

ARTÍCULOS DE FONDO

ACTUALES DEBATES POLÍTICO-CRIMINALES EN AMÉRICA LATINA A RAÍZ DE LOS IMPACTOS DE LA GLOBALIZACIÓN Y LA MODERNIDAD* **

Moisés Moreno Hernández^{***}

Resumen

Este artículo tiene como propósito analizar el proceso de *internacionalización que ha experimentado el delito*, sobre todo a raíz del fenómeno de la *globalización*, y de sus impactos en el ámbito de la política criminal y del derecho penal, que igualmente se han internacionalizado, así como la influencia que dichos procesos han tenido hacia el interior de los Estados nacionales. Destaca el tratamiento de la delincuencia organizada, la cual ha dejado de ser un problema meramente local o nacional y se ha convertido en uno de carácter *transnacional*, obligando a que las medidas político-criminales ahora se definan y diseñen en el plano internacional.

* Fecha de recepción: octubre, 2018. Aceptado para su publicación: noviembre, 2018.

** El presente artículo, cuyo tema ha sido ya objeto de diversos abordajes, es parte de un desarrollo más amplio que se hace en el libro del autor *Dogmática penal y Política criminal*, de reciente publicación, cuyas primeras ideas se esbozaron en las conferencias dictadas en el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ) de Nicaragua, y publicadas por el mismo Instituto con el título *La internacionalización del delito, de la política criminal y del derecho penal*, en el año de 2009.

*** Director General del Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, A. C. (CE-POLCRIM) y Miembro del Consejo Editorial de la *Revista Académica de la Facultad de Derecho*. Correo electrónico: mmoreno@cepolcrim.org

Abstract

The purpose of this article is to analyze the process of internationalization that crime has experienced, especially as a result of the phenomenon of globalization, and its impacts in the field of criminal policy and criminal law, which have also been internationalized, as well as the influence that these processes have had towards the interior of the countries. It highlights the treatment of organized crime, which has ceased to be merely a local or national problem and has become one of a transnational nature, forcing political-criminal measures to be defined and designed at the international level.

Palabras Clave:

Globalización, internacionalización del delito, delincuencia organizada transnacional, política criminal latinoamericana, terrorismo internacional, política criminal frente a las drogas, transformación del derecho penal.

Keywords:

Globalization, internationalization of crime, transnational organized crime, Latin American criminal policy, international terrorism, criminal policy against drugs, transformation of criminal law.

I. El proceso de globalización e internacionalización y su impacto en la política criminal y el derecho penal en general

I.1 La globalización como un nuevo momento de la política criminal

Ante el incuestionable hecho de que hoy el mundo moderno se caracteriza por la *globalización, la tecnología de punta, los mercados comunes, la unidad de la moneda y las telecomunicaciones, vislumbrándose nuestro planeta como una comunidad, surge igualmente la necesidad de pensar a un nivel internacional cuando de política criminal se trata; pues no hay*

*duda que esa es también la visión que tienen ciertos criminales, quienes actúan no sólo local o nacionalmente, sino multinacionalmente, utilizando las posibilidades transnacionales, sin ser detenidos por frontera alguna. De ahí que ahora se hable de la delincuencia organizada transnacional y de la política criminal, igualmente con esas características, así como de la internacionalización del derecho penal. Paralelo a los procesos de globalización corre también el fenómeno de la internacionalización del delito, sobre todo del crimen organizado y, como consecuencia de ello, el de la internacionalización de la política criminal y del derecho penal que sobre el particular se va generando.*¹

Para abordar este tema, retomo lo afirmado por el profesor Zaffaroni hace ya cerca de veinte años,² quien señalaba que hablar de la *globalización* es hablar de una *relación entre un fenómeno de poder general y otro particular, ambos con sus respectivos discursos e ideologías*. Pero, que la globalización no es solamente un discurso sino también un *nuevo momento de poder planetario*, que, como en los anteriores momentos,³ es una realidad de poder que llegó y no es reversible; por ello, la globalización también cambia la perspectiva del mundo en el sentido de un *nuevo marco significativo para todas las cosas*, cuyo discurso legitimante es el *pensamiento único*.⁴

¹ Véase: Moreno Hernández, Moisés, "Implicaciones dogmáticas del proceso de globalización e internacionalización de la política criminal y del derecho penal", en *Globalización e Internacionalización del Derecho Penal. Implicaciones político-criminales y dogmáticas*, México, CEPOLCRIM, Ed. Ius Penale, 2003, pp. 369 y ss.; del mismo, "Estado de Derecho y Orden Jurídico penal", en *III Jornada Internacional*, organizada por el Centro de Ciencias Penales y Política Criminal, Conferencia dictada en Asunción, Paraguay, agosto de 2005.

² Zaffaroni, E. Raúl, "La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal", trabajo presentado en el *II Seminario Internacional de Derecho Penal: "La dogmática penal y la política criminal en el momento actual"*, organizado por CEPOLCRIM, 22 al 26 de febrero de 1999, México; publicado en *Nueva Doctrina Penal*, 1999/A, y reproducido en otras publicaciones, como *Estudios de Derecho Penal, Libro-homenaje a Domingo García Rada*, Lima, 2006.

³ Es decir, en términos de Zaffaroni, el momento de la revolución mercantil y el colonialismo (s. XV y XVI), el de la revolución industrial y el neocolonialismo (s. XVIII y XIX) y el de la revolución tecnológica y la globalización (s. XX y XXI), son tres momentos de poder planetario.

⁴ Ciertamente, destaca Zaffaroni, los anteriores momentos de poder produjeron sus respectivos horrores; así, es incuestionable que el industrialismo causó genocidios neocoloniales, las pavorosas explotaciones del centro sobre la periferia, pero también la democracia, la república, las ideas revolucionarias y la conciencia de los derechos humanos, y la globalización abre perspectivas análogas; pero ante ello, dice, los penalistas no debemos asumir actitudes apocalípticas *ni integradas*, sino *críticas* frente a un cambio de paradigma que tiende a alterar el significado de todas las cosas.

Atendiendo a ello, el profesor *Zaffaroni* sintetiza los principales *rasgos característicos* del nuevo momento de poder planetario en los siguientes términos:

- a) La revolución tecnológica es, ante todo, comunicacional: la velocidad de la comunicación aumenta a límites insospechados hasta hace pocos años;
- b) Se produjo una reducción del poder regulador económico de todos los Estados, aunque en diferente medida, invocando la necesidad de favorecer un mercado mundial;
- c) Se acelera la concentración de capital, con evidente predominio del financiero;
- d) Se desplazan los capitales con costo cero hasta donde se hallan mayores rentas, por lo general a costa de reducción de costos por recorres de personal;
- e) El poder político compite por atraer esos capitales, o sea, los políticos compiten por reducir su poder, especialmente en los países periféricos;
- f) El uso del salario y del empleo como variable de ajuste provoca creciente desempleo y deterioro salarial;
- g) Como resultado de todo lo anterior, los Estados perdieron su capacidad de mediación entre capital y trabajo;
- h) Los sindicatos carecen de poder para reclamar contra esa situación;
- i) La especulación financiera adopta formas en las que cada vez se tornan más borrosos los límites entre lo lícito y lo ilícito;
- j) Los refugios fiscales para capitales de origen ilícito son conocidos por todos y nadie los obstaculiza;
- k) El afán de atraer capitales lleva a reducciones de la recaudación fiscal, que no alcanzan a comprender los crecientes impuestos al consumo, pagados por los de menor renta;
- l) Las consecuencias sociales y políticas de la globalización revelan la existencia de una ideología anárquica cuando se trata de legitimar tal situación.⁵

⁵ *Op. cit., loc. cit.*

Al trasladar esta situación al ámbito del *sistema penal*, Zaffaroni afirma que el espectáculo parece más insoportable, porque es más disparatado: “Las prohibiciones estatales sólo sirven para aumentar las rentas de los mil tráficos prohibidos”.⁶ El desconcierto ideológico en los discursos del sistema penal —sean jurídicos, criminológicos o político criminales— es más grave, pues —dice— hay “ausencia de categorías del pensamiento”, ya que “*la globalización ha enterrado definitivamente el viejo paradigma del simplismo etiológico*”. Hubo momentos altos, como el derivado del *iluminismo penal* de la segunda mitad del s. XVIII y primera del XIX, y momentos de profunda decadencia, como el fundacional de la *inquisición* (s. XV) o el de su resurgimiento en el *positivismo peligrosista* (segunda mitad del s. XIX y principios del XX); y ahora se hace extremadamente difícil diferenciar el derecho penal con objetivos de política criminal (Roxin) sin tener en cuenta esta abrumadora complejidad, por lo cual no es extraño que se opte por dejar de lado esas referencias y se prefiera volver a construcciones deductivas de tipo más o menos kantiano o hegeliano, sea que esto se lleve a cabo por vía de una radicalización del pensamiento sistémico en sociología (Jakobs) o de una asunción directa de la ética idealista (Köhler); regresión que no es extraña.

En fin, dice Zaffaroni que la globalización, a diferencia del industrialismo, es *más irracional* y menos creativa, pues acude a ideologías de siglos pasados: no inventa *ciencias* sino que acude a *mitos*: el equilibrio natural de los mercados a nivel planetario y la *eficacia preventiva del poder punitivo* en lo nacional. Por ello, concluye que “no es de extrañar esta decadencia, porque es sabido que cuanto más irracional es el ejercicio del poder, menor es el nivel de elaboración discursiva con que se pretende legitimarlo”.⁷

I.2 La transformación del delito y de la política criminal

Pues bien, siendo el *delito el objeto de atención de la política criminal y del derecho penal*, estos se ven impactados si dicho objeto experimenta cambios. Por ello, si el delito se internacionaliza, si trasciende las fronteras nacionales y ramifica sus actividades en amplios ámbitos de influencia, también la política criminal y el derecho penal se internacionalizan, y esa internacionalización acarrea otras consecuencias, como la crisis de ciertos principios fundamentales que han dado sustento al concepto con-

⁶ El mundo parece sin timón: cada personaje, por poderoso que se crea o manifieste serlo, aparece como un microchip descartable en un enorme ingenio electrónico: *no puede dejar de hacer lo que hace, so pena de inmediato reemplazo*. Véase: Zaffaroni, *Op. cit.*

⁷ *Ídem.*

*temporáneo de Estado-Nación y la crisis de criterios y principios que han orientado a la política criminal y al derecho penal tradicionales de Estados democráticos de derecho.*⁸ Dicho fenómeno de internacionalización del delito ha evidenciado, igualmente, la crisis de determinadas medidas político-criminales y ha motivado que ellas sean sometidas a revisiones y a constantes transformaciones; de ahí que el propio derecho penal, como medida político-criminal de control social que es, también ha sido sometido a procesos de transformación con la idea de responder a exigencias de la hora.

*Hablar de internacionalización del delito en los tiempos actuales es referirse a una serie de fenómenos que se presentan hacia el interior de los Estados nacionales y que, debido a múltiples factores, trascienden las fronteras nacionales, ramificando sus actividades y logrando con ello que crezcan notablemente sus ámbitos de influencia. El ejemplo más representativo de esta internacionalización o transnacionalización del delito lo es, sin duda, el fenómeno del narcotráfico, que desde hace algunas décadas aqueja a varios países del mundo, destacando los países de la región latinoamericana. Ciertamente, las diversas actividades que se desarrollan y que van desde la siembra o producción del estupefaciente o psicotrópico hasta la distribución al consumidor, pasan por una cadena empresarial semejante a la desarrollada por las transnacionales, ya que cuenta con una distribución muy bien organizada del trabajo en el lugar de siembra y cultivo o producción. Para su procesamiento se utilizan, además, una serie de insumos y precursores que bien que mal se obtienen de la industria nacional. La transportación de los productos acabados desde el lugar de origen hasta el destino final de consumo, v.gr. de Colombia a Estados Unidos o a Europa, requiere también de la connivencia de algunas autoridades que se encargan de combatirlas; las que, adicionalmente, no cuentan con la tecnología de punta que normalmente posee la delincuencia organizada, además de que se encuentran limitadas en su actuación por la propia legislación nacional. Ahora bien, si consideramos que para transportar la droga se requiere el tránsito por más de un país,⁹ se podrá fácilmente observar que los problemas se multiplican, ya que el paso por el territorio va creando, además, mercados de consumo, con lo que también se afecta la salud pública de los países de tránsito.*¹⁰

⁸ Sobre todo en el ámbito de Europa occidental y en países que se han visto fuertemente influenciados por el derecho continental europeo como son los países de la región latinoamericana.

⁹ Como el caso de México, que la droga que viene del sur y pasa a los Estados Unidos.

¹⁰ Cfr. sobre esto: H. Smith, Peter, *El combate a las drogas en América*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993; García Ramírez, Sergio, *Narcotráfico: un punto de vista mexicano*, México, Ed. Porrúa, 1989; Kaplan, Marcos, *Aspectos Sociopolíticos del Narcotráfico*, México, INACIPE, 1990; véase, también, el *Anteproyecto de Ley Federal de Narcotráfico y Control de Drogas*, PGR, 1992 (inédito), así como la *Exposición de Motivos de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada*, que entró en vigor en 1996.

En fin, desde hace ya unas décadas estamos frente a un fenómeno delincuencial con capacidad organizativa para operar simultáneamente en todo un continente o en más de uno, con recursos que, en ocasiones, superan las posibilidades financieras de los países en que actúa, y con una penetración en las esferas del poder y del dinero hasta ahora incomparables. Y, como las cantidades de dinero que genera este negocio ilícito son descomunales¹¹ y es difícil moverlas financieramente por su volumen, los criminales encontraron en el *lavado de dinero una forma común para darle una cara limpia a sus ganancias*.¹² Pero, como también lo señaló Zaffaroni,¹³ el llamado *crimen organizado se fue convirtiendo en la regla y cada día los Estados han tenido menos posibilidades de contenerlo, porque ellos mismos han sido víctimas de sus extorsiones*.

Ahora bien, como se ha dicho, la transformación del delito también ha obligado a que la política criminal y el derecho penal se transformen; pero, esa transformación ha implicado —más que otra cosa— la introducción de medidas más drásticas, que no pocas veces rayan en lo irracional, poniendo en entredicho principios a los que se había atribuido la función de contener el poder penal y que son orientadores de la política criminal y del derecho penal tradicionales de Estados democráticos de derecho. En efecto, no han faltado las medidas extremas, que se apartan de los límites propios de sistemas penales *democráticos y se ubican en los de corte autoritario o totalitario*. *De ahí que no es extraño que dentro de un mismo ámbito, nacional o internacional, se observe la co-existencia de políticas criminales con tendencias opuestas: por una parte, la que busca que el sistema de justicia penal se acomode cada vez más —tanto en el plano formal como en el material— a las exigencias de sistemas democráticos de derecho, y, por otra, la que opta preferentemente por estrategias eficientistas, que sólo posibilitan al órgano de control un ensanchamiento de su potestad punitiva, so pretexto de ser más eficaces, flexibilizando exigencias legales, rebasando límites constitucionales y limitando derechos humanos y garantías individuales. Pero, en donde se observa una coexistencia así, se cuestiona seriamente si todavía puede hablarse de un sistema penal de corte democrático.*

¹¹ Ya desde hace más de veinte años se afirmaba que la delincuencia organizada, dado su carácter transnacional, era identificada como todo un sistema económico clandestino con ingresos que sobrepasaban el Producto Interno Bruto de algunas naciones; y el narcotráfico, que era —y es— uno de sus componentes principales, además de arrojar exorbitantes ganancias, implica la evasión fiscal y las prácticas comerciales restrictivas para eliminar la competencia. Cfr. González Ruiz, Samuel, y otros, *Seguridad pública en México. Problemas, perspectivas y propuestas*, México, UNAM, 1995.

¹² Véase sobre esto Castañeda Jiménez, Héctor F., *Aspectos socioeconómicos del lavado de dinero en México*, México, INACIPE, 2ª edición, 1992; véase, también, Moreno Hernández, Moisés, *Política criminal y Reforma penal*, México, CEPOLCRIM, Ed. Ius Penale, 1999, pp. 303 y ss.

¹³ Cfr. Zaffaroni, E. Raúl, "La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal", pp. 9 y ss.

II. Características de la política criminal y del derecho penal de la globalización

II.1 Irrracionalidad de medidas político-criminales

Como se dijo, a diferencia del industrialismo, la globalización es *más irracional* y menos creativa, y esa decadencia no debe extrañar, porque es sabido que “cuanto más irracional es el ejercicio del poder, menor es el nivel de elaboración discursiva con que se pretende legitimarlo”. Así, esa *irracionalidad* se muestra, por ejemplo, en el hecho de que:

lo que antes fueron delitos contra la economía nacional —como acaparamiento, alteraciones artificiales de los mercados, aprovechamiento de información confidencial, evasiones impositivas, monopolios y oligopolios, e incluso conductas que bordean las tipicidades nacionales de delitos menos sofisticados, como extorsión y estafa— son ahora conductas lícitas en la economía mundial. En ausencia de poder regulador o criminalizante en el plano internacional, se trata de conductas impunes, con la particularidad de que se cometen en proporciones macroeconómicas, es decir, que importan cifras astronómicas.¹⁴

De este modo, el *crimen organizado* se fue convirtiendo en la regla y cada día los Estados han tenido menos posibilidades de contenerlo, porque —como se ha dicho— son ellos mismos “víctimas de sus extorsiones”. Por ello, los más graves delitos ecológicos son cometidos por el propio poder económico planetarizado por la globalización; y nada hay que detenga la destrucción acelerada de las condiciones de vida planetaria, lo que muestra, como dato objetivo, “el claro efecto de la *anomia generalizada*.”¹⁵

Dentro de este mismo contexto de la internacionalización del delito y de la política criminal se observan también algunas *tendencias claramente autoritarias que van determinando la orientación de los sistemas penales, como las provocadas por el fenómeno del terrorismo, que se evidenció con las medidas político-criminales generadas a raíz de la agresión del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York y Washington*.¹⁶ Ciertamente,

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ *Idem*; Véase, también, del mismo, *El enemigo en el derecho penal*, Madrid, Dykinson, 2006.

¹⁶ Que trajo como consecuencia la muerte multitudinaria de personas.

esos actos terroristas determinaron la generación de instrumentos jurídicos para enfrentar el *terrorismo internacional*, como la orden militar emitida el 13 de septiembre de 2001 por el presidente de los Estados Unidos como respuesta a esa agresión, denominado “detención, trato y juicio de ciertos no ciudadanos en la guerra contra el terrorismo”, que adoptó una tendencia claramente autoritaria, pues se apartó de toda justicia de corte democrático, en virtud de que —además de someter a los involucrados a la justicia militar, excluyendo la intervención de los tribunales ordinarios—, desconoció los principios fundamentales y garantías propias del Derecho penal moderno, bajo el pretexto de que se trata de terroristas.¹⁷

Y, lo propio puede decirse con relación a los actos terroristas de 2004 en España y los de 2005 en Inglaterra (7/7), así como los que más recientemente se han dado en Francia y en otros países del mundo hasta ahora, cuyas causas son más o menos conocidas, pero aún impredecibles sus consecuencias.

II.2 Diversas reacciones frente al endurecimiento de las medidas político-criminales

Es claro que, ante fenómenos delictivos como los descritos, los discursos políticos han destacado que los tradicionales instrumentos político-criminales, diseñados para un tipo tradicional de delincuencia, son insuficientes para afrontar al crimen organizado —nacional o transnacional—; por ello, son necesarias nuevas alternativas político-criminales que resulten más eficaces ante una delincuencia que trasciende fronteras y se hace cada vez más violenta, como el caso del terrorismo. Es decir, si la legislación nacional está en principio diseñada para investigar y juzgar la delincuencia tradicional o convencional, conformada por los delitos cometidos en su territorio y contra intereses específicos de la sociedad nacional, mas no para asimilar crímenes cometidos fuera de sus fronteras y que afectan no solo a otras naciones sino a la comunidad internacional, como es el caso del crimen organizado transnacional, entonces la transformación que se da en el campo del delito obliga, por una parte, a que el tradicional enfoque criminológico —diseñado para explicar el fenómeno delictivo convencional o común— también se reoriente ante un fenómeno más complejo y, por otra,

¹⁷ Cfr. García Ramírez, Sergio, “Normas penales para la ‘guerra contra el terrorismo’”, en *Criminología*, Año LXVIII, No. 1, México, enero-abril, 2002, pp. 3 y ss. Véase sobre este tema, también, Gil Gil, Alicia, “La expansión de los delitos de terrorismo en España a través del delito de pertenencia a organización terrorista”, en *Terrorismo y derecho penal*, Kai Ambos, E. Malarino y Ch. Steiner (editores), Colombia, Konrad Adenauer Stiftung, Cedpal, 2015, pp. 331 y ss.

que tanto la política criminal como el derecho penal igualmente se transformen. En fin, si esa situación ha puesto en jaque a las medidas político-criminales tradicionales y, también, ha puesto de manifiesto que no se puede seguir luchando contra delincuentes del siglo XXI con los métodos propios del siglo XIX,¹⁸ la política criminal tiene que transformarse, atendiendo a la naturaleza misma y a la complejidad de cada fenómeno delictivo.

Ahora bien, no obstante las peculiares características de la delincuencia organizada,¹⁹ no ha habido una única orientación de las actitudes y medidas político-criminales que se han adoptado frente a ella, sino que ha habido diversas tendencias. Así, por un lado, se sugiere propiciar un mayor endurecimiento de las medidas penales y fomentar el rechazo a una posible *legalización o despenalización con relación a ciertas conductas*,²⁰ así como introducir estrategias procesales que limiten ciertos derechos de autores o partícipes, por considerar que tales medidas pueden resultar más eficaces, incluyendo aquellas que son caracterizadas como *medidas de excepción*. *Por el otro, en cambio, se opina que la delincuencia organizada, incluyendo al terrorismo internacional, puede también enfrentarse eficazmente a través de medidas democráticas; por lo que, en lugar de endurecerlas y de limitar garantías, se sugiere buscar y aplicar medidas más inteligentes y racionales que no vulneren innecesariamente derechos y garantías. Asimismo, hay posiciones intermedias o eclécticas que sugieren que, siendo la delincuencia organizada un fenómeno complejo y multifactorial, se aplique una política criminal integral, más planificada, coherente y consistente, que no se limite a las medidas represivas de carácter penal sino que incluya preferentemente a las de prevención, y procure ser menos irracional.*²¹

En virtud de que la delincuencia organizada ha dejado de ser un problema meramente local o nacional y se ha convertido en uno de carácter transnacional, ha obligado a que las medidas político-criminales se definan

¹⁸ Cfr. Tirado Estrada, Jesús J., "El EUROJUST: ¿El paso definitivo hacia un nuevo marco de cooperación judicial internacional en la Unión Europea?", en *Criminalia*, Año LXVIII, No. 1, enero-abril, 2002, pp. 76; quien afirma: "mientras los delincuentes se organizan con estructuras transnacionales cada vez más sofisticadas, dotadas de 'departamentos' especializados y altamente profesionalizados, y encuentran cada vez más facilidades para el ejercicio de estas actividades por la eliminación de fronteras, la libertad de circulación de mercancías, capitales, servicios y personas, y las innovaciones tecnológicas; los encargados de la lucha contra el delito —especialmente en el ámbito judicial— carecen de medios, conocimientos y organización mínimamente adaptados a los tiempos que corren y a la criminalidad que se pretende combatir".

¹⁹ Que por cierto su conceptualización no es aceptada por todos en el ámbito académico.

²⁰ Como sucede, por ejemplo, con relación al problema de las drogas, concretamente el de la marihuana.

²¹ Véase: Moreno Hernández, Moisés, *Op. cit.*

y diseñen en el plano internacional, por ser de interés de muchos países del mundo; por ello, se han generado instrumentos jurídicos internacionales, como ciertas convenciones que se ocupan específicamente de la materia. En efecto, desde la última parte del siglo XX los países miembros de la comunidad de naciones han suscrito importantes documentos para la lucha contra la delincuencia organizada, aprovechando la experiencia de relaciones bilaterales; y, así como sucede con el fenómeno de la globalización, cada día son más las naciones involucradas en estas importantes tareas.

Así, desde hace casi tres décadas la propia organización de las *Naciones Unidas* ha reiterado la necesidad de dotar de facultades suficientes a los órganos encargados de hacer cumplir la ley, con el objeto de aumentar su eficiencia, pero sin menoscabo de la salvaguarda de los derechos humanos, siendo uno de sus importantes instrumentos multilaterales la *Convención de Viena de 1988*,²² que reúne la experiencia internacional para combatir el tráfico de drogas.²³ Pero, aun cuando ella señala la necesidad de *aumentar la eficacia de los órganos encargados de hacer cumplir la ley, estableciendo métodos de vigilancia basados en las telecomunicaciones y en la electrónica, así como poniendo en práctica nuevos métodos para seguir el rastro del dinero*,²⁴ también señala que ello debe hacerse *sin menoscabo de la salvaguarda de los derechos humanos*. Otro instrumento internacional en este sentido es la *Convención de Palermo del año 2000*,²⁵ la cual se ocupa de la *delincuencia organizada transnacional* y se sustenta en la siguiente premisa:

Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales. Si los enemigos del progreso y de los derechos humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr

²² *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas*, aprobada por la Conferencia en su sexta sesión plenaria celebrada en Viena, Austria el 19 de diciembre de 1988.

²³ Esa *Convención* fue suscrita por México, a partir de la cual se dio origen a la *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada* de 1996.

²⁴ Así como el intercambio de información entre Estados y la actualización de leyes para el establecimiento de barreras más sólidas entre los mercados financieros legales y el mercado de capitales ilegalmente adquiridos, y la celebración de acuerdos de cooperación aplicables al financiamiento extranjero y a las operaciones que entrañen transferencias electrónicas internacionales de fondos; entre otras medidas.

²⁵ *Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, Palermo, 2000; la que, en principio, sigue la orientación político-crimal de la *Convención de Viena* (1988).

sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer la delincuencia, la corrupción y la trata de personas.²⁶

Además de los instrumentos señalados, se han generado otros que se ocupan específicamente de ciertos problemas de delincuencia organizada, como los relativos al lavado de dinero, al terrorismo internacional, a la trata de personas, al tráfico de personas, entre otros.

Frente a ese conjunto de medidas de control institucional elaboradas en el plano internacional, que sin duda han tocado fuertemente diversos intereses, se han observado reacciones o actitudes diferentes: desde aquellas que las justifican y aplauden,²⁷ hasta las que las rechazan y critican férreamente,²⁸ sin faltar las que han traído como respuesta ataques velados de parte de organizaciones delictivas, que se manifiestan, por ejemplo, a través del descrédito mediante la publicidad de medidas político-criminales,²⁹ que ponen en peligro su propia existencia.

Aun cuando en el plano teórico prevalece la tendencia hacia la consolidación de sistemas penales que respondan a exigencias *democráticas*, *que reconozcan límites al poder penal estatal y garanticen de manera más amplia los derechos humanos, en el plano de la realidad práctica no se observa la misma orientación. Puede decirse que en el ámbito de aplicación de las medidas político-criminales por parte del estado, prevalece aún la tendencia de seguir endureciendo y ensanchando las medidas penales hasta límites irracionales e insospechados.*³⁰ Esta tendencia ha tomado como pretexto el incremento de la *delincuencia organizada*,³¹ pero también se basa en la creencia errónea sobre la eficacia de tales medidas.

²⁶ Annan, Kofi A., "Prefacio" de la Convención, Naciones Unidas, Nueva York, 2004.

²⁷ Por ejemplo, en las propias instancias oficiales.

²⁸ Como se observa principalmente en el ámbito académico y en ciertas organizaciones de la sociedad civil.

²⁹ Así como la ley anticrimen.

³⁰ Tendencia que se manifiesta tanto en la abundante creación de nuevos tipos penales, en los que al parecer no queda muy claro cuál es el interés jurídico que se trata de proteger, como sucede con los llamados delitos de *peligro abstracto*, como en el incremento desproporcionado de las punibilidades, que han alcanzado límites claramente irracionales; asimismo, se limitan o suprimen beneficios procesales, entre otras expresiones.

³¹ Véase sobre esto: Anthony, Serge y Ripoll, Daniel, *El combate contra el crimen organizado en Francia y en la Unión Europea*, México, PGR-Servicio de Cooperación Técnica Internacional de la Policía Francesa en México, 1995; Falcone, Giovanni, *La lucha contra el crimen organizado. La experiencia de Giovanni Falcone*, INACIPE, México, 1992; Arrieta, Carlos G. y otros, *Narcotráfico en Colombia*, Bogotá, Tercer Mundo Editores, 1993; entre otros.

Igualmente, con relación a las medidas extremas frente al *terrorismo* ha habido reacciones diferentes; así, frente a quienes las justifican o promueven, García Ramírez ha afirmado que, “no hay duda que los hechos del 11 de septiembre son criminales y, por tanto, ameritan juicio y condena”; pero, que tampoco hay duda de que en este caso —como en cualquier otro— “es también preciso proceder con aprecio por el Derecho y subordinación a sus normas”. Por lo que, instrumentos como el emitido por el gobierno norteamericano —que posibilitan y justifican actos como la tortura— deben ser totalmente rechazados, pues, “nada nos asegura que las disposiciones derogatorias de derechos y libertades que se han expedido en la gran nación norteamericana no servirán como acicate y modelo para futuras leyes vernáculas que propongan sus propias versiones de retroceso y autoritarismo”.³²

Por ello, en el mundo moderno, caracterizado por la globalización y los hechos violentos como el terrorismo, resulta ineludible pensar en la necesidad de unir esfuerzos, tanto en el ámbito nacional como en el plano internacional, para acceder a mejores perspectivas de solución frente al problema de la delincuencia, diseñando conjuntamente una política criminal que corresponda con los signos de los tiempos, que realmente pueda garantizar —de manera racional— la superación del problema, y asignarle al derecho penal los límites racionales de su intervención, para así sacar al actual sistema penal de la crisis en que se encuentra y generar uno que sea más funcional y justo.³³ Es decir, aún en el caso del derecho internacional penal, que se diseña para hacerle frente a fenómenos como el terrorismo internacional, habrá que desechar el *autoritarismo* y *pugnar por la observancia de principios fundamentales propios de sistemas penales de corte democrático, como los principios del derecho penal material y los del debido proceso, que garanticen un juicio justo pero funcional*. Ciertamente, no puede cuestionarse que los efectos del terrorismo internacional —que cada vez adquiere mayores dimensiones— son devastadores, sumamente lamentables y reprobables; pero, precisamente por ello, resulta obligado reflexionar con mayor cuidado sobre las medidas para enfrentarlo de manera racional y eficaz, y cuestionarse sobre si el derecho penal puede ser una de esas medidas y en qué medida.

³² *Op. cit.*, loc. cit., p. 14.

³³ Véase sobre esto, Grupo de Estudios de Política Criminal, *Una alternativa a la actual política criminal sobre terrorismo*, en http://www.gepc.es/docs/Propuesta_alternativa_sobre_terrorismo.doc

Pero, también habría que tomar en cuenta opiniones como la de Paredes Castañón, quien sostiene que:

en el plano teórico, deberíamos ir más allá de la crítica fácil a las prácticas abusivas, a las legislaciones excesivamente extensivas y/o ineficaces y a las políticas criminales autoritarias, para profundizar en el sentido último de los dispositivos políticos que la construcción del hecho social del “terrorismo” permite activar. Expresado en ejemplos: es fácil criticar Guantánamo, la incomunicación de acusados de terrorismo en la legislación española que facilita la tortura o el discurso de Jakobs acerca del *Derecho penal del enemigo*. Hay que hacerlo, sin duda, hay que criticar todo esto. Pero me parece que, más que criticarlo teóricamente, ya que la crítica es sencilla, lo que hay que hacer es movilizarse prácticamente, políticamente contra los abusos graves de derechos humanos, contra las políticas criminales autoritarias y contra los discursos que los disculpan o justifican. Si, por el contrario, hablamos de teoría, me parece que deberíamos buscarnos blancos menos fáciles. Deberíamos, en concreto, afrontar el hecho de que tantos que critican —con razón— a Jakobs, luego justifican legislaciones antiterroristas que no son menos autoritarias que aquellas que el discurso de Jakobs podría eventualmente llegar a justificar. Y que, por consiguiente, no hace falta ser un fervoroso creyente en el discurso del *Derecho penal del enemigo* para defender dichas políticas.³⁴

III. Los actuales debates político-criminales en la región latinoamericana

III.1 La globalización y la delincuencia organizada en la región latinoamericana³⁵

También los países de la región latinoamericana se han visto impactados por el fenómeno de la *globalización, la tecnología de punta, los mercados comunes³⁶ y las telecomunicaciones; por lo que, igualmente hay la*

³⁴ Paredes Castañón, José Manuel, “El ‘terrorista’ ante el Derecho penal: por una política criminal intercultural”, en *Nuevo Foro Penal*, No. 74, enero-junio 2010, Universidad EAFIT, pp. 99 y ss., quien además sugiere tomar en cuenta el aspecto moral de las diferentes culturas y religiones como límite que no debería ser nunca rebasado.

³⁵ Al hablar de la región latinoamericana se abarca, por supuesto, la problemática de México.

³⁶ Así, por ejemplo, el *Tratado Trilateral de Libre Comercio*, firmado por los países de América del Norte (Canadá, Estados Unidos y México), que ahora está siendo objeto de revisión y modernización. Lo propio puede decirse con relación a la unificación económica del *Cono Sur* a finales del siglo XX. El MERCOSUR representó no sólo una unión aduanera sino un movimiento que pretendía y pretende

*necesidad de pensar a un nivel regional cuando de política criminal se trata.*³⁷ Es decir, los cambios que se dan en la realidad socio-económica, política, cultural, científica y técnica de la región, así como los cambios que van produciendo fenómenos como el *terrorismo internacional*, van generando nuevos problemas, creando nuevas situaciones de riesgo o de emergencia para los bienes individuales y colectivos y, por ello, nuevas exigencias que justifican la intervención del Derecho penal, de la misma manera como ha sucedido en otras épocas frente a fenómenos análogos. En efecto, el desarrollo científico y tecnológico ha implicado, por una parte, la generación de nuevos intereses que requieren protección así como el desarrollo de nuevas formas de afectación de esos y otros bienes jurídicos y, por otra, la generación de reacciones estatales nuevas, que se traducen o bien en la creación de nuevas figuras delictivas, en el incremento desmesurado de las penas o en la flexibilización de exigencias legales para posibilitar una actuación menos limitada del órgano encargado de la persecución de los delitos, entre otros.

No puede negarse que el fenómeno delictivo ha experimentado en los últimos tiempos importantes transformaciones cuantitativas y cualitativas en distintos países de la región. Desde el punto de vista cuantitativo, el natural desarrollo de las cosas ha traído como consecuencia un aumento de cierto tipo de delincuencia, sobre todo violenta, atribuible a diversas causas: crecimiento desmesurado de la población; mayor inequidad en la distribución de la riqueza; menores fuentes de trabajo y, por tanto, menores oportunidades en las actividades lícitas; mayor impunidad e incremento de la inseguridad pública, que revelan la falta de funcionalidad

una integración social, cultural y política de la región; este bloque lo integran —en calidad de Estados miembros—: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela; Bolivia aún se encontraba en proceso de adhesión.

³⁷ Siendo muestra de ello, la idea surgida en Chile a principios de la década de los sesenta del siglo XX de contar con un *Código Penal Tipo para América Latina*, que 30 años después se retomó incluso con la pretensión de generar un *Código Penal Tipo Iberoamericano*, que se trabajó hasta 2006. Lo propio sucedió con la legislación procesal penal, pues en 1989 se concluyó el proyecto de *Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica*, que, si bien sólo tuvo la pretensión de servir de modelo, representó la mayor expresión de los procesalistas de uniformar la legislación procesal en la región y de la cual ha derivado la tendencia reformadora en la mayoría de los países latinoamericanos, que tiene como propósito fundamental el establecimiento o el fortalecimiento del *sistema procesal acusatorio y oral*, que actualmente ocupa la mayor atención. Argentina presentó en los primeros años del siglo XXI un anteproyecto de *Código Penal* que el ministerio de Justicia y Derechos Humanos de este país encargó a diferentes académicos y especialistas argentinos y en el que, por primera vez, se incluían bienes jurídicos fundamentales para el desarrollo de la región y para el derecho penal internacional. Véase: Bailone Matías, *La legislación penal en el camino para la armonización: la experiencia europea y latinoamericana*, La Paz, Bolivia, 2008; véase también, Moreno Hernandez, *Globalización e Internacionalización del Derecho Penal. Implicaciones político-criminales y dogmáticas*, pp. 369 y ss.

de los sistemas de seguridad pública y de justicia penal; carencia de mecanismos eficaces para el combate a la corrupción; entre otras. Desde la perspectiva cualitativa, la delincuencia también ha manifestado una gran transformación con el desarrollo del crimen organizado, que deja de ser un problema meramente local o nacional para convertirse en uno de carácter internacional, dando origen al crimen organizado transnacional; por lo que, ya no sólo interesa a un país sino a muchos países de la región, e incluso a la comunidad internacional.

Lo anterior quiere decir que los países de la región latinoamericana no escapan al fenómeno de la globalización ni son ajenos al problema de la internacionalización y de la modernización del delito por los avances tecnológicos. Pero, al transformarse el delito, como es el caso de su transnacionalización, también se ven impactados por la transformación de la política criminal y del derecho penal; lo que quiere decir, que la orientación y los alcances de la política criminal y del derecho penal de los países se va determinando e imponiendo desde el plano internacional, a través de los instrumentos internacionales que al respecto se van generando.

Como se ha señalado ya, en el ámbito latinoamericano el ejemplo más representativo de la transnacionalización del delito lo constituye el fenómeno del narcotráfico, que aqueja a varios países de la región, como Colombia, México, Bolivia, Perú, entre otros;³⁸ pues se ha puesto de relieve que las diversas actividades que se desarrollan y que van desde la siembra o producción del estupefaciente o psicotrópico hasta la distribución al consumidor, pasan por una cadena empresarial semejante a la desarrollada por las transnacionales, ya que cuenta con una distribución muy bien organizada del trabajo en el lugar de siembra y cultivo o producción. Se trata, pues, de un fenómeno delincencial con capacidad organizativa para operar simultáneamente en todo el continente y fuera de él, con recursos que, en ocasiones, superan las posibilidades financieras de los países en que actúa, y con una penetración en las esferas del poder y del dinero hasta ahora incomparables. Además, es también innegable que todas esas fases del proceso cuentan con la tolerancia de autoridades corruptas; siendo las acciones para combatir estos problemas muy poco eficaces o nada aplicables.³⁹ Pero, además del narcotráfico, también existen en la región organizaciones delictivas que se dedican al secuestro de personas, al tráfico de armas, al robo de vehículos, al tráfico de indocumentados, a la trata de personas, entre otros, que igualmente ponen en entredicho las acciones gubernamentales para combatirlos por su poca eficacia.

³⁸ Por lo que hace a México, sus organizaciones criminales se ajustan a los patrones universales de la delincuencia organizada, siendo conocidos sus cárteles de la droga.

³⁹ Cfr. Bailey, John y Godson, Roy (editores), *Crimen organizado y gobernabilidad democrática*, México, Ed. Grijalbo, 2000, pp. 11 y ss.

En fin, el fenómeno delictivo se ha ido transformando y ha adquirido otros rasgos característicos; se fue haciendo más organizado y más violento y, por ende, más complejo que su forma tradicional, tanto para su conocimiento como para su control; y, como se ha dicho, al lado del narcotráfico también se han desarrollado otros tráficos, como el tráfico de armas, el de personas y el de órganos, entre otros, además de la trata de personas, el secuestro, el lavado de dinero e incluso el terrorismo. Esas importantes transformaciones que en los últimos tiempos ha experimentado la delincuencia en países de la región, criminológicamente hablando, es también atribuible a diversas causas, como: el crecimiento desmesurado de la población; la mayor inequidad en la distribución de la riqueza; menores fuentes de trabajo y, por tanto, menores oportunidades en las actividades lícitas; los intensos procesos migratorios; los altos índices de corrupción y de impunidad; carencia de mecanismos eficaces de coordinación y de relación entre los diferentes sectores del sistema penal y de seguridad pública; la falta de mecanismos más funcionales de cooperación interinstitucionales, interestatales e internacionales; entre otras, así como falta de una política criminal integral y coherente, que atienda el problema desde sus diferentes ángulos e implicaciones.

III.2 La política criminal latinoamericana frente a la delincuencia organizada transnacional y otras manifestaciones

Lo anterior quiere decir que, no obstante, la transformación del fenómeno delictivo, la política criminal sigue careciendo de una visión integral y coherente, que contemple el problema desde sus diversos ángulos y desde su multifactorialidad y que tome en cuenta las realidades nacionales. En efecto, después de estar acostumbrados a un tipo de delincuencia, la *tradicional o común, que se ha caracterizado porque en ella era relativamente fácil identificar al victimario y a la víctima, así como al interés jurídico que se veía afectado, y frente a la cual también se confeccionó un tipo de política criminal y de sistema penal—con sus respectivos principios rectores—, que con el tiempo ha mostrado su falta de funcionalidad, en las últimas décadas, con el desarrollo de la delincuencia organizada, que reviste características más complejas y mayor dificultad para su combate, igualmente se han generado nuevas y más drásticas medidas político-criminales, que incluso han puesto en entredicho algunos de los principios tradicionales.*

Pero, habrá que reconocer que, en materia de política criminal frente a la delincuencia organizada, existe la injerencia o presión internacional, que puede ser global o regional, que incide en las políticas nacionales. Así, la presión internacional ha hecho que varios países de la región hayan

adoptado un determinado tipo de política criminal frente al tráfico de drogas y otras manifestaciones de la delincuencia organizada, como efecto tanto de la internacionalización del delito como de la internacionalización de la política criminal y del Derecho penal; lo cual ha motivado que se hayan generado instrumentos internacionales, que vinculan a muchos Estados del mundo, sobre todo a los que enfrentan problemas de delincuencia organizada —como varios de la región latinoamericana—, los que se han visto presionados para adoptar las medidas, estrategias y acciones consagradas en dichos instrumentos. Por ello, las políticas criminales nacionales han sido fuertemente impactadas por las políticas internacionales, sean globales o regionales; lo que ha hecho que las políticas criminales frente a la delincuencia organizada, o contra el narcotráfico o el lavado de dinero específicamente, no se hayan decidido con la autonomía o la soberanía que se quiera, sino que se han diseñado y puesto en práctica tomando siempre en cuenta lo que se decide en el plano internacional, por el simple hecho de que estamos ante un problema de esas características.

Entre los instrumentos internacionales promovidos por la ONU, que se relacionan con la delincuencia organizada, destacan la *Convención de Viena (1988)*,⁴⁰ y la *Convención de Palermo (2000)*,⁴¹ que son vinculantes para los Estados que los han signado; asimismo, se han elaborado diversos instrumentos regionales y nacionales, que se ven directamente orientados por aquéllos. Así, por lo que hace a México, uno de los primeros países que ratificó la Convención de Viena, que generó desde 1996 una *Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada* y consideró conveniente la creación de un marco jurídico que permita a los bancos y a las autoridades prevenir y detectar las actividades de lavado de dinero, a través de mecanismos que posibiliten identificar el origen de los recursos y evitar el ocultamiento de documentación e información relacionada con ellos; ensayando después diversas regulaciones en materia de lavado de dinero, que finalmente concluyó con la expedición de su *Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita*,⁴² entre otras.

Esta última Ley, cuya iniciativa original incluía el *financiamiento al terrorismo*, tuvo como objetivos: 1. Impedir que las organizaciones criminales dispongan de sus ganancias, y 2. judicializar oportuna y efectivamente casos de lavado de dinero. Por ello, la estrategia se sustentó en cuatro ejes rectores, que son: a) Reorganización de la Unidad de Inteligencia Finan-

⁴⁰ *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas*, aprobada por la Conferencia en su sexta sesión plenaria celebrada en Viena (Austria) el 19 de diciembre de 1988.

⁴¹ *Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, Palermo, 2000.

⁴² Publicada en el DOF el 17 de octubre de 2012.

ciera (UIF) de la SHCP, para detectar eficazmente las operaciones de lavado a través de la información y grupos de trabajo y áreas especializadas; b) homologación de las reglas administrativas en materia de prevención de lavado de dinero, prohibiendo la adquisición de cualquier bien inmueble en efectivo, o el pago en efectivo de más de 100 mil pesos en la adquisición de vehículos aéreos, marítimos y terrestres, relojes y joyería, creándose tipos penales para el caso de contravención a estas disposiciones; c) fortalecimiento de la supervisión basada en procedimientos eficaces, que a su vez cuenta con diversas líneas de acción y d) transparencia y rendición de cuentas, para medir la efectividad de esta estrategia, así como establecer mecanismos de comunicación entre la sociedad y el gobierno.⁴³

No obstante, las medidas político-criminales frente a la delincuencia organizada en general y frente al lavado de dinero en particular, lo cierto es que hasta ahora todas han resultado poco o nada funcionales, pues no han mostrado los rendimientos esperados. Incluso se afirma que, por razón de la *guerra contra el narcotráfico, México atraviesa por una de las etapas de mayor inseguridad de su historia, ya que “la forma en que se ha enfrentado el problema de las adicciones y el tráfico de drogas no ha tenido éxito”; por el contrario, ha generado decenas de miles de muertos cada año.*⁴⁴ Es decir, se establece una relación directa entre la intensificación de la lucha contra las drogas con el aumento de la violencia y del número de muertos, y se señalan como puntos negros de la política antidrogas, o como causas de los efectos colaterales no deseables, el incremento desmedido en el uso de la fuerza pública, destacando el uso de las *fuerzas armadas en esta lucha y el abuso de poder, sin que ello haya implicado una disminución del tráfico de drogas.*

*Por ello, ante las deficiencias de las políticas públicas actuales para enfrentar el narcotráfico, ha habido la necesidad de “buscar nuevas alternativas que generen mayor eficiencia, menores costos y menor sufrimiento a la población en general”.*⁴⁵ Esta situación ha traído como consecuencia, por una parte, que se haya reavivado la discusión en torno a la *legalización de las drogas como una de esas alternativas*,⁴⁶ tendencia liberalizadora

⁴³ Véase iniciativa de la Ley General.

⁴⁴ Se atribuye al presidente Felipe Calderón el haber declarado la “*guerra al narcotráfico*”, echando mano para ello de las fuerzas armadas; y a esa guerra se atribuye también la muerte de miles de personas, como nunca antes había sucedido. Sin embargo, durante la administración del presidente Peña Nieto, no obstante haber proclamado un cambio de estrategia político-criminal en esa lucha, el número de muertes no ha disminuido; por el contrario, en 2017 la cifra de muertes ha superado a la de la época Calderonista.

⁴⁵ Cfr. Moreno Hernández, Moisés, “La ONU debe impulsar una nueva política criminal contra las drogas”, en *Milenio semanal*, 2012-03-04.

⁴⁶ Así se observó, por ejemplo, en el Foro Internacional “*Drogas, un balance a un siglo de su prohibición*”, organizado por México Unido Contra la Delincuencia y que tuvo lugar en la ciudad de México del 14 al 16 de febrero de 2012.

que se inserta en la dirección establecida en el informe “*Guerra a las Drogas*”, que la Comisión Global de Políticas de Drogas dio a conocer en el mes de junio de 2011,⁴⁷ en cuyo resumen ejecutivo hizo un diagnóstico con las siguientes afirmaciones:

La guerra global contra las drogas ha fracasado, con consecuencias devastadoras para individuos y sociedades alrededor del mundo. Cincuenta años después del inicio de la Convención Única de Estupefacientes, y cuarenta años después que el presidente Nixon lanzara la guerra contra las drogas del gobierno norteamericano, se necesitan urgentes reformas fundamentales en las políticas de control de drogas nacionales y mundiales. Los inmensos recursos destinados a la criminalización y a medidas represivas orientadas a los productores, traficantes y consumidores de drogas ilegales, han fracasado en reducir eficazmente la oferta o el consumo. Las aparentes victorias en eliminar una fuente o una organización de tráfico son negadas casi instantáneamente por la emergencia de otras fuentes y traficantes.

Lo propio puede decirse con relación al lavado de dinero, pues los datos estadísticos oficiales muestran que sólo un porcentaje muy reducido de casos llega a investigarse y, por supuesto, el número de casos que llega a tener sentencia es aún más escaso,⁴⁸ no obstante la nueva ley sobre la materia. Pero, por otra parte, lejos de retirar a las fuerzas armadas de la función en materia de seguridad, acaba de aprobarse por el Congreso de la Unión una *Ley de Seguridad Interior*,⁴⁹ cuyo objetivo es establecer las bases, procedimientos y modalidades de coordinación entre la Federación, las entidades federativas y los municipios, y obedece a la necesidad de otorgarle a dichas fuerzas seguridad jurídica en cuanto a los alcances de su intervención en materia de seguridad interior, pero que ha provocado un fuerte rechazo de parte de diferentes sectores sociales y organismos nacionales e internacionales.

⁴⁷ Dicha Comisión Global de Políticas de Drogas está integrada por 19 expertos, entre los cuales hay ex jefes de estado de América Latina (César Gaviria de Colombia, Ernesto Zedillo de México, Fernando Henrique Cardoso de Brasil); ex altos funcionarios (Kofi Annan, ex Secretario General de la ONU, George P. Shultz, ex Secretario de Estado de EUA, Javier Solana, Unión Europea, Louise Arbour, ONU, Ruth Dreifuss, ex Presidente de Suiza, Paul Volcker, ex Presidente de la Reserva Federal de EUA, Marion Caspers-Merk de Alemania, Thorvald Stoltenberg, Noruega, Asma Jahangir, Pakistán); empresarios (John Whitehead, Estados Unidos, María Cattani, Suiza, Richard Branson, Reino Unido); intelectuales (Carlos Fuentes, México, Mario Vargas Llosa, Perú) y otros (George Papandreou, Grecia y Michel Kazatchkine, Francia). Algunos de estos destacados miembros participaron en el Foro de México Unido Contra la Delincuencia, que se señala en la nota anterior, así como en otros foros, en que han defendido la posición legalizadora.

⁴⁸ Véase Monroy, Jorge, “Investigan sólo 8% del lavado de dinero”, en *El Economista*, 30 de enero, 2011.

⁴⁹ Véase *Gaceta Parlamentaria*, Año XXI, Número 4928-I, 15 de diciembre de 2017.

También habrá que destacar que, en materia de política criminal sobre delincuencia organizada en el ámbito latinoamericano, desde 1996 los países que integran el MERCOSUR habían firmado el Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales, que reguló importantes temas como: la producción e interpretación de pruebas; traslados de procesados; medidas cautelares y ejecución de órdenes de captura. Por su parte, el Tratado de Asunción (1991) estableció, en su artículo 1º, la necesidad de armonizar la legislación en la región; por lo que, a partir de 2001, los presidentes de los países miembros acordaron acelerar la armonización de la legislación punitiva en relación con el combate al terrorismo, al crimen organizado y a la lucha contra la corrupción. Es decir, al igual que en la Unión Europea, también en América Latina se han fortalecido los bienes jurídicos comunes a la región y no sólo aquellos relacionados con los ámbitos meramente locales, en la medida en que se profundiza en el proceso de integración legislativa. Sin embargo, existe coincidencia general entre los Estados miembros en el sentido de no establecer una jurisdicción permanente que permita una interpretación uniforme del orden jurídico comunitario. Otro problema que ha enfrentado este intento unificador sudamericano fue que en todos los textos normativos modelo que se ha confeccionado, se obviaba la referencia a la Convención Americana de Derechos Humanos, situación altamente crítica para los organismos internacionales y locales de defensa de derechos.⁵⁰

Dentro de esta tendencia armonizadora, cabe destacar también el papel que desde finales de la década de los noventa está llevando a cabo el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) en nuestro continente, con relación al movimiento de reforma a los sistemas judiciales y a la legislación procesal penal. El CEJA,⁵¹ ha señalado que los sistemas judiciales en la región son sistemas complejos en varios sentidos: por la variedad de sus componentes; por la variedad de los objetivos que se les atribuyen; por la necesidad de atender las realidades sociales en las que se transforma el delito y por la complejidad de hacer efectivos los derechos humanos de las víctimas, de la sociedad afectada y los de los procesados y sentenciados. De ahí que, el movimiento reformador que impulsa busca la armonización de los sistemas procesales penales en la región, planteándose para ello diferentes objetivos comunes, como: a) Conseguir que los sistemas judiciales sean accesibles para recibir las denuncias de todas las personas, especialmente de las más débiles; b) que los sistemas judiciales sean rápidos en resolver las cuestiones que les son planteadas;

⁵⁰ Véase sobre esto las diversas aportaciones del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, en *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Montevideo, Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, 2010.

⁵¹ Que es un organismo de la Organización de Estados Americanos, creado por las instituciones del Sistema Interamericano en 1999, con sede en Santiago de Chile.

c) que sean predecibles en sus decisiones; d) que sean eficaces en el control del crimen; e) que sean respetuosos de las garantías judiciales y que repriman a quienes vulneren derechos humanos; f) que sean eficientes en su gestión administrativa; g) que controlen la corrupción; h) que contribuyan a la legitimación del sistema democrático; entre otros.⁵²

Como estos objetivos político-criminales son difíciles de cuestionar, muchos países de la región se han sumado a esta tendencia reformadora, máxime cuando casi todos tienen sistemas políticos democráticos aún deficientes o muy vulnerables.⁵³ Sin embargo, aun cuando el denominador común es la adopción o consolidación del “sistema procesal penal acusatorio y oral”, según se puede ver, no todos los modelos procesales son iguales, aparte de que no cualquiera de ellos es adaptable a toda realidad social y jurídica, ni todos se ajustan a exigencias democráticas de Estados de Derecho. Además, la mayoría de nuestros sistemas penales ha recibido fundamentalmente las influencias del sistema jurídico continental europeo, que le han infundido a las legislaciones penales un espíritu liberal individualista, que se sustenta en ciertos principios a los que se atribuye una determinada función,⁵⁴ por lo que, receptar ahora los criterios propios del sistema jurídico anglosajón en nuestras realidades resulta un poco forzado y lleno de complicaciones, tanto por lo que hace a su compatibilidad con criterios tradicionales como con relación a su funcionalidad.⁵⁵ Así, si se pensó en adoptar el modelo angloamericano, debió tomarse en cuenta las consideraciones críticas por lo que hace, por ejemplo, a la práctica frecuente del plea-bargaining y al escaso uso del juicio oral; además, debió considerarse las particulares circunstancias nuestras y preverse que las consecuencias de dicho modelo podrían ser más desastrosas que las del sistema tradicional, ya que con ello probablemente aumentaría el grado de degeneración y de desprestigio del sistema de justicia penal.⁵⁶ En un medio donde las debilidades humanas son evidentes y la corrupción en

⁵² Cfr. *Sistemas Judiciales*, publicación semestral del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), Año 2, No. 3, Buenos Aires, 2002, pp. 12 y ss.

⁵³ Sobre el desarrollo y funcionamiento de la reforma a los sistemas procesales en América Latina, véase *Sistemas Judiciales*, Op. cit., pp. 18 y ss.; Maier, Julio B., *Derecho procesal penal argentino. Fundamentos*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1989, pp. 416 y ss.; Julio B. Maier, Kai Ambos y Jan Woischnik (coords.), *Las reformas procesales penales en América Latina*, Buenos Aires, Ad-Hoc, Instituto Max-Planck, 2000; Zaffaroni, E. R. (coord.), *El proceso penal. Sistema Penal y derechos humanos*. México, Ed. Porrúa, 2000.

⁵⁴ Véase Moreno Hernández, Moisés, *Política criminal y Reforma penal*, pp. 137 y ss., así como la bibliografía allí citada.

⁵⁵ Por razón de lo anterior, se ha sugerido que la reforma procesal penal debió hacerse con mayor cautela, sin precipitaciones y sin olvidar las realidades nacionales.

⁵⁶ Cfr. Moreno Hernández, Moisés, *Retos del Sistema Procesal Penal en México. Algunas propuestas para la transformación del sistema de justicia penal*, Conferencias Magistrales 8, INACIPE, México, 2004; del mismo, “Fortalezas y debilidades del Código Nacional de Procedimientos Penales. (La lucha poco fructífera por un modelo procesal penal para México)”, en Moreno Hernández y Ontiveros Alonso

los distintos sectores del sistema de justicia penal es ya un cáncer, no resulta difícil imaginar a un Fiscal mexicano ofreciendo al inculpado —o a su abogado— la promesa de una sentencia menos severa que la que su infracción pudiera haber requerido —si no la impunidad total—, a condición de que acepte su culpabilidad, evitando así el proceso (oral); lo difícil será lograr que la opinión del común de la gente sea en el sentido de que la componenda o transacción entre Fiscal y defensa fue totalmente debida, pues además de que no habría nada que garantice que ello se pudiera realizar lícitamente, o que no ofenda los preceptos fundamentales del sistema de justicia, difícilmente podría convencerse a la opinión pública de que en ello hubo total transparencia y justicia.⁵⁷

III.3 El problema del terrorismo internacional en la política criminal de la región

No obstante lo dicho en puntos anteriores, puede afirmarse que ciertos fenómenos aún no han tenido sus impactos en la región o aún no han sido vistos como una amenaza real y, por ello, tampoco han tenido la atención político-criminal que merecen, como es el caso del *terrorismo internacional*. *Ciertamente, aun cuando el terrorismo internacional también se ha globalizado y de igual manera se exige que su tratamiento sea global y se adopten acciones globales para enfrentarlo, y pese a que ningún país está exento de este tipo de amenazas, en los países latinoamericanos todavía no ha encontrado una respuesta que esté acorde a su gravedad. Según los estudios y las estadísticas que se generan por algunas instituciones, el terrorismo internacional se ha concentrado hasta 2014 en cinco países: Afganistán, Irak, Nigeria, Pakistán y Siria, los cuales fueron responsables del 78% de todas las muertes. Asimismo, se afirma que a escala global, 2014 fue uno de los peores años en la historia, pues el número de muertos con ataques terroristas creció 80 por ciento en comparación con el 2013;*⁵⁸

(coords.), *Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales*, México, CEPOLCRIM-AMPEC-UBIJUS, 2015, pp. 45-103.

⁵⁷ Quizás de la evaluación de los modelos procesales acusatorios adoptados en distintos países de la región se llegue al convencimiento de que ellos no han resultado lo suficientemente funcionales como se ha querido; y ello será un importante indicador para seguir buscando otras y mejores alternativas que logren que los sistema de justicia penal estén en condiciones de responder a las exigencias del ser humano en la región. Asimismo, se podrá constatar qué tanto la participación de organismos internacionales —como USAID, PRODERECHO/MSI, CEJA, entre otros— y de los nacionales —como RENACE, Red Nacional a favor de los Juicios Orales, SETEC, INACIPE, entre otros—.

⁵⁸ Sin embargo, no puede negarse que los actos terroristas de mayores consecuencias en los primeros años de este siglo han sido los del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York y Washington, los cuales fueron luego seguidos por los actos terroristas de 2004 en España y de 2005 en Inglaterra

y que las pérdidas económicas ascendieron a casi 53 billones de dólares, también la cifra más alta registrada hasta entonces.⁵⁹ Pero, todo indica que, después de los actos terroristas de noviembre de 2015 en Francia, 2016 fue particularmente violento por los constantes actos terroristas de los últimos meses en distintos países europeos,⁶⁰ los cuales parece que, lejos de cesar, tienden a intensificarse y a extenderse a otros países.⁶¹

Por lo que hace a los países de la región, aun cuando se sostiene que el fundamentalismo islámico golpeó en la parte final del siglo XX con actos terroristas a Argentina (en marzo de 1992 y julio de 1994), también se afirma que Suramérica⁶² ha sido una de las regiones de menor impacto del terrorismo. Asimismo, se opina que en los tiempos actuales América Latina vive prácticamente al margen del terrorismo internacional,⁶³ o que en la región existe una especie de convencimiento de que se puede permanecer al margen y de que no hay una amenaza seria del problema; de ahí que, desde la perspectiva político-criminal, hasta ahora sólo ha merecido una atención relativa.⁶⁴

No obstante lo dicho, de acuerdo con el Índice de Terrorismo Global 2015, elaborado por el Instituto para la Economía y la Paz y cuyos resultados fueron revelados a la opinión pública, se sostiene que el impacto del terrorismo en Colombia y México es mayor que en naciones como Alemania, Italia y España, entre otros;⁶⁵ por lo que, hay razón para que este problema debiera preocupar y ocupar a la política criminal de estos países.

(7/7). A ellos habrá que agregar los actos terroristas más recientes, acaecidos en Francia (enero y noviembre de 2015).

⁵⁹ Véase "Índice de Terrorismo Global 2015", elaborado por el Instituto para la Economía y la Paz, en: economicsandpeace.org/wp-content/uploads/2015/.../Global-Terrorism-Index-2015

⁶⁰ Ciertamente, Francia ha sido uno de los países europeos más golpeados, como el sufrido en Niza en julio de 2016; asimismo, Bélgica (marzo de 2016), Bangladés (2 de julio de 2016), Bagdad (3 de julio de 2016), Alemania (22 de julio de 2016), Kabul (23 de julio de 2016); y casi todos esos actos han sido atribuidos a grupos terroristas del llamado Estado Islámico. Sobre el poderío de la ideología del Estado Islámico, véase: Beris, Jana, "Expande El amenaza mediante ideología", en *Reforma, Internacional*, 3 de julio de 2016.

⁶¹ De acuerdo con el diario francés *Le Monde*, la organización terrorista del autodenominado Estado Islámico (EI) y sus afiliados han efectuado 213 atentados, desde que el 29 de junio de 2014 proclamó la instauración de un califato en un territorio entre Siria e Irak, y ha matado a más de 3 mil personas tan sólo el ataques terroristas, siendo Nigeria el país más afectado, donde Boko Haram, grupo yihadista hermanado al EI, acabó con la vida de 579 personas. Véase: REFORMA/Staff, 30 de julio de 2016.

⁶² A excepción de Colombia, que ocupa el puesto número 17 del Índice de Terrorismo Global 2015.

⁶³ En efecto, América Latina es la región del mundo donde se han registrado menos atentados del terrorismo fundamentalista y, por ello, la que tiene menor prioridad estratégica para los EUA, si bien los hechos aislados que sucedieron en Buenos Aires muestran que la región latinoamericana no está exenta de sufrir nuevos hechos de este tipo.

⁶⁴ Cfr. Fraga, Rosendo, "América Latina y el Terrorismo Internacional" (ARI No 64-2004-12.4.2004, en www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?.../america+latina/...

⁶⁵ Véase, "México entre los 50 países con más 'terrorismo' en el mundo, según un estudio", en *Animal Político*, www.animalpolitico.com › Nacional.

Así, según datos de la Procuraduría General de la República (PGR), se revela que desde finales del 2006 la dependencia había iniciado casi dos averiguaciones previas mensualmente por el delito de “terrorismo”. Por su parte, el Índice Nacional de Terrorismo 2015 califica, en una escala del 1 al 10, el impacto que arrojan las actividades terroristas en cada país, según el número de atentados y el respectivo saldo que genera en personas muertas y lesionadas, así como en daños causados a la infraestructura. De acuerdo con ello, México registra un índice de 3.985; que lo coloca en la posición número 44 del *ranking* mundial, apenas por debajo de Arabia Saudita; a nivel Latinoamérica, en cambio, México se ubica con el tercer mayor índice de impacto terrorista, detrás de Colombia, que presenta un índice de 6.662, y de Paraguay, con 4.094.⁶⁶

Con relación a México, el terrorismo está regulado en dos títulos diferentes del CPF: en el relativo a los *delitos contra la seguridad de la nación*,⁶⁷ que se refiere a todo tipo de agresión en contra de las personas, las cosas o servicios al público, que tenga por objetivo generar *alarma*, *temor* o *terror* en la población o para atentar contra la seguridad nacional o presionar a la autoridad para que tome una determinación,⁶⁸ que es lo que se caracteriza como “terrorismo nacional”; y en el que se refiere a los *delitos contra el derecho internacional*,⁶⁹ en donde se habla expresamente del *terrorismo internacional*. En principio, en ambos casos se trata de la *misma conducta*, de los *misimos medios*, de los mismos efectos y del lugar de comisión de la conducta, que es en territorio mexicano; la diferencia se da con relación al objeto de la acción, que en este último caso se trata de bienes o personas de un Estado extranjero, o de organismos u organizaciones internacionales, así como con relación al *propósito*, que en el terrorismo internacional es “menoscabar la autoridad del Estado extranjero u obligar a éste o a un organismo u organización internacional para que tome una determinación”, y por lo que hace a la pena.⁷⁰

El terrorismo, nacional e internacional, se regulan por igual en la *Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada* (1996), como uno de los delitos que se pueden cometer organizadamente y, por ende, que estarán sujetos a las medidas político-criminales previstas para los casos de delincuencia organizada, es decir, que serán investigados, perseguidos, procesados y sancionados conforme a las disposiciones de la Ley Federal. Por ello, los casos de *terrorismo* de que informa la PGR no son de los perpetrados por grupos fundamentalistas o equivalentes, como los del Estado Islámico,

⁶⁶ Cfr. Op. cit., loc. cit.

⁶⁷ Título Primero del Libro Segundo del CPF.

⁶⁸ Véase Artículo 139 del CPF.

⁶⁹ Título Segundo del Libro Segundo del CPF.

⁷⁰ Véase Artículos 148 bis, 148 ter y 148 quater CPF.

que son a quienes se atribuye el mayor número de los últimos actos terroristas en el mundo, que tienen resonancia internacional, sino aquellos ataques que son perpetrados por organizaciones o grupos locales; que, si bien manifiestan un cierto tinte radical, racial, extremista político, o del crimen organizado, no revisten la relevancia de los casos cometidos por aquellos grupos. Además, dado que se encuentran en los límites con otras figuras delictivas, como el *sabotaje* o los *daños en propiedad ajena*, no siempre existe la seguridad de caracterizarlos como *actos terroristas*.

No obstante, tanto por el hecho de tratarse de un fenómeno que no mide fronteras como por estar muy cerca del país que, sin duda, constituye uno de los principales blancos del terrorismo fundamentalista internacional, México tendría que dedicarle mayor atención al problema y a su política criminal, para prevenirlo y, en su caso, reprimirlo; y, tal vez, sería también recomendable que los demás países de la región revisen sus estrategias político-criminales en esta materia, para evitar consecuencias indeseables.

III.4 Los efectos de la modernidad y de los avances tecnológicos en el ámbito de la delincuencia y la política criminal en la región latinoamericana

Además de los casos de delincuencia organizada y del *terrorismo internacional*, que han orillado a los países de América Latina a legislar sobre ellos, la legislación penal de dichos países también se ha visto influida por la legislación comparada y la doctrina penal de otras regiones, que han ampliado los ámbitos de protección y de intervención del derecho penal. Por razón de la modernidad y los avances científicos, tecnológicos, industriales y en materia laboral, las sociedades actuales se han hecho más complejas, con nuevos problemas y mayores necesidades; así, se afirma que vivimos ahora una sociedad del riesgo,⁷¹ y en virtud de ello, hay también necesidad de ampliar los ámbitos de intervención del derecho penal a casos de *peligro abstracto*, para evitar o prevenir los riesgos de que ciertos bienes sean objeto de afectación concreta o efectiva. Surgen así los llamados delitos de *peligro abstracto*, que ahora empiezan a proliferar y que sin duda implican un adelantamiento de la intervención penal; es decir, los delitos de *peligro abstracto*, que han encontrado gran resonancia

⁷¹ Como la describe Ulrich Beck en su obra *Sociedad del riesgo global*, J. Alborés Rey (trad.), Madrid, Siglo XXI, 2002; del mismo, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Buenos Aires, México, Paidós.

en las actuales sociedades de riesgo y que plantean la consideración de bienes jurídicos supraindividuales, colectivos o comunitarios, así como la necesidad de anticipar la punibilidad de la conducta a la mera puesta en peligro de manera abstracta de dichos bienes jurídicos, llevan sin duda a una mayor expansión del derecho penal y a la inobservancia de principios básicos del derecho penal liberal y democrático.

*Entre los nuevos riesgos que enfrenta la sociedad y que también han tenido repercusiones en el ámbito del derecho penal, al grado de hablar igualmente de un “derecho penal del riesgo”, destacan aquellos que se dan en el empleo de la energía nuclear, en la industria química y para el medio ambiente, en la utilización de las técnicas derivadas de los progresos de la genética, entre otros, que sin duda requieren de una mayor atención por parte de la criminología.*⁷² No hay duda que la regulación de este tipo de delitos muestra una política criminal legislativa que trae como consecuencia una mayor *expansión o hipertrofia del Derecho penal*,⁷³ en tanto que permite que éste no se limite ya a prohibir (u ordenar) conductas que lesionen o pongan en peligro concreto a ciertos bienes jurídicos, sino que amplía su ámbito de prohibición, de criminalización y de punibilización de conductas a momentos anteriores a la posibilidad de una efectiva lesión de dichos bienes. En otras palabras, la creación de estos tipos penales de “peligro abstracto”, que necesariamente implica una ampliación del ámbito de protección, así como una ampliación del ámbito de lo punible, obedece sin duda a razones político-criminales de corte preventivo, en tanto que tiene como propósito prevenir resultados lesivos más intolerables; prevención que, en todo caso, se trata de lograr a través de sanciones penales. Lo que, por supuesto, no excluye que dicho peligro pueda finalmente terminar también en un resultado que puede traducirse en una lesión concreta o un peligro evidente del bien jurídico; bien jurídico que, por no tener un titular claramente individualizado, es difuso, supraindividual, colectivo o comunitario, en donde tampoco hay una víctima determinada.

La doctrina penal señala como ejemplo de este tipo de bienes jurídicos, el medio ambiente, la salud pública, la seguridad pública, entre otros,

⁷² Cfr. Hassemer, W., “Riesgos y crisis del derecho penal moderno”, en ADPCP, 1992, pp. 235 y ss.; Cerezo Mir, José, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal de riesgo”, en *Globalización e Internacionalización del Derecho Penal. Implicaciones político-criminales y dogmáticas* México, Ed. Ius Penale, CEPOLCRIM, 2003; entre otros.

⁷³ Véase sobre esto, Marquez Piñero, Rafael, *Delitos de peligro abstracto*, en: bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/2/997/12.pdf; ver también Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*, Madrid, Civitas, 1999; Lucas, Yancarelli, *Delitos de peligro abstracto y su inconstitucionalidad*, en www.terragnijurista.com.ar/doctrina/delitos_peligro.htm Consultado el 8 de octubre de 2018.

respecto de los cuales⁷⁴ hay conductas prohibidas que se encuentran más o menos distantes de la posibilidad de su lesión concreta; por lo que, no todas implican un “peligro abstracto” con relación a dicho bien.⁷⁵ Es decir, el legislador no necesariamente opta por un modelo “puro” de peligro abstracto, sino que da entrada a tipos penales que demandan que la conducta típica sea capaz de afectar, aun potencialmente, al objeto de tutela. Así se observa, por ejemplo, con relación a los delitos ambientales en la legislación penal mexicana,⁷⁶ en los que se exige que la actividad (producción, almacenamiento, desecho, descarga, etcétera, o cualquier actividad con sustancias consideradas peligrosas) “cause un daño a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a los ecosistemas, a la calidad del agua, al suelo, al subsuelo o al ambiente”; mientras que en otros casos basta que la actividad “cause un riesgo de daño a los recursos naturales y a los ecosistemas”; casos que pueden ser reputados como “delitos de peligro”, sea concreto o abstracto, en tanto que en ellos puede constatarse la producción de una situación de efectivo peligro concreto o bien puede tratarse de la simple realización de una conducta sólo presunta o generalmente peligrosa.

Ahora bien, la anterior tendencia político-criminal, que propicia una ampliación del ámbito de intervención del Derecho penal y que en la legislación penal latinoamericana ha encontrado fácil acceso, en la doctrina penal ha encontrado cierta resistencia.⁷⁷ Según la forma en que se diseñan algunos tipos penales de peligro abstracto, se cuestiona si respecto de ellos siguen vigentes ciertos principios que orientan a la tradicional política criminal de corte liberal y democrático, así como los criterios dogmáticos que se han desarrollado en torno a dichos principios, que tratan de lograr una aplicación racional de la ley penal. Así, se echa de menos la observancia del *principio de lesividad*,⁷⁸ que exige como regla la existencia de una *lesión o, al menos, la existencia de un peligro concreto de un determinado bien jurídico. En efecto, ese principio ha orientado al sistema penal de los últimos tiempos; pero, ahora todo parece indicar que lo que se quiere cas-*

⁷⁴ Según la legislación penal de que se trate.

⁷⁵ Así puede observarse por lo que hace a los delitos contra la salud pública, en donde hay conductas más distantes que otras con relación a la posibilidad de que el bien jurídico resulte afectado, como es el caso de la siembra, cultivo y cosecha de narcóticos, así como la posesión, transporte, comercio, etcétera, de los mismos.

⁷⁶ Sobre la situación en la legislación penal argentina, puede verse Corigliano, Mario Eduardo, *Delitos del peligro. La frontera de lo punible en Derecho penal*, en <http://www.monografias.com/trabajos21/delitos-de-peligro/delitos-de-peligro.shtml#ixzz4GDkF6DQ>

⁷⁷ Véase, por ejemplo, Yancarelli, Lucas, *Delitos de peligro abstracto y su inconstitucionalidad*, en www.terragnijurista.com.ar/doctrina/delitos_peligro.htm Consultado el 8 de octubre de 2018.

⁷⁸ Que es equivalente al principio de *antijuridicidad material*, que para el caso concreto exige precisamente la existencia de un bien jurídico que ha sido efectivamente lesionado o, al menos, puesto en peligro concreto, para afirmar el injusto penal.

tigar no es ya la afectación de un bien jurídico sino la mera desobediencia a la norma, o la mera “transgresión de la fidelidad a la norma”; por lo que, al principio de bien jurídico solamente se le utiliza como un mero pretexto, y el Derecho penal, lejos de cumplir la misión fundamental de proteger bienes jurídicos contra las afectaciones provenientes de conductas humanas, sólo tiene una función simbólica,⁷⁹ o meramente retórica, por más que se diga que con ello se busca sobreproteger al bien jurídico, al ampliar los ámbitos de intervención penal.

Pero, por razón de la citada política legislativa, no sólo se cuestiona la vigencia del principio de lesividad del bien jurídico, sino que igualmente se ponen en tela de juicio otros principios fundamentales, como el mismo principio de legalidad, porque los tipos de peligro abstracto propician inseguridad jurídica, por los amplios espacios de discrecionalidad judicial que generan. Y todo lo anterior quiere decir, en definitiva, que la propia función del Derecho penal de corte democrático está en entredicho.

III.5 Los avances tecnológicos y los delitos informáticos o cibernéticos

Por la misma razón de la modernidad y los avances tecnológicos, ya que también los países de la región latinoamericana experimentan —con distintos grados de intensidad— los impactos tanto de la globalización como de la tecnología de punta y de las telecomunicaciones, los ámbitos de riesgos también se van ampliando con la misma velocidad, según la forma en que dichos avances son utilizados y, por ello, se hacen igualmente necesarios nuevos mecanismos de control y nueva injerencia del derecho penal.

Debido a los constantes avances de la técnica, así como a la importancia de las telecomunicaciones en la vida del hombre, que van desde el telégrafo, el teléfono, la radio y la televisión hasta las comunicaciones vía satélite, que utilizan el espectro radioeléctrico para la difusión de señales,⁸⁰ se han creado nuevos problemas y situaciones nuevas y desconocidas. Por ello, surge también la necesidad y la obligación de actualizar el marco jurídico en esta nueva rama del derecho espacial y las telecomunicaciones, pues, así como es necesario el comunicarse más y mejor, deben también fijarse las reglas, los protocolos, los estatutos y los principios en los que

⁷⁹ Véase sobre esto, Baratta, Alessandro, “Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal. Lineamientos para una teoría del bien jurídico”, en *Revista Mexicana de Justicia*, No. 3, vol. VIII, julio-septiembre, México, 1990, pp. 19 y ss.

⁸⁰ Véase sobre esto, *Derecho espacial y telecomunicaciones*, en www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDs2010/CDEspacio/pdf/OP4.pdf Consultado el 8 de octubre de 2018.

deben basarse estas actividades. Y, no hay duda que esos avances científicos en el campo de las telecomunicaciones han hecho que el mundo actual haya alcanzado un gran desarrollo y que durante el siglo XXI el ser humano seguirá avanzando en la mejora continua de los procesos y procedimientos de comunicación. Pero, como todo avance tecnológico, éste —aparte de sus grandes beneficios— podrá igualmente ser utilizado de tal forma —como en efecto ya se le utiliza—⁸¹ que también traiga como consecuencia perjuicios respecto de otros intereses y sea motivo para seguir ensanchando los ámbitos de intervención del Derecho penal.

En efecto, otro de los ámbitos de influencia tiene que ver con los avances informáticos, es decir, con los avances asociados con el uso de la tecnología de la información y comunicación (TIC) y con el funcionamiento de los sistemas informáticos y de internet, la intimidad y la integridad de los datos almacenados o transferidos a través de la TIC o la identidad virtual de los usuarios de internet, que ha traído como consecuencia hablar de los *delitos informáticos*, *delitos cibernéticos* o *ciberdelitos*. Esta terminología obedece a la necesidad de dar cobertura a las conductas delictivas que afectan a intereses relacionados con el uso adecuado de dichos sistemas, redes y datos; por ello, el denominador común y rasgo característico de todas las figuras de *ciberdelitos* y de la investigación sobre ellos puede hallarse en su relación con sistemas, redes y datos de ordenadores, de un lado, y con los sistemas, redes y datos cibernéticos, del otro. El *ciberdelito* cubre delitos que tienen que ver con los ordenadores en sentido tradicional y también con la nube del ciberespacio y las bases de datos cibernéticas.

De acuerdo con el *Reporte Global de Ciberdelitos Norton (2013)*, el crimen cibernético es cada vez más audaz y agresivo y cada segundo 12 personas son víctimas de un delito en la red; asimismo, estima que al menos 378 millones de usuarios sufrieron en 2013 el *hackeo* de cuentas, robo de identidad, fraudes financieros, recepción de virus, extorsión con imágenes, o peor aún, cayeron en la trampa de la pornografía infantil o trata de personas. Que el descuido o el exceso de confianza nos han hecho vulnerables en la red, sin reparar que la información o contenidos ahí expuestos son casi imposibles de borrar. Y, por lo que hace al costo global de estas transgresiones, en 2013 fue de 113 mil millones de dólares, de los cuales 3 mil millones de dólares correspondieron a México; es decir, el costo promedio por víctima se ha elevado en un 50%, pasando de 197 a 238 dólares por persona entre 2012 y 2013.⁸² El citado Reporte ubica a México como el segundo país de América Latina donde existe un mayor impacto de ciberataques, al ascender estos a un valor de 3,000 millones

⁸¹ Por ejemplo, para extorsionar o secuestrar, entre otros.

⁸² Véase Estrada, Patricia, *Delitos cibernéticos en México*, en www.e-consulta.com/opinion/ 2014-03-01/delitos-ciberneticos-en-mexico

de dólares. Este informe de la firma de ciberseguridad Symantec se corrobora con el estudio “*Tendencias de Seguridad Cibernética en América Latina y el Caribe*”, de la Organización de Estados Americanos (OEA) de 2014, que señala que durante 2013 en México se registró un aumento del 113% en los incidentes de seguridad informática respecto al 2012, y los datos preliminares del 2014 daban pie a sugerir que en dicho año el repunte sería del 300%.⁸³

La importancia de los *ciberdelitos*, que avanzan a la velocidad de la propia tecnología, ha hecho que se les analice tanto desde la perspectiva de la política criminal como de la dogmática penal; y, aun cuando la mayoría de las legislaciones penales en el mundo ya los regulan, son constantemente objeto de análisis y discusión, para darles el tratamiento más adecuado según los cambios que va experimentando. Así, en el *XIX Congreso Internacional de Derecho Penal*⁸⁴ que se realizó en 2014 en Río de Janeiro, se analizaron las siguientes cuestiones desde ambas perspectivas:

- ✓ Los criterios político-criminales seguidos por las legislaciones actuales para la regulación de los delitos cibernéticos, para ver si las reformas a las leyes responden a las necesidades y circunstancias cambiantes en esta materia.
- ✓ Si las legislaciones nacionales son influenciadas por los instrumentos jurídicos internacionales que se han generado sobre la materia, y si ellas se aplican a los casos de datos ingresados en internet desde el extranjero, o si ello implica un problema de jurisdicción o de *doble* incriminación.
- ✓ Los bienes jurídicos específicos que deben ser protegidos por el derecho penal, como por ejemplo: la integridad de los sistemas procesadores de datos; la privacidad de los datos almacenados; la confidencialidad profesional; la intimidad; la identidad *online*; entre otros.
- ✓ Las conductas delictivas que se pueden cometer con el uso del internet, de manera real o virtual; por ejemplo: robo de identidad *online*; pornografía infantil; explotación de niños con fines sexuales; *ciberbullying*; violación de la propiedad intelectual; espionaje industrial; terrorismo cibernético; entre otros.

⁸³ Cfr. eleconomista.com.mx/industrias/2014/.../crimen-es-cibernetico-viven-su-auge-mexico, así como en: <http://eleconomista.com.mx/tecnociencia/2014/06/03/empresas-piensen-medias-seguridad-digital>

⁸⁴ Realizado en la ciudad de Río de Janeiro, Brasil, del 31 de agosto al 6 de septiembre de 2014, organizado por la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP), tuvo como punto central de discusión la “*Sociedad de la Información y Justicia Penal*”.

- ✓ Los tipos de conductas que se regulan en las legislaciones penales actuales, como el robo de identidad y su uso para cometer algún otro delito.
- ✓ Si la responsabilidad por la comisión de los *ciberdelitos* se limita a determinados grupos de autores y/o víctimas o no.
- ✓ Si los *ciberdelitos* sólo pueden cometerse dolosamente, o si admiten tanto el dolo como la culpa y en qué casos; entre otras tantas cuestiones de *carácter sustantivo*.⁸⁵

En México, desde principios de la pasada década de los 90 los códigos penales se han ocupado ya de regular *delitos informáticos*.⁸⁶ Sin embargo, y a pesar de los altos costos que han implicado las afectaciones informáticas,⁸⁷ no se observa visos de funcionalidad de las medidas político-criminales hasta ahora adoptadas; lo que puede obedecer tanto a la misma complejidad del fenómeno delictivo como a la deficiente forma en que los tipos penales están diseñados, o a la deficiencia en la actividad de investigación de este tipo de delitos, que sin duda requiere de técnicas muy sofisticadas y de reglas muy específicas por lo que hace a la construcción, revelación y valoración de la prueba.

Mientras tanto y debido a que la tecnología avanza a pasos agigantados, siguen apareciendo nuevas formas de comisión de los *ciberdelitos*, así como la necesidad de crear nuevas figuras delictivas que no estaban contempladas y que no podían ser clasificadas como delitos. Lo que, si

⁸⁵ Además de cuestiones sustantivas, también se abordaron problemas de carácter *procesal*, como: las técnicas relacionadas con las TIC que se utilizan para la construcción de posiciones de información por las agencias de aplicación de la ley; las bases de datos públicas y privadas a que tienen acceso los aplicadores de la ley; las técnicas que se aplican para crear perfiles de posibles autores o grupos de riesgo, así como las herramientas especiales para quienes aplican la ley; si se pueden utilizar medidas coercitivas (*p. ej.*, interceptación de las telecomunicaciones) para la construcción de posiciones de información; si los actores privados (*p. ej.*, proveedores de internet o empresas de telecomunicaciones) conservan o están obligados a conservar y proporcionar información para los aplicadores de la ley; si existe control judicial de la construcción de posiciones de información; si existen reglas especiales sobre el descubrimiento, revelación y valoración de la prueba relacionada con la tecnología de la información y comunicación; entre otros. Véase las “*Resoluciones*” a las que llegó el *XIX Congreso Internacional de Derecho Penal* celebrado en Río de Janeiro en septiembre de 2014.

⁸⁶ Primero lo hicieron algunos Códigos de los Estados, como por ejemplo los de Sinaloa y Tabasco, y luego el Código Penal Federal; este último, a su vez, ha sido objeto de diversas reformas, como la que se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de mayo de 1999. Los delitos informáticos se ubican dentro de Título Noveno del CPF, denominado “*Revelación de Secretos y Acceso Ilícito a Sistemas y Equipos de Informática*”.

⁸⁷ Y a pesar, también, de que en el ámbito federal y el local existe una policía cibernética; en el ámbito federal la Policía Cibernética depende de la Policía Federal, y en la Ciudad de México la Unidad de Investigación Cibernética (UIC), depende de la Procuraduría General de Justicia; en ambos casos, su función es realizar tareas de prevención de las conductas que configuran delitos cibernéticos.

bien plantea el diseño de una más eficiente política criminal, que comprenda no sólo medidas de represión sino sobre todo medidas de prevención, sin duda tiene como efecto una mayor hiperinflación del Derecho penal.

III.6 La política criminal frente a las drogas: ¿legalización y despenalización de conductas relacionadas con ciertas drogas en la región?

Al parecer, contrariamente a la tendencia expansionista de la política criminal y del derecho penal, que va aparejada a la globalización e internacionalización, al desarrollo de la delincuencia organizada y a los avances tecnológicos, como se ha visto en los puntos anteriores, de hace un tiempo para acá ha empezado a ser objeto de discusión en algunos sectores una tendencia opuesta, que busca la legalización y despenalización de algunas drogas o narcóticos; tendencia que va adquiriendo cierta fuerza tanto en Estados Unidos de América⁸⁸ como en países de la región latinoamericana.⁸⁹

Así, con motivo de que en 2012 se cumplió el primer siglo de la *Convención Internacional sobre el Opio de 1912* y, con ello, los primeros cien años de la política prohibicionista de las drogas, en México se realizó el *primer Foro Internacional sobre Drogas*,⁹⁰ para hacer un balance de la política criminal seguida hasta ahora. En dicho Foro se afirmó que, por razón de la *guerra contra el narcotráfico*, México ha atravesado por una de las etapas de mayor inseguridad de su historia, ya que la forma en que se ha enfrentado el problema de las adicciones y el tráfico de drogas no ha tenido éxito,⁹¹ y se sugirió buscar otras alternativas que generen mayor

⁸⁸ Donde varios Estados han autorizado la siembra, el cultivo, la cosecha y venta de marihuana.

⁸⁹ Como lo ha hecho, por ejemplo, Uruguay.

⁹⁰ Organizado por México Unido Contra la Delincuencia, A. C. (MUCD), que se realizó en la Ciudad de México del 14 al 16 de febrero de 2012 y en el que participaron escritores, periodistas, políticos, politólogos, sociólogos, economistas, abogados, médicos, funcionarios judiciales, nacionales y extranjeros, especialistas todos en la materia.

⁹¹ Este debate tomó un nuevo impulso luego de que el presidente de Guatemala se manifestó a favor de discutir la despenalización y el ex presidente brasileño Fernando Henrique Cardoso, cabeza de una comisión que propone cambiar el paradigma prohibicionista, afirmó en un foro que la llamada "guerra contra las drogas" ha fracasado y desafió a líderes a considerar modelos de regulación en productos como la marihuana. Cardoso afirmó que "la fracasada guerra contra las drogas ha fortalecido el crimen organizado, ha desestabilizado gobiernos, violado derechos humanos y devastado vida humana por todas partes". Véase sobre esto Castillo, Eduardo, "Debaten la legalización de las drogas. El presidente de Guatemala está a favor de su despenalización", en *Hoy Nueva York*, 2012.

*eficiencia, menores costos y menor sufrimiento a la población en general,*⁹² habiéndose resaltado la *legalización de las drogas*,⁹³ como una de esas alternativas.

Entre los puntos de encuentro, comunes o coincidentes, de esta tendencia de algunos expertos⁹⁴ resaltan: *a) que la política prohibicionista y la de represión de las drogas ha fracasado;*⁹⁵ *b) que es errónea la política de prohibir y penalizar el consumo de drogas;* *c) que es necesario buscar estrategias alternativas;* *d) que más que un problema de seguridad pública se trata de un problema de salud pública;* *d) que entre las nuevas estrategias se encuentra la legalización de las drogas, es decir, que en lugar de la política prohibicionista habrá que darle espacio a la política de permisión,*

⁹² Con lo que, se reavivó la discusión en torno a la falta de funcionalidad de las actuales estrategias político-criminales para enfrentar el narcotráfico y a la necesidad de buscar nuevas alternativas que resulten más eficaces. Véase sobre esto, Moreno Hernández, Moisés, “La ONU debe impulsar una nueva política criminal contra las drogas”, en *Revista “Milenio Semanal”*, número 747, México, marzo 5 de 2012, pp. 17-26; del mismo, “En torno a la despenalización de las drogas en México”, conferencia dictada en el *Foro Internacional sobre “Políticas de Regulación del Consumo de Drogas”*, organizado por la UNAM, 23-27 de abril de 2012, Auditorio “Gustavo Baz Prada”, Palacio de Medicina, en la Mesa que abordó el tema “Legislación en política de drogas en México”; y “Delincuencia organizada, tráfico de drogas y política criminal (Medidas democráticas frente a la delincuencia organizada)”, en el *XI Encuentro Internacional en Ciencias Penales 2012*, organizado por la Fiscalía General de la República y el Instituto del Desarrollo e Investigaciones del Derecho, La Habana, Cuba, 2-4 de octubre de 2012.

⁹³ Por supuesto, no se plantea la legalización de todo tipo de drogas sino por ahora sólo de la marihuana.

⁹⁴ Sobre todo de los expertos que participaron en el Foro de México en 2012, tanto nacionales como extranjeros, entre los que destacan: Jorge Castañeda, Héctor Aguilar Camín, César Gaviria, Ruth Dreifuss, Eduardo Guerrero, Antonio Mazzitelli, Luis Astorga, Mark Kleiman, Arturo Valenzuela, Alejandro Hope, entre otros.

⁹⁵ Afirmación coincidente con la hecha en el Informe de la Comisión Global de Políticas de Drogas: “*Guerra a las Drogas*”, de junio de 2011, que establece que “La guerra global a las drogas ha fracasado, con consecuencias devastadoras para individuos y sociedades alrededor del mundo”, p. 2. A raíz de ese diagnóstico, la Comisión Global hizo 11 recomendaciones a los gobiernos del mundo, a la propia ONU y a quienes han propiciado este tipo de políticas frente a las drogas, entre las que destacan: “*Romper el tabú. Impulsar un debate abierto y promover políticas que reduzcan efectivamente el consumo y reduzcan los daños relacionados con el uso de drogas y con las políticas de fiscalización de drogas; reemplazar la criminalización y castigo de las personas que utilizan drogas con programas de tratamiento y salud; alentar a los gobiernos a experimentar con modelos legales de regulación de drogas (con la cannabis, por ejemplo) diseñados para socavar el poder del crimen organizado y salvaguardar la salud y seguridad de los ciudadanos; cuestionar, en lugar de reforzar, los prejuicios acerca del mercado de drogas, uso de drogas y dependencia de drogas; los países que continúan poniendo el énfasis en la persecución y el castigo (soslayando la evidencia) deben concentrar sus acciones represivas en el crimen organizado y los traficantes de drogas, con el objetivo de reducir los daños asociados al mercado ilícito de drogas; invertir más recursos —basados en la evidencia— en la prevención, con especial atención en la juventud; las Naciones Unidas deben encabezar la reforma global de las políticas sobre las drogas, y actuar urgentemente: la guerra contra las drogas ha fracasado y las políticas deben cambiar ahora*”.

ya que con ella —se dice— se eliminará la violencia que conlleva la prohibición, además de que se protegerá de mejor manera la salud pública de los mexicanos. Sin embargo, hubo posiciones encontradas respecto de los alcances y las implicaciones de una eventual legalización.

Los puntos de vista divergentes a esta tendencia provienen mayoritariamente del ámbito oficial; otro porcentaje menor también se encuentra en el ámbito académico y en otros sectores sociales. Así, desde la perspectiva de los gobiernos de países que enfrentan fuertes problemas de narcotráfico, como Colombia y México, y que han tenido que adoptar las estrategias político-criminales prohibicionistas y punitivistas sugeridas por instrumentos internacionales —como la Convención de Viena (1988) y la Convención de Palermo (2000)—, no puede abandonarse la política prohibicionista, aun cuando sus estrategias tengan cierta dificultad para mantenerse dentro de los límites propios de Estados de Derecho. Es decir, a los gobiernos no les resulta aceptable el vendible argumento de los expertos de que la violencia producida sea atribuible tanto a la prohibición como a la forma de su persecución, como tampoco hay base empírica alguna que muestre que la legalización de las drogas traerá como consecuencia la desaparición de la violencia.⁹⁶ Por el contrario, se sostiene que la legalización de las drogas sólo reduciría los costos de producción mas no las ganancias de los narcotraficantes, es decir, para estos sería mucho más rentable, e incluso ello haría que participaran muchos más criminales con los delitos que acompañan al crimen organizado, como la extorsión, el secuestro y la trata de personas, entre otros. En fin, que la estrategia permisiva de ninguna manera garantiza que la violencia desaparezca o que siquiera disminuya, pues ella siempre sería un incentivo para conservar los mercados monopólicos, porque el costo de la producción sería menor; y que esa reducción del costo, en cambio, incrementaría el consumo de drogas y, por ende, generaría un aumento de la violencia al interior de las familias.⁹⁷

Además, se ha destacado que, mientras Estados Unidos de América —que es el mayor consumidor mundial de drogas y en donde varios Estados han legalizado el uso de la marihuana—,⁹⁸ no ponga el ejemplo de

⁹⁶ Véase, sobre esto, Castillo E., Eduardo, *op. cit.*, *loc. cit.*; asimismo, Cunjama López, Daniel, “Ventajas y desventajas de la legalización de las drogas”, en digital.inacipe.gob.mx/post/.../ventajas-y-desventajas-de-la-legalización-de-las;

⁹⁷ Así lo resaltó Margarita Zavala, al inaugurar el *Foro Internacional sobre Drogas 2012*, quien además cuestionó a los críticos de que realmente no tienen sobre qué discutir cuando casi todos están de acuerdo en rechazar la política antidrogas del gobierno mexicano y, por ende, cuando casi todos son de la opinión de optar por estrategias distintas, como es la “*legalización de las drogas*”, sin previamente ocuparse de los problemas reales ni cuestionarse sobre las implicaciones que una política así puede tener.

⁹⁸ Ya sea para uso recreativo o sólo para fines medicinales.

legalizarlas a escala federal, México no ganaría nada con hacerlo, ya que seguiría la lucha para introducirla de manera ilegal a ese país. Y, por tratarse de un problema que trasciende las fronteras y por ello es un fenómeno transnacional, las estrategias político-criminales se determinen en el plano internacional, como lo muestran los diversos instrumentos internacionales prohibicionistas para la lucha contra el tráfico de drogas; por lo que, resulta incuestionable que para seguir una política criminal con una tendencia opuesta a la actual, es decir, una política *permisiva*, *ella también tendría que ser decidida en el plano internacional, esto es, por el consenso de la mayoría de los países que enfrentan este tipo de problema, y no de manera unilateral o aislada.*⁹⁹

Es decir, ya que la política prohibicionista ha sido impulsada por la ONU, es desde ese ámbito que habría que promover una política criminal orientada por una tendencia opuesta;¹⁰⁰ en otros términos, tendrían que ser las Naciones Unidas las que encabezaran el desarrollo de una nueva tendencia político-criminal sobre las drogas, a través de la generación de nuevos instrumentos internacionales. Sin embargo, hasta hace cinco años la propia ONU ha manifestado, en voz del *Profesor Hamid Ghose*, máximo responsable del organismo de la ONU que vela *por el cumplimiento de las leyes internacionales de control de drogas*, quien al presentar el *Reporte Anual 2011 sobre Drogas de la Junta Internacional de Drogas en Viena*¹⁰¹ señaló que *la legalización de las drogas para luchar contra el narcotráfico no es una opción, ya que sólo serviría para agravar el problema*. Para apoyar su argumento señaló que: *si nos fijamos en las drogas legales como el alcohol o el tabaco, no sólo matan cada año entre 10 y 15 veces más que las drogas ilícitas, sino que también el delito relacionado con el tráfico del tabaco y el alcohol no ha desaparecido.*¹⁰²

Pero, además, habrá que reconocer que, dadas las circunstancias actuales, el cambio de estrategia no puede ser unilateral, pues no habrá que olvidar, como lo ha destacado la propia Comisión Global, que tanto la ONU en general como los Estados Unidos de Norteamérica en particular, a través de su proceso de *certificación*, *han trabajado enérgicamente durante los últimos 50 años por asegurar que todos los países adopten el*

⁹⁹ Por lo que, aun cuando hay países que desde tiempo atrás han tomado la decisión de seguir una tendencia distinta a la prohibicionista, como Holanda y Portugal, todo parece indicar que resulta cuesta arriba el poder adoptar una decisión unilateral exitosa en la región.

¹⁰⁰ Como también lo recomienda la citada Comisión Global de Políticas de Drogas.

¹⁰¹ En 2012, con motivo del Centenario de la Convención Internacional del Opio (1912), y que responde a la propuesta del presidente de Guatemala de considerar la despenalización de la producción, transporte y comercio de drogas para combatir el narcotráfico.

¹⁰² Véase "Presentación", en *Reporte Anual 2011 sobre Drogas*, Junta Internacional de Drogas, Viena. En dicho *Reporte* la ONU cifraba en *200 mil el número de fallecimientos anuales* relacionados con las drogas.

mismo enfoque rígido en la política de drogas, las mismas leyes y el mismo severo enfoque en su aplicación. Por lo que, si no lo hacen así con frecuencia los gobiernos enfrentan la presión diplomática internacional para 'proteger la integridad de las Convenciones'; lo que la propia Comisión Global ha caracterizado, sin duda acertadamente, como el "imperialismo del control de drogas. Por ello, se insiste en que, al haber sido la ONU la que ha impulsado los instrumentos internacionales que adoptan la política prohibicionista, tiene que ser desde ese ámbito que habría que promover una política criminal opuesta; es decir, tendrían que ser las Naciones Unidas las que encabezaran el desarrollo de una nueva tendencia político-criminal sobre las drogas, como sería la política permisio-nista o legalizadora de ciertas conductas relacionadas con las drogas.

No hay duda que los debates en torno a temas como éste deben ser propiciados e intensificados, no sólo en México sino a nivel global, y no sólo cuando se trate de drogas sino siempre que se hable de problemas realmente graves y comunes, que tienen implicaciones transnacionales y que, por ello, requieren soluciones comunes y globales. Además, por ser el problema de las drogas un problema complejo y multifactorial, que afecta no sólo a un país sino a la comunidad en general, ello no sólo permite sino obliga a que sea analizado multidisciplinariamente, es decir, desde distintos ángulos o perspectivas, para encontrarle también soluciones con amplios alcances, integrales y funcionales. Pero, con independencia de las posiciones encontradas que pueda haber en torno al problema, lo cierto es que el debate resulta sano y recomendable, y serán los argumentos mayormente sustentados los que habrán de imponerse y orientar las decisiones político-criminales; pues, lo que se pretende no es sólo discutir por discutir sino buscar, a partir de la consideración de sus ventajas y desventajas, de sus luces y sombras, las mejores alternativas, para que las futuras decisiones políticas tengan mayor sentido y den respuesta a las expectativas sociales.

Ahora bien, ya que se pone en la mesa de discusión una nueva estrategia político-criminal en materia de drogas, la de la legalización o permisio-n de las mismas, como alternativa frente a la meramente prohibitiva o represiva, se sugiere que, antes de que el Estado mexicano tome una decisión política sobre el particular, se precise sus alcances y se analicen los pros y contras de sus implicaciones en el ámbito nacional.¹⁰³ Asimismo, habrá que considerar sus viabilidades en una realidad como la nuestra, en la que definitivamente no puede sin más adoptarse una decisión política en esta materia de manera unilateral, dado el carácter transnacional que tiene el problema. Es decir, si bien México debe diseñar y desarrollar su

¹⁰³ Por ejemplo, determinar si efectivamente sólo se trata de un problema de *salud*, así como el tipo de droga sobre el cual se plantea la legalización o permisio-n.

política criminal atendiendo a su propia realidad y a sus problemas internos, en materias como ésta no puede actuar desvinculadamente de otras realidades ni de las tendencias político-criminales que se van dando en el contexto internacional, sobre todo en el actual mundo globalizado en el que todos los países se encuentran de alguna manera interconectados.

Ciertamente, en ésta y otras materias, las actuales tendencias político-criminales en muchas partes del mundo occidental no son uniformes ni estables, sino que se muestran oscilantes y vacilantes ante los constantes cambios sociales, políticos y económicos, y ante sus nuevas exigencias, que hacen ver la falta de funcionalidad de sus medidas y que la carencia de resultados sea cada vez más evidente. Pero, ante las crecientes exigencias sociales, también aumentan las precipitaciones en la adopción de decisiones y medidas político-criminales, que luego se traducen en la simple adopción de algún modelo que parece novedoso pero que, al poco tiempo, muestra su ausencia de eficacia. Por esa razón, México —como muchos otros países del mundo— se ha visto en la necesidad de involucrarse en ciertas tendencias político-criminales, como las de corte prohibicionista o retribucionista, para hacerle frente a cierto tipo de problemas, como ha sucedido, por ejemplo, con la regulación del problema de las drogas y del gran número de conductas delictivas en el Código Penal, o con el incremento desmesurado de las penas, habiendo abusado demasiado del derecho penal y alcanzado altos niveles de hiperinflación penal. Pero, México también se ha visto envuelto en tendencias opuestas con relación a otros tipos de hechos, no necesariamente de menor relevancia, como ha venido sucediendo, por ejemplo, con relación al adulterio y al aborto, frente a los cuales se ha ido imponiendo una tendencia permisiva o liberalizadora,¹⁰⁴ sin que con relación a ellos haya habido una amplia discusión sobre sus fundamentos e implicaciones; y esta misma tendencia es la que se plantea ahora con relación a las drogas, sin tener cierto cuáles serán sus consecuencias.

Las decisiones político-criminales frente a cierto tipo de problemas casi siempre tienen su respectiva motivación o explicación, aunque ellas no siempre son el producto de las reflexiones internas ni la respuesta a las propias realidades y necesidades nacionales, sino más bien el producto de las influencias externas o de modelos aparentemente novedosos, que no necesariamente se ajustan a nuestra realidad. Además, esas decisiones y las medidas que llevan aparejadas no siempre son el producto del convencimiento razonado de que ellas serán la mejor opción, sino que muchas veces obedecen a compromisos contraídos interna o externamente, a veces por promesas de campañas políticas o por las necesarias vincu-

¹⁰⁴ Siendo los proyectos de Código Penal del Estado de Veracruz (1979) y de Código Penal Federal (1983) los primeros que adoptaron una tendencia "liberalizadora" del Derecho penal en esta materia.

laciones de carácter internacional, como es el caso concreto de las drogas, cuya estrategia político-criminal se define en el plano internacional, sin descartar aquellas que sólo se vinculan a la tendencia de ciertas modas u obedecen a ciertos intereses, como ha sucedido con la reforma procesal penal.¹⁰⁵

La tendencia liberalizadora o legalizadora de las drogas expresada en México, se inserta en la dirección establecida en el informe titulado *Gueerra a las Drogas, que la Comisión Global de Políticas de Drogas*¹⁰⁶ dio a conocer en el mes de junio de 2011. Pero, si se atiende al diagnóstico de la guerra a las drogas y las recomendaciones que se formulan para la futura política criminal en esta materia, puede decirse que la visión de la Comisión en torno al problema no es integral, porque no se ocupa de sus múltiples causas y de sus diversas manifestaciones e implicaciones; y, por ello, tampoco se ocupa de las distintas medidas político-criminales para enfrentarlo. Es decir, falta un análisis más global o integral del problema de las drogas, que —además de su complejidad y multifactorialidad— tome en cuenta sus diversas manifestaciones y sus vinculaciones o interrelaciones con otros fenómenos delictivos que conforman la llamada *delincuencia organizada, nacional y transnacional*. El problema no puede ser visto como un fenómeno aislado ni mucho menos sólo desde la perspectiva de la salud pública, aun cuando ésta haya sido el principal pretexto para su prohibición y punición; ahora, en la nueva visión, la “salud” sigue siendo el principal pretexto, si bien ya no para la criminalización sino para la permisión o legalización de la droga; es decir, un mismo pretexto para dos tipos de medidas político-criminales.

Además, habrá que analizar los impactos que en el desarrollo del narcotráfico, de la delincuencia organizada en general y del consumo de drogas en particular, han tenido los procesos de globalización y la internacionalización del delito, que a su vez han determinado que la propia política criminal y el derecho penal se internacionalicen y dejen de ser un

¹⁰⁵ Como tampoco se pueden descartar aquéllas que obedecen, incluso o tal vez, a los propios intereses de organizaciones delictivas.

¹⁰⁶ Dicha Comisión Global de Políticas de Drogas estaba integrada por 19 expertos, entre los cuales hay ex jefes de estado de América Latina (César Gaviria, de Colombia, Ernesto Zedillo, de México, Fernando Henrique Cardoso, de Brasil), ex altos funcionarios (Kofi Annan, ex Secretario General de la ONU, George P. Shultz, ex Secretario de Estado de EUA, Javier Solana, Unión Europea, Louise Arbour, ONU, Ruth Dreifuss, ex Presidente de Suiza, Paul Volcker, ex Presidente de la Reserva Federal De Eua, Marion Caspers-Merk, De Alemania, Thorvald Stoltenberg, Noruega, Asma Jahangir, Pakistán), empresarios (John Whitehead, Estados Unidos, Maria Cattani, Suiza, Richard Branson, Reino Unido) e intelectuales (Carlos Fuentes, México, Mario Vargas Llosa, Perú), y otros (George Papandreou, Grecia y Michel Kazatchkine, Francia). Algunos de estos destacados miembros participaron en el Foro de México Unido Contra la Delincuencia en 2014, así como en otros foros, en que han defendido esta posición.

problema meramente local o nacional; lo que se manifiesta a través de los instrumentos internacionales que establecen las medidas y estrategias político-criminales que los países del mundo deben aplicar.

Ahora bien, si se toma en cuenta las cifras que en esta materia se aportan, sobre todo por lo que sucede en la realidad nacional con relación a los efectos de la violencia, tal vez habría pocos argumentos para no compartir afirmaciones como la de la Comisión Global, de que la guerra global a las drogas ha fracasado, con consecuencias devastadoras para individuos y sociedades alrededor del mundo. Por ello, también se comparte la sugerencia de que son “urgentes reformas fundamentales en las políticas de control de drogas nacionales y mundiales.”¹⁰⁷ Pero, lo que ahora importa es cómo deben ser esas reformas fundamentales, y si una alternativa viable es la despenalización o no.

Pero, en la determinación de las alternativas, habría que matizar los alcances de los diagnósticos, tomando en cuenta los alcances de la llamada guerra a las drogas, cómo se gestó, cuáles han sido sus motivos y sus objetivos, los obstáculos que ha tenido, cómo se ha ido transformando y cómo los países del mundo se han visto involucrados en ella.¹⁰⁸ Esta perspectiva nos llevaría a considerar desde los primeros instrumentos internacionales que en esta materia se han generado por la ONU, como fue la Convención Única de Estupefacientes de 1961,¹⁰⁹ que tuvo la pretensión de atender preocupaciones de la comunidad mundial frente al tráfico de estupefacientes y que se caracterizó por la adopción de medidas represivas como principal estrategia político-criminal para hacer la guerra a las drogas, además de que tuvo como principal objetivo, o tal vez como mero pretexto, “el mejoramiento de la salud y el bienestar de la humanidad”, a la que siguieron muchos otros instrumentos que fueron haciendo a la política criminal antidrogas cada vez más represiva, hasta los más actuales,

¹⁰⁷ Que es coincidente con lo que he expresado en diversos foros o escritos que se han ocupado concretamente de la delincuencia organizada y el narcotráfico.

¹⁰⁸ Porque en México se ha difundido la creencia entre expertos y legos de que la “guerra contra las drogas” se inició apenas hace aproximadamente quince años, concretamente con el Presidente Calderón, cuando la lucha es realmente de mucho tiempo atrás.

¹⁰⁹ Pero, debe reconocerse que la Convención de 1961 no fue ni el primero ni el único instrumento que contiene mecanismos de carácter político-criminal frente a las drogas. Antes de esta Convención ya habían habido otros instrumentos, algunos que datan de hace casi un siglo, que se ocupan de esta materia, como: la Convención Internacional sobre el Opio, de 1912; la Segunda Convención Internacional del Opio, de 1925; la Convención para Limitar la Fabricación y Reglamentar la Distribución de Estupefacientes, de 1931; la Convención para la Supresión del Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas, de 1936; los Protocolos de 1946 y 1948, enmendando los Acuerdos y Convenciones previas, y el Protocolo sobre el Opio, de 1953. Luego siguieron el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 y el Protocolo Modificado de la Convención Única de Estupefacientes de 1972.

como la *Convención de Viena de 1988*,¹¹⁰ y la *Convención de Palermo de 2000*.¹¹¹ Todos estos instrumentos se han ido transformando, en la medida de las exigencias que el propio cambio del delito ha ido determinando y que han puesto de manifiesto la falta de funcionalidad de las medidas tradicionales que nacional o localmente se habían aplicado. De ahí que, como se ha dicho, tanto la política criminal como el derecho penal se han ido transformando e internacionalizando en los últimos tiempos; por ello, el problema de las drogas, pero más precisamente del tráfico y consumo de drogas, habrá que verlo desde esa perspectiva y ya no como un problema meramente local o nacional.

Es claro que la situación de hace cincuenta o cuarenta años en materia de drogas no era la misma que la de 30 o 20 años después,¹¹² el fenómeno delictivo que tiene que ver con la afectación de la *salud pública a través de estupefacientes y psicotrópicos*, se fue transformando y adquiriendo otros rasgos característicos; se fue haciendo más organizado y más violento y, por ende, con mayores alcances y más complejo que su forma tradicional, tanto por lo que hace a su conocimiento como a su control. Pero, al lado del narcotráfico, también se han desarrollado otros distintos tráfico, como el tráfico de armas, el tráfico de personas, el tráfico de órganos; asimismo, la trata de personas, el secuestro, el lavado de dinero e incluso el terrorismo, entre otros. Por esa razón, desde hace ya varios lustros el narcotráfico y otras manifestaciones de la delincuencia organizada ya no sólo interesan a un Estado sino a muchos países del mundo, a la comunidad internacional. Por ello, los mecanismos tradicionales de control se han visto fuertemente rebasados, y ello motivó la búsqueda y generación de nuevas estrategias político-criminales, tanto en el plano nacional como en el internacional. Sin embargo, actualmente también se cuestiona con insistencia si los mecanismos político-criminales diseñados frente al problema del narcotráfico y la delincuencia organizada —todos de carácter eminentemente represivo— han tenido resultados positivos o no; es decir, si los medios de control adoptados internacional y nacionalmente han implicado una mejor protección o no de los bienes jurídicos que se han hecho valer, como la salud pública, o la salud y el bienestar de la humanidad, entre otros, o si esos bienes son utilizados sólo como pretexto para exacerbar la dureza de las medidas de control. La realidad nos muestra que

¹¹⁰ Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, Viena, 1988.

¹¹¹ Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Palermo, 2000. Véase sobre esto Borjón Nieto, José Jesús, *Cooperación internacional contra la delincuencia organizada transnacional*, INACIPE, Colección Investigación 3, México, 2005, pp. 119 y ss.

¹¹² Incluso en aquel entonces aún no se hablaba de "*delincuencia organizada*", al menos no como ahora se la conoce, sin ignorar que ésta tiene incluso antecedentes muy remotos y que algunas de sus formas de manifestación aún se conservan hoy en día.

*en definitiva no hay tal protección, es decir, la respuesta es negativa cuando se cuestiona sobre la funcionalidad de la medida;*¹¹³ y el incremento de la violencia ha provocado, además, un enorme sentimiento de inseguridad en la población, un mayor descrédito de las instituciones y un cada vez mayor rechazo de las actuales estrategias para enfrentarlo.

Por razón de lo anterior, me parece razonable la propuesta de este grupo plural de la Comisión Global, de que tanto los acuerdos multilaterales como las Convenciones en materia de drogas, *requieren ser sometidos a una constante revisión y modernización a la luz de circunstancias cambiantes y variables, y que se les debe permitir a los gobiernos nacionales ejercer la libertad de experimentar con respuestas más adecuadas a sus circunstancias; justamente, porque la creencia de que todos necesitamos tener exactamente las mismas leyes, restricciones y programas, ha sido una restricción inútil.*¹¹⁴ Pero, el hecho de considerar aceptable lo anterior, por razón de que la actual política criminal se ha determinado a través de las Convenciones y demás instrumentos internacionales,¹¹⁵ ello también obliga a admitir que, para impulsar otras estrategias que pudieran ser más funcionales entre las que estaría la *descriminalización y despenalización de ciertas drogas*,¹¹⁶ igualmente habrá que hacerlo desde el mismo plano internacional y, más concretamente, desde la propia Organización de las Naciones Unidas, para que la nueva política criminal tenga

¹¹³ Lo que se demuestra tanto por el incremento del fenómeno delictivo —que implica mayor oferta de la droga, mayor número de consumidores de droga, mayores ganancias para quienes se dedican a su producción, distribución o tráfico—, como por los “efectos colaterales” que ello trae consigo. Entre estos efectos destaca el gran número de muertes, ya sea por razón del consumo de drogas o por las ejecuciones entre bandas criminales, o que se vinculan con su combate por parte de las fuerzas de seguridad. Por lo que hace a México, véase el Informe de IDPC (International Drug Policy Consortium), “México: políticas de drogas y seguridad en el primer semestre de gobierno de Enrique Peña Nieto”, elaborado por Corina Giamomello, de México, 25 de julio de 2013, Londres, pero, también véanse los informes oficiales de los últimos meses de 2017.

¹¹⁴ Véase el Informe de la Comisión Global de Políticas de Drogas, 2011. Por lo que hace al ámbito de países latinoamericanos, véase: *En busca de los derechos: usuarios de drogas y las respuestas estatales en América Latina*, México, CEDD, Colectivo de Estudios Drogas y Derecho, mayo de 2014. Asimismo, véase el *Plan de Acción Hemisférica sobre Drogas 2011-2015*, CICAD (Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas) y adoptado por la Asamblea General de la OEA, junio de 2011.

¹¹⁵ Con mayores o menores presiones de algunas potencias.

¹¹⁶ Véase Moreno Hernández, M., “En torno a la despenalización de las drogas en México”, conferencia dictada en el *Foro Internacional sobre Políticas de Regulación del Consumo de Drogas*, organizado por la UNAM, 23-27 de abril de 2012, Auditorio “Gustavo Baz Prada”, Palacio de Medicina, en la Mesa que abordó el tema “Legislación en política de drogas en México”; Asimismo, “La ONU debe impulsar una nueva política criminal contra las drogas”, en *Revista “Milenio Semanal”*, número 747, México, marzo 5 de 2012, pp. 17-26.

alguna posibilidad de éxito.¹¹⁷ No hacerlo así, sino de manera unilateral, podría hacer que la medida adoptada sólo por uno o algunos países, como ya ha sucedido (Holanda, Portugal), tuviese poco éxito; pero, además de los escasos resultados, se correría el riesgo de quedar aislados, AUN cuando cada país la implementara con la amplitud que sus propias circunstancias lo permitieran.

¹¹⁷ No hay duda que, como ha sucedido ya con otros fenómenos delictivos, la *legalización, des-criminalización y despenalización* de las drogas, es una alternativa que tarde o temprano llegará a cristalizar con mayores o menores alcances, tanto por razón del *bien jurídico* que se trate de proteger como por la *conducta* que se pretenda prohibir y el *tipo de droga* que entre en consideración, según sus efectos. La tendencia anterior obligaría a precisar cuál es el bien jurídico que se trata de proteger al elevar a rango de delito una determinada conducta relacionada con la droga, para establecer si se justifica o no la intervención penal; asimismo, habría que delimitar las distintas conductas que se relacionan con la droga, para precisar cuáles deben ser reguladas penalmente y cuáles no, y seguramente en este último grupo estaría el “uso o consumo de drogas”, que es el criterio que sigue la legislación penal nacional. En la legislación penal mexicana no está prohibido y penado el solo consumo de drogas, sino el *producir, transportar, traficar, comerciar, suministrar y prescribir* (sin la autorización correspondiente), *introducir o extraer* del país algún narcótico de los previstos en la ley, así como el *poseer narcóticos para fines de tráfico* o sin la autorización correspondiente. Por lo que, si la discusión se centra en el hecho de que el “consumo” de drogas no debe ser punible, o que debe ser legalizado, esa discusión parece no tener mucho sentido en el ámbito nacional. Distinto sería si se discute en torno a la “posesión de droga para el consumo”, que es un problema que ha tenido diferente tratamiento en la legislación penal y de salud. Véase sobre esto, Pérez Correa, Catalina y Silva, Karen, “Consumo y consumidores de drogas de uso ilícito en México”, *En busca de los derechos: usuarios de drogas...* Op. cit., pp. 108 y ss.