que el artículo pretende es imponer una condición adicional para que las restricciones, singularmente autorizadas, sean legítimas. (p. 879)

El sistema jurídico-penal en México se divide en al menos dos tipos de derecho penal, el garantista y el de excepción, porque si bien con la reforma constitucional en el ámbito de los derechos humanos del 10 de junio de 2011, se hace la apertura al goce y el disfrute de las garantías y de los derechos humanos contenidos en la carta magna y de los tratados internacionales de los que el Estado mexicano forma parte, también es verdad que la restricción al ejercicio de los derechos humanos en México a sujetos potencialmente peligrosos, esto es, a miembros que se organizan para delinquir o de la delincuencia organizada, es una realidad, porque la relativización de los derechos humanos puede ejecutarse sistemáticamente a partir de los ordenamientos jurídicos vigentes:

Tabla 3*Principios del derecho de excepción en los marcos normativos mexicanos*

Derecho penal del enemigo	Ley, sentencia, jurisprudencia y opinión consultiva	Artículo, fracción, número	Institución
1	Sentencia	293/2011	Suprema Corte de Justicia de la Nación
2	Jurisprudencia	2006224	Suprema Corte de Justicia de la Nación
3	Artículo	30	Convención Americana sobre Derechos Humanos
4	Opinión Consultiva	06/86	Corte Interamericana de Derechos Humanos
5	Artículo	1	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
6	Artículo	29	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
7	Artículo	94, fracción X	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
8	Artículo	217, fracción I	Ley de Amparo

Además, el derecho penal de excepción (derecho penal del enemigo) cuenta con sus propios derechos que se encuentran contenidos en las leyes mexicanas. Estos son los siguientes:

Tabla 4

Principios constitucionales del derecho penal del enemigo en México

Principios del derecho de excepción	Ley	Artículo y fracción
Beneficios a cambio de información	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Ley Federal contra la Delincuencia Organizada	Artículo 20, apartado B, fracción III, párrafo II Artículo 35
Decomiso de bienes sin existencia alguna de sentencia penal ejecutoria	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Ley Federal contra la Delincuencia Organizada	Artículo 22 Artículo 30
Eliminación de beneficios penitenciarios	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Ley Federal contra la Delincuencia Organizada	Artículo 18, párrafos XIII y IX Artículos 42 y 43
Eliminación del secreto bancario	Ley Federal contra la Delincuencia Organizada Código Penal Federal	Artículos 9 y 10 Artículo 400 bis
Extraterritorialidad de la aplicación de la norma penal	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Código Penal Federal	Artículo 19, párrafo VI Artículo 400 bis
Imputación anticipada	Ley Federal contra la Delincuencia Organizada	Artículo 2
Intervención de comunicaciones privadas	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Ley Federal contra la Delincuencia Organizada	Artículo 16, párrafo XIII Artículos 17, 19 y 21
Prescripción prolongada	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Ley Federal contra la Delincuencia Organizada	Artículo 19, párrafo IV Artículos 5 y 6

Privación de la libertad por sospecha	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Código Federal de Procedimientos Penales	Artículo 16 Artículo 286
Reclusión en prisiones de máxima seguridad	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Ley Federal contra la Delincuencia Organizada	Artículo 18, párrafo IX Artículos 42 y 43
Reversión de la carga de la prueba	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Código Penal Federal	Artículo 20, apartado B, fracción V, párrafo II Artículo 400 bis, párrafo VI
Técnicas de investigación	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Ley Federal contra la Delincuencia Organizada Código Penal Federal	Artículo 21 Artículos 9 y 10 Artículo 400 bis
Testigos protegidos	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Ley Federal contra la Delincuencia Organizada	Artículo 20, apartado B, fracción V, párrafo II Artículos 14 y 34

5. MEDIDAS PREVENTIVAS DE SEGURIDAD EN MÉXICO. MEDIDAS CAUTELARES AL IMPUTABLE POTENCIALMENTE PELIGROSO

Las medidas preventivas de seguridad de derecho penal del enemigo —como medidas cautelares— son una realidad en México. Porque si bien los tecnicismos fueron retomados a partir de una realidad alterna (el caso de España), la existencia de dichas medidas de seguridad en las arquitecturas normativas del Estado mexicano no es ajena a las del país europeo, dado que están legisladas a partir de otra tecnicidad.

Estas aplicaciones de poder punitivo del Estado mexicano para confrontar a fuentes potencialmente peligrosas (enemigos) adquieren relevancia por ser medidas preventivas de seguridad con alta dureza punitiva, es decir, de tolerancia cero hacia todos aquellos elementos no-comunicacionales que ponen en riesgo el equilibrio del sistema social. Las no-comunicaciones pueden ser comportamientos infractores del rol social —que cometen delitos— y que, por ende, fragmentan la norma jurídica que regula los comportamientos sociales en este ente llamado sociedad.

En ese tenor, el jurista español Miguel Polaino Navarrete refiere, respecto a la prevención, acertadamente lo siguiente:

la idea de la prevención amplía más el ámbito de finalidades perseguidas por la pena. Esta no se impone porque el sujeto ha delinquido, sino para que el mismo no vuelva a delinquir en el futuro (*prevención especial*: referida a un sujeto en especial, el propio delincuente), o como ejemplo testimonial para que en la Sociedad no se vuelvan a cometer más delitos (*prevención general*: referida a todos los componentes de la Sociedad en general). (Jakobs y Polaino Navarrete, 2006, p. 55)

Esto significa que, ante la infracción cometida que imposibilita el cumplimiento de las expectativas sociales por conducto del rol social, existirá la reprochabilidad por los elementos constitutivos del sistema social. En otras palabras, las personas que han efectuado su comportamiento para ser reguladas normativamente, demandarán que se castigue el comportamiento infractor, el desalineado a la norma jurídica a través del derecho penal del enemigo, tomando en consideración que los comportamientos no regulados por la norma permiten que surtan efectos negativos en la sociedad.

Entre las medidas preventivas de seguridad que existen en México, como medidas cautelares o teóricamente consideradas de

continuidad de la pena para confrontar a los sujetos altamente peligrosos, encontramos las siguientes:

5.1. Control telemático

A partir del funcionalismo normativo del profesor alemán Günther Jakobs, el control telemático podría concebirse como una herramienta geolocalizadora para la identificación de la presencia en el espacio-tiempo del peligroso social.

Siguiendo esa postura, para Emilio José Armaza Armaza (2013), citando a Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, comprende el control telemático de la siguiente manera: «Se entiende que el control telemático (*electronic tagging*) está constituido por toda técnica que posibilite, mediante el uso de un aparato electrónico, la vigilancia telemática de una persona» (p. 220).

Este mecanismo electrónico de supervisión exhaustiva recopila la información para la monitorización de la persona o las personas que hayan infringido la ley a partir del delito cometido. En el Estado mexicano, este concepto no está legislado, como bien se indicó en el epígrafe anterior; sin embargo, el término más próximo podría ser sustituido por el de monitoreo electrónico, que se implementó en el sistema penal en el año 2011, y se encuentra contenido en el artículo 136.º de la Ley Nacional de Ejecución Penal, como se indica en la tabla siguiente.

Tabla 5

Medida cautelar del control telemático para el enemigo en la Ley Nacional de Ejecución Penal

Medida	Ley	Artículo/fracción
Control telemático	Ley Nacional de Ejecución Penal	Artículo 136

5.2. Custodia de seguridad

Cuando el delito es de suma gravedad, la custodia de seguridad se convierte en la norma y no en la excepción para dar tratamiento de derecho penal del enemigo al delincuente por el agravante cometido, ya que el objetivo de las medidas preventivas de seguridad, a partir de la óptica del funcionalismo normativo de Günther Jakobs, consiste en salvaguardar la integridad de las personas que viven en sociedad.

Los profesores Günther Jakobs y Miguel Polaino-Orts (2013) aluden que

La custodia de seguridad es, al mismo tiempo, un ejemplo de irrenunciabilidad de algunas normas de derecho penal del enemigo. Esto no lo digo tampoco en un sentido legitimador, sino descriptivo: un Estado que deba y quiere proteger a sus ciudadanos frente a delitos previsibles no puede evitar dicha institución. (p. 16)

Por su parte, Jesús María Silva Sánchez (2010) menciona:

La pena dice: no esperábamos esto de ti; la medida dice: sí lo esperábamos. Pero si el sujeto eludiera la custodia de seguridad y volviera a cometer un delito, seguiríamos diciendo: no lo esperábamos de ti [...] las medidas de seguridad complementarias a la pena (como la custodia de seguridad para imputables) tienen como fundamento alguna forma de autodegradación del sujeto como agente libre. (p. 2)

La custodia de seguridad, en tanto, tiene la finalidad de relativizar al peligroso social mediante la pena de privación de la libertad por el delito cometido, porque el riesgo latente consiste en que cabe la posibilidad de que el infractor vuelva a incidir en la comisión

de otro tipo de delitos. Por ello, el enemigo, posterior al cumplimiento de la pena, sigue siendo un foco de alerta; una amenaza para el equilibrio de la sociedad.

Tomando en consideración las dos anteriores referencias y trasladándolas al ámbito normativo mexicano, nos remontamos a la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, porque es en este ordenamiento jurídico en donde encontramos la operatividad y el funcionamiento de la medida preventiva de seguridad, custodia de seguridad, así como se indica en la siguiente tabla.

Tabla 6

Medida cautelar de custodia de seguridad para el enemigo en la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública

Medida	Ley	Artículo/fracción
Custodia de seguridad	Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública	Artículo 5, fracción II; artículo 25, fracción XX; artículo 40, fracción XI; artículo 77, fracción VII, IX y X

5.3. Libertad vigilada

La escritora y jurista española Pilar Otero González (2015), profesora titular de Derecho Penal de la Universidad Carlos III de Madrid, España, conceptualiza a la libertad vigilada de la siguiente forma:

es una figura de naturaleza híbrida pues en el fondo se trata de enmascarar, bajo el amplio paraguas de «medida de seguridad», lo que no es sino una pena accesoria de control en la mayoría de las obligaciones que la componen, de ejecución posterior a la pena privativa de libertad aplicada a personas tradicionalmente calificadas como imputables y, por tanto, alejada de los postulados de las demás medidas de seguridad. (p. 40)

Como bien lo indica Pilar Otero González, la libertad vigilada es una medida preventiva de seguridad, porque su papel consiste en limitar la libertad del peligroso social calificado como imputable en determinado contexto jurisdiccional, habida cuenta de que los criterios estipulados por el juez o el tribunal pueden ser, según Emilio José Armaza (2013):

- La prohibición de aproximarse a sus familiares o personas que determine el Juez o el Tribunal;
- Prohibición de comunicarse a sus familiares o personas que determine el Juez o el Tribunal;
- Prohibición de acudir a determinados sitios;
- Prohibición de vivir en determinados sitios. (p. 202)

La libertad vigilada, además de ser una medida preventiva de seguridad, también es un medio de reprochabilidad por la infracción cometida a la sociedad, tanto en cuanto se haya violentado el principio de confianza. En las arquitecturas normativas del Estado mexicano, la libertad vigilada no está legislada como tal, pero el término más próximo a esta es el de libertad condicional contenido en el artículo 136.º de la Ley Nacional de Ejecución Penal (2016), que al pie de la letra menciona puntualmente lo siguiente: «El Juez de Ejecución podrá conceder a la persona sentenciada el beneficio de libertad condicionada bajo la modalidad de supervisión con o sin monitoreo electrónico».

Tabla 7

Medida cautelar de la libertad vigilada para el enemigo en la Ley Nacional de Ejecución Penal

Medida	Ley	Artículo/fracción
Libertad vigilada	Ley Nacional de Ejecución Penal	Artículo 136

Por todo lo dicho, el derecho preventivo sirve a la sociedad con el objetivo única y exclusivamente de salvaguardar la integridad de las personas, tomando en cuenta que el enemigo —el peligroso imputable— sigue siendo una amenaza para la sociedad. Ante esta situación, se justifica el incremento de las medidas de control y vigilancia implementadas por los actuales gobiernos, a causa de los riesgos y las amenazas existentes que pondrían en desequilibrio el sistema social.

Igualmente, el blindaje normativo para lograr el máximo aseguramiento de la sociedad y de sus bienes de carácter colectivo, evidencia que cuando no se cumplen las expectativas sociales —las normas— a través de los roles socialmente asignados, el tratamiento jurídico-penal será de excepción, esto es, de derecho penal del enemigo. Este tratamiento normativo se caracteriza por mantener el aislamiento del sujeto peligroso para favorecer la seguridad de las personas que viven en sociedad. Además, es aquel derecho en donde difícilmente existe la posibilidad de resarcir el daño cometido; porque al ser un derecho de tolerancia cero, no hay vuelta atrás para reincorporarse a la sociedad —llamado, en el derecho penal garantista, reinserción social— y en eso consiste el silencio y la peligrosidad del derecho penal del enemigo del profesor alemán Günther Jakobs.

6. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, nos queda decir que la investigación realizada señala que la importancia del tratamiento jurídico-penal de excepción (derecho penal del enemigo) para las servidoras y los servidores públicos, en el ejercicio de sus competencias en la Administración pública del Estado mexicano, recae principalmente en aquellos sujetos sociales cuyo comportamiento está desalineado de la norma, ya que de esta manera se dificulta o, en su defecto, se

imposibilita garantizar el cumplimiento de las expectativas sociales dictadas por la sociedad, por intermedio de la mínima seguridad cognitiva que represente la persona frente al cargo que le ha sido asignado.

El cambio de paradigma en el derecho mexicano, específicamente en el ámbito penal, tiene por función —desde la perspectiva del funcionalismo normativo— sancionar aquellos comportamientos sociales asociales por medio del poder punitivo del Estado, con la única finalidad de garantizar por lo menos tres propósitos: el primero de ellos consiste en dar continuidad al sentido comunicativo y a la identidad normativa de la sociedad; el segundo, en otorgar el máximo blindaje de seguridad a las personas que constituyen este ente denominado sociedad; y el tercero, en garantizar el Estado democrático de derecho a través de la aplicación de los instrumentos normativos jurídico-penales (internacionales y nacionales), para hacer frente a los riesgos y las amenazas existentes en un contexto en el que ha permeado la violencia por los grupos de poder delincuenciales.

Finalmente, el derecho penal del enemigo del profesor Günther Jakobs en México como tratamiento jurídico-penal de excepción, es decir, restrictivo al ejercicio de los derechos humanos, es una realidad sui generis, en la medida que, como modelo funcional, demanda que los comportamientos de las personas sean regulados normativamente para ser catalogados como tal; de no hacerlo, serán excluidas perdiendo el estatus de persona al no cumplir con los roles y, por ende, con las expectativas sociales que les demanda la sociedad.

REFERENCIAS

- Armaza, E. J. (2013). *El tratamiento penal al delincuente imputable peligroso*. Comares.
- Buscaglia, E. (2015). *Lavado de dinero y corrupción política. El arte de la delincuencia organizada internacional*. Debate.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos (1981). Convención Americana de Derechos Humanos. https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/TrataPersonas/MarcoNormativoTrata/InsInternacionales/Regionales/Convencion_ADH.pdf
- Fix-Zamudio, H. (2010). La creciente internacionalización de las constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos. En A. von Bogdandy, E. Ferrer y M. Morales (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* (t. II, pp. 583-584). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Jakobs, G. (2000). *Persona, norma y sociedad en una teoría de un derecho penal funcional*. Civitas.
- Jakobs, G. y Cancio Meliá, M. (2006). *Derecho penal del enemigo*. Thomson Civitas.
- Jakobs, G. y Polaino Navarrete, M. (2006). *El derecho penal ante las sociedades modernas. Dos estudios de dogmática penal y política criminal*. Grijley.
- Jakobs, G. y Polaino-Orts, M. (2013). *Criminalidad organizada. Formas de combate mediante el derecho penal*. Flores Editor y Distribuidor.
- Lamas, G. L. (2019). *Cibercrimen, bitcoins y lavado de dinero*. Dykinson.

- Mata, N., Dopico, J., Lascuráin, J. A. y Nieto, M. (2018). *Derecho penal económico y de la empresa*. Dykinson.
- Morales, A. (2019, 1 de junio). Conocimientos básicos en PLD/FT. https://www.cnbv.gob.mx/PrevencionDeLavadoDeDinero/Documents/1-1_Conceptos_basicos.pdf
- Naciones Unidas (1988). *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*. https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf
- Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol) (s. f.). Delincuencia organizada. <https://www.interpol.int/es/Delitos/Delincuencia-organizada>
- Otero, P. (2015). *La libertad vigilada aplicada a ¿imputables?: presente y futuro*. Dykinson.
- Pardo, M. del C. (2016). *Una introducción a la administración pública*. Colegio de México.
- Polaino-Orts, M. (2013). *Funcionalismo penal y autodeterminación personal*. Flores Editor y Distribuidor.
- Prado, V. (2007). *El lavado de dinero y la financiación del terrorismo*. Grijley.
- Rodríguez, G. (2019). Suspensión de garantías, interpretación y aplicación. En C. Steiner y M.-C. Fuchs (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario* (2.^a ed., pp. 835-884). Konrad Adenauer Stiftung.
- Silva, J. M. (2010). ¿Es la custodia de seguridad una pena? *InDret*, (2), 1-3.
- Silva, J. M. (2011). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. B de F.

- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2022, 10 de agosto). N.º 287/2022 [Comunicado de prensa]. <https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=7010>
- Vázquez, E. D. (2022a). Derecho penal del enemigo para combatir el delito de lavado de dinero en México. *Miradas*, 17(2), 83-94. <https://doi.org/10.22517/25393812.25247>
- Vázquez, E. D. (2022b). *Derecho penal del enemigo y lavado de dinero en México* [Tesis de maestría]. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Vásquez, E. D. (2022c). El camino a la relatividad normativa: bases metodológicas. *Revista Revoluciones*, 4(9), 192-204. <https://doi.org/10.35622/j.rr.2022.09.0010>