

# HACIA LA DESPENALIZACIÓN DEL NARCOTRÁFICO. UNA FORMA DE POLÍTICA CRIMINAL PARA ENFRENTAR ESTE FENÓMENO DELICTIVO

Luis Norberto CACHO PÉREZ

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Política criminal.* 1. *Tipificar, legalizar y despenalizar.* 2. *Tipificación de ilícitos informáticos.* 3. *Legalización de aborto y eutanasia.* 4. *Despenalización del narcotráfico.*

*“No se corrompan, porque al que se corrompe, cualquiera lo compra, y lo que es peor, cualquiera lo escupe”.*

Javier Alba Muñoz<sup>1</sup>

## I. INTRODUCCIÓN<sup>2</sup>

*“La codicia, el amor a los placeres, la lujuria, la ociosidad, la cólera, el odio y el afán de venganza son las principales causas de los crímenes.*

<sup>1</sup> En la Escuela Libre de Derecho es una tradición que, al terminar los cursos anuales de cada materia, el profesor les dirija a sus alumnos, en la última clase del año, un mensaje. Estas palabras del maestro Javier Alba Muñoz, una de las mentes más claras que ha dado la Escuela, las dirigía, como un consejo y una exigencia, a quienes fuimos sus alumnos en la clase del primer curso de Derecho penal, que se cursa en el segundo año de la carrera.

<sup>2</sup> Varias de las ideas expresadas en esta “Introducción”, están tomadas de nuestro artículo denominado “La pena de muerte en el Código Penal cubano de 1987”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 27, México, Escuela Libre de Derecho, 2003, pp. 29 a 67.

*Estas pasiones y deseos son compartidos  
por los ricos y los pobres por igual,  
por los instruidos y los ignorantes.  
Son inherentes a la naturaleza humana  
y su germen se encuentra en todos los hombres".*

H. B. Irving<sup>3</sup>

El derecho es, para el revolucionario, una forma de control social; para el marxista es una superestructura del modo de producción de los bienes; para el positivista, es un conjunto de normas; para el racionalista, es producto de la razón humana; y para otros es una forma de plasmar la ley divina, o es una manera de organizar la vida humana. Producto de la sociedad, de la historia, de la cultura, el derecho es una de las manifestaciones más elevadas de la mente humana.

Pero el derecho es, también, la expresión del grupo político en el poder. Y el derecho penal es un medio, contundente, para que ese grupo político se conserve en el poder. Ningún sistema jurídico, por definición y por lógica, puede suponer ser transitorio. Todos aspiran a la continuidad y a la permanencia. Reflejo de los valores imperantes en una sociedad, el derecho penal, como ninguna otra rama de la ciencia jurídica, sirve para detectar aquello en lo que cree un Estado y aquello que debe defender. Los bienes jurídicamente tutelados en cada uno de los tipos, constituyen el catálogo de valores y creencias que el Estado sostiene, inculca y busca proteger.

El delito natural es aquel que hiere los sentimientos medios de probidad en una sociedad determinada. De esta forma, la mayoría de las sociedades humanas pueden considerar que el homicidio, consistente en privar de la vida a otro, es reprobable. Pero, aun en este caso, no pueden hacerse generalizaciones. En ciertas sociedades, como la de los esquimales, el hecho de abandonar a la intemperie a un miembro de la familia, que está enfermo o viejo, y de esta forma provocar su muerte, se justifica en razón de que la persona que es abandonada no puede sostenerse por sus propios medios y resulta peligroso, para todos los demás, el cuidarla y tratar de que siga a la

<sup>3</sup> PUMAREGA, Manuel (recopilador y traductor), *Frasas célebres de hombres célebres*, 38a. ed., México, Sayrols, 1988, p. 225.

comunidad en su andar nómada. La movilidad de las familias esquimales es imprescindible para las emigraciones estacionales, y una persona que no puede seguir el ritmo de los otros, se convierte en un lastre. Es así, que se sacrifica la vida de uno, para que no ponga en peligro la vida de los demás.<sup>4</sup>

Sin embargo, en nuestro sistema positivista, el concepto de delito tiene su origen en el Estado mismo. Sólo es delito lo que el Estado quiere que sea. Las demás acciones reprobables, desde el punto de la moral, la religión o la convivencia social, serán faltas, pecados o incorrecciones, pero sólo serán delitos cuando el Estado así lo quiera. Una conducta, por acción o por omisión, es delito hasta que el Estado así lo ordena. La Ley es producto de la voluntad del legislador y éste sólo ante el Estado obedece y responde.

El derecho, como expresión de poder, refleja los valores del grupo dominante. Pero el Estado necesita allegarse elementos que le permitan crear los tipos, entendiendo al tipo como descripción de una conducta como acreedora de pena. La creación de cada tipo en la ley penal implica la construcción de una escala de valores, que el Estado ostenta. De esta manera, capta valores medios e impone valores propios.

El valor, como ente axiológico que tiene mayor entidad que otro, es el aprecio o la cualidad que se le reconoce a una cosa. Al darle más valor a unas cosas que a otras se está creando una escala de valores, algo que todo individuo y sociedad tienen. Así, se construye un orden jerárquico, como característica de los valores. De esta forma, podemos decir que, de manera general, la vida tiene mayor entidad que el patrimonio. Esto sólo podemos saberlo porque hemos hecho una escala jerárquica de valores.

En una escala de valores, se distinguen los valores medios, compartidos por la mayoría de los miembros de la sociedad, los cuales son defendidos por la misma, con el objeto de asegurar su permanencia. Cuando alguien contradice un valor medio, su conducta hiere los sentimientos de los demás y provoca un rechazo social, motivando una sanción de la sociedad, pero sin que se le aplique una pena por parte del Estado. Este concepto está estrechamente ligado a la

<sup>4</sup> Véase "Esquimales", en *El hombre en el Mundo. 500 pueblos. Cómo son y dónde viven*. t. IV. Chipayas-Ewes. *El hombre animal social*, Barcelona, Noguer, 1981, pp. 677-680.

noción de delito natural que, según comentábamos arriba, es el que hiere los sentimientos medios de probidad en una sociedad determinada. Los valores que están detrás de esos sentimientos son valores medios.

Hasta el momento en que el Estado capta ese valor medio y crea un tipo, conforme al ámbito juspenalista, la conducta de quien atacó ese valor, cobra trascendencia para el derecho, al hacerse acreedor de una pena, entendida ésta como el reproche del Estado al individuo por haberse apartado de los lineamientos impuestos, al contradecir la prohibición implícita en el tipo.

Por otro lado, los valores propios que impone el Estado cuando crea los tipos, son consideraciones que se hace respecto de él mismo, constituyendo bienes que al tutelarlos jurídicamente, se protegen los intereses estatales y, por lo mismo, pueden no coincidir con los valores medios de la sociedad. En estos valores, los individuos pueden suponer que no es necesaria su protección o, por lo menos, no de la manera como el Estado lo pretende y lo hace. La sociedad no necesariamente participa con el Estado de la idea de que esos valores deben protegerse penalmente.

La sociedad considera que la contradicción a esos valores no lastima los sentimientos medios de la misma, no hiere los valores medios y, como consecuencia, el grupo no resiente el ataque y no tiene una respuesta contra el delincuente. Por lo tanto, estos valores se apartan de la noción de delito natural. Los valores propios del Estado no estarán subsumidos en los sentimientos medios de probidad en una sociedad determinada. El hecho de que, en ocasiones, los valores propios del Estado puedan coincidir con los valores medios de la sociedad, no implicará, de ninguna manera, que participe de su esencia para la conformación de los delitos naturales.

Estado y sociedad no son lo mismo, ni debe entenderse que ésta se subsume en aquél. El Estado, en su acepción de gobierno, es el depositario del poder y de la autoridad, entendida ésta como fenómeno de coacción y no en el sentido de la *autoritas* romana. El poder es la capacidad de imponer nuestra voluntad a otros y controlar sus actos, es la facultad de mandar y exigir obediencia a nuestras órdenes, afectando la esfera de actuación de los demás. En el poder está implícita la idea de fuerza, como medio para obtener y conservar aquél.

Cuando el poder se legitima, se convierte en autoridad, o sea, que se tiene el derecho de ejercer el poder. La principal autoridad es el Estado, como organización jurídica de mando en un grupo humano con pretensiones de permanencia. Es aquí donde los conceptos de derecho y Estado se conjugan y se explican. El Estado crea el derecho y el derecho otorga legitimación al Estado. Uno no puede explicarse sin el otro y, en una realización ideal, surge la idea del Estado de Derecho.

Los conceptos anteriores encuentran una de sus formas más acabadas, en la ley penal mexicana. Resultado, como todo orden jurídico, de procesos históricos, culturales, económicos, sociales y de muchas otras naturalezas, en pocas materias como el derecho penal, puede apreciarse el drama de la aplicación estricta de la ley. Cuando todo lo demás falla, la única respuesta es esta: sancionar penalmente.

La represión que realiza el Estado, a través de sus órganos, representa la última línea de combate contra la anarquía. Es aquí, donde se ponen en juego los valores más preciados para el hombre: la vida, la familia, el patrimonio, el honor, la libertad. Nadie escapa a la manifestación de poder que se subsume en cada tipo; o se busca la protección de la ley, o se busca evadirla. En ninguna otra materia como en la penal, es posible ver, en su más contundente expresión, el poder del Estado. Sólo el Estado puede declarar que ciertos hechos cometidos por un individuo son delitos y que, por lo tanto, se ha hecho acreedor a la imposición de determinada sanción, que el propio Estado, a través de los órganos competentes, será el encargado de ejecutar. Éste puede, de una manera legal, privar a un individuo hasta de la vida, que es el bien jurídicamente tutelado más valioso y el sustento de todos los demás.

Es cierto que el derecho penal no puede agotarse, de ninguna forma, en el Código Penal. Sin embargo, éste es el eje rector y la base del mismo. Su estudio nos lleva a lograr un acercamiento a la mentalidad y valores del legislador. De igual forma, y con el objeto de tener un panorama general sobre narcotráfico, transcribimos la estructura que tiene el Código Penal Federal, en la parte conducente, de manera muy resumida:

Código Penal Federal.

Libro Segundo.

### Título Séptimo. Delitos contra la salud.

Capítulo I. De la producción, tenencia, tráfico, proselitismo, y otros actos en materia de narcóticos.

Artículo 193. Concepto de narcóticos. Individualización de la pena. Destino de los narcóticos (aprovechamiento lícito o destrucción), destino de los instrumentos y vehículos utilizados en los delitos previstos en este Capítulo, y destino de los objetos y producto del delito.

Artículo 194. Penalidad y tipos en materia de narcóticos.

Artículo 195. Posesión de narcóticos.

Artículo 195 bis. Pena disminuida en posesión.

Artículo 196. Pena agravada para los casos previstos en el artículo 194.

Artículo 196 bis. (Derogado).

Artículo 196 Ter. Precursores químicos.

Artículo 197. Administración de narcóticos, por inyección, inhalación, ingestión o por cualquier otro medio.

Artículo 198. Siembra, cultivo y cosecha de marihuana, amapola, hongos alucinógenos, peyote o cualquier otro vegetal que produzca efectos similares.

Artículo 199. Excusa absolutoria al farmacodependiente.

## II. POLÍTICA CRIMINAL

*“Jesús fue después al Monte de los Olivos, pero al alba estaba en el templo, y todo el pueblo acudía a Él; y Él se sentó y le enseñaba. Entonces los Escribas y los Fariseos le presentaron una mujer sorprendida en adulterio; y poniéndola en medio, le dicen a Él: esta mujer ha sido sorprendida en el momento de cometer adulterio. Ahora bien, Moisés, en la ley, nos ha ordenado que tales mujeres sean lapidadas. ¿Qué dices Tú de ello? Y le preguntaban esto para ponerlo a prueba y tener el modo de acusarlo. Pero Jesús se inclinó y con el dedo se puso a escribir sobre la tierra. Insistiendo aquellos en interrogarlo, se alzó, respondiendo: quien de vosotros esté libre de pecado que tire la primera piedra”.*  
(San Juan, VIII, I).

*“Es lo suficiente para quedar sin aliento ¡Quién de vosotros esté libre de pecado que tire la primera piedra! Es necesario, para sentirse dignos de castigar, estar libres de pecado; solamente entonces el juez está sobre aquel que es juzgado. Y puesto que el pecado no es otra cosa que nuestro no ser aquellos que deberíamos ser, es necesario ser plenamente,*

*sin deficiencias, sin sombras, sin lagunas; en suma, es necesario no ser partes para ser jueces. (...) El problema del juez, el más arduo problema del derecho y del Estado, está planteado aquí con una claridad espantosa”.*

Francesco Carnelutti<sup>5</sup>

La política criminal consiste en las estrategias y acciones que el Estado planea y ejecuta para hacer frente al fenómeno delictivo. De esta manera, el combate al delito debe efectuarse en tres momentos distintos: antes de que ocurra, a través de la prevención; al ocurrir, mediante la procuración y la impartición de justicia; y una vez que ocurrió, con la readaptación social, la sanción y la reparación del daño.

El reflejo de la política criminal no es únicamente el derecho penal. Su ámbito de competencia va más allá, puesto que una adecuada política criminal debe tomar en cuenta no sólo la represión, sino los aspectos sociales, familiares, personales, económicos, culturales y de cualquier otra clase que inciden en el delito. La labor del Estado es combatir al fenómeno delictivo, y esto no necesariamente se efectúa sancionando, o pretendiendo sancionar, de manera indiscriminada.

El derecho penal se enfrenta, al iniciar el siglo XXI, a diversos retos, que implicarán su adecuación y cambio. Las nuevas necesidades de la sociedad contemporánea no deben ser ajenas al derecho, en general, y al penal, en especial. La labor del jurista es estar atento a ese entorno, siempre cambiante, y proponer las modificaciones jurídicas necesarias. El estudio, el análisis y la investigación deben atender a la solución de los conflictos y a la revisión de las situaciones que impliquen una solución y una regulación jurídicas. El narcotráfico es uno de los aspectos que inciden de manera determinante en nuestro derecho penal.

Cuando hablamos de narcotráfico nos referimos, de manera general, a los delitos contra la salud, previstos en los artículos 193 a 199, inclusive, del Código Penal Federal, excluyendo al delito de peligro de contagio, que también está considerado como un delito contra la salud, dentro del Título Séptimo, Libro Segundo del ordenamiento mencionado. El peligro de contagio está previsto en el artículo 199 bis y lo comete “el que a sabiendas de que está enfermo de un mal

<sup>5</sup> CARNELUTTI, Francesco, *Las miserias del proceso penal*, Bogotá, Temis, 1989, p. 29.

venéreo u otra enfermedad grave en periodo infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible”.

Pero el narcotráfico, como fenómeno delictivo, está ligado con otras muchas conductas ilícitas. De esta forma, algunos de los delitos conexos a aquella figura son: homicidio (artículos 302 y siguientes del Código Penal Federal); lesiones (artículos 288 y siguientes del Código Penal Federal); cohecho (artículo 222 del Código Penal Federal); posesión o portación, sin permiso, de armas reservadas para uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea (artículos 77 y 83 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos); acopio de armas (artículo 83 bis de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos); introducción al territorio nacional, en forma clandestina, de armas, municiones, cartuchos, explosivos y materiales de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea (artículo 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos); uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo (artículo 172 bis del Código Penal Federal); encubrimiento (artículo 400 del Código Penal Federal); y operaciones con recursos de procedencia ilícita (artículo 400 bis del Código Penal Federal). Los anteriores son sólo algunos de los delitos que pueden aparecer ligados al narcotráfico, pero es claro que su influencia para cometer otros ilícitos, relacionados directa o indirectamente, en conexidad, o en concurso, es mucho más amplia.

La peligrosidad es la tendencia de una persona a cometer un delito. La temibilidad es el miedo o temor que despierta esa persona en la sociedad, por su peligrosidad. Es así, que los sujetos activos del narcotráfico son, en nuestra ley penal, de los más peligrosos y temibles. Esto se refleja en casos como el delito de la delincuencia organizada, el cual consiste en que “cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada”. Entre esos delitos están los delitos contra la salud, previstos en los artículos 194 y 195, primer párrafo del Código Penal Federal, imponiéndose una penalidad agravada a quien tenga funciones de administración, dirección o supervisión, respecto de la pro-

pia delincuencia organizada (artículos 2, fracción I y 4, fracción I, incisos a) y b) de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada).

El Estado mexicano considera especialmente peligrosa a la delincuencia organizada (según lo vimos en el párrafo anterior), que inclusive se prevé, en la legislación de la materia, que son amenazas a la Seguridad Nacional, entre otras, las siguientes: actos que impidan a las autoridades actuar contra la delincuencia organizada; y actos tendientes a obstaculizar o bloquear operaciones militares o navales contra la delincuencia organizada (artículo 5, fracciones III y V de la Ley de Seguridad Nacional).

### 1. Tipificar, legalizar y despenalizar

*“De la piel para adentro empieza mi exclusiva jurisdicción.  
Elijo yo aquello que puede o no cruzar esa frontera.  
Soy un estado soberano,  
y las lindes de mi piel me resultan mucho más sagradas  
que los confines políticos de cualquier país”.*

Anónimo contemporáneo<sup>6</sup>

En política criminal existen diversas formas de enfrentar al fenómeno delictivo. No todo se resuelve con la creación de más y más tipos. Al contrario, el hecho de crear, de manera innecesaria, figuras delictivas, implica su poca o nula efectividad, dando origen a que, a pesar de estar en la ley, no tengan una real aplicación. El Estado debe comprender en qué momento es conveniente crear un delito y cuándo lo mejor es desaparecerlo.

Tipo es la descripción de una conducta como acreedora de pena. Tipicidad es la adecuación de la conducta al molde legal o tipo. El tipo sólo puede entenderse cuando su integración conlleva una sanción. No tiene caso que el derecho penal describa una conducta si no le va a imponer una pena. Esa es la esencia de las conductas típicas. De esta forma, tipificar consiste en crear un tipo, en describir una

<sup>6</sup> Citado por ESCOHOTADO, Antonio, *Aprendiendo de las drogas. Usos y abusos, prejuicios y desafíos*, 2a. ed., Barcelona, Anagrama, 1995, p. 7.

conducta como acreedora de pena, de tal manera que lo que antes no era delito, a partir de ese momento lo sea. Es así, que una materia que el legislador deberá considerar, y el jurista explorar, para reprimir de manera penal, son los ilícitos informáticos.

Legalizar consiste en volver legal algo, en convertirlo jurídicamente válido. Cuando hablamos de que determinada conducta es legal, estamos diciendo que se ajusta a derecho, que se tiene la facultad de realizarla. Corresponde al destinatario de la norma, elegir realizarla o no, es un derecho que se puede ejercer, pero nunca será una obligación. Es así que, el aborto y la eutanasia, como figuras delictivas, están sujetas, en una tendencia internacional, a ser legalizadas.

Despenalizar es sacar del ámbito del derecho penal una conducta. Consiste en desaparecer un tipo; lo que antes era delito, ahora lo deja de ser. Esto no significa que esa conducta haya sido legalizada, sino exclusivamente que ha salido de la competencia del derecho penal. Aun cuando los efectos puedan ser similares, entre legalizar y despenalizar existe una diferencia esencial: legalizar significa que se tiene el derecho a realizar determinada conducta, puede exigirse el respeto a ese derecho y éste debe ser respetado por los demás; despenalizar, sin llegar a la legalización, significa que ha dejado de existir como delito y, que en el caso de los particulares, al no estar prohibida esa conducta está permitida.

## 2. Tipificación de ilícitos informáticos<sup>7</sup>

*"(...) posiblemente la informática jurídica no sea indispensable como instrumento de trabajo del jurista. Pero por encima de una consideración puramente instrumental o utilitaria, la informática jurídica puede abrir una ventana hacia otras disciplinas (como la cibernética, la teoría de la información, la lógica y la lingüística, la inteligencia artificial) con las que normalmente el jurista no tiene contacto en su vida profesional diaria. Algunas de estas disciplinas ejercen gran influencia en todos los campos del conocimiento y contribuyen a conformar la visión actual*

<sup>7</sup> Varios de los conceptos aquí manifestados, los desarrollamos en nuestra ponencia denominada "Breves comentarios sobre derecho informático", que fue presentada en el 1o. Congreso Nacional "Cultura de la Legalidad e Informática Jurídica", organizado por la Secretaría de Gobernación, en 2003.

*del mundo. El derecho no debe quedarse al margen. El jurista que sabe entenderse con una computadora no es más que la imagen superficial de la informática jurídica. De lo que se trata es de que este mismo jurista sea capaz de adoptar o asumir una metodología nueva en su trabajo y de modificar su visión del derecho. La informática jurídica, en suma, nos induce a plantearnos otras preguntas sobre el derecho y nos ofrece otro punto de partida para observarlo y hacerlo evolucionar".*

Héctor Fix-Fierro, Sergio López Ayllón y Sergio L. Matute C.<sup>8</sup>

Todas las actividades del hombre están regidas por el derecho. Pensemos en cualquier actividad externa del ser humano y veremos que está regulada por la ley. Por supuesto, en esta época de avances tecnológicos, la informática, la cibernética, la computación y los sistemas no son materias ajenas a la ciencia jurídica. El uso de cajeros automáticos, las compras por Internet, el navegar por la red, la contratación para tener acceso a Internet, el chat, la pornografía infantil en línea, la piratería de programas, la piratería de la información (consistente en tener acceso a bases de datos sin autorización, actividad comúnmente conocida como *hacker* o piratas cibernéticos), los fraudes bancarios, los derechos de autor sobre material publicado en Internet, las declaraciones fiscales, el uso de tarjetas de crédito en terminales, las declaraciones patrimoniales de los servidores públicos, los casinos en red, el correo electrónico, y la contaminación y destrucción de información que se encuentra en equipos de cómputo (mediante el envío de virus), son algunas de las actividades y eventos regulados por el derecho informático o donde la informática se aplica al derecho.

El gran desarrollo tecnológico y su aplicación directa en la vida diaria, ha motivado que el derecho esté desfasado respecto de los fenómenos que debe regular. En el mundo de la informática puede palpase un sentimiento de inseguridad, por falta de regulación espe-

<sup>8</sup> FIX-FIERRO, Héctor, LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, y MATUTE, Sergio L. "Tendencias y perspectivas de la informática jurídica", en SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis (coord.), *Tendencias actuales del derecho*, México, UNAM, Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 224 y 225.

cífica y de un control efectivo respecto de todas las actividades que inciden en la materia. El común de la gente puede ver dispersión y desconocimiento del marco jurídico que debe aplicarse a la informática, originándose temor y desconfianza. Es la labor del jurista superar la falta de sistematización en esta materia y tender hacia la consecución de un marco jurídico adecuado, que brinde seguridad jurídica en esta importante faceta de la vida moderna.

Uno de los usos más extendidos en materia informática, es Internet, a través del correo electrónico (e-mail), World Wide Web (www o web), FTP (File Transfer Protocol, Protocolo de Transferencia de Archivos), listas de correos y grupos de discusión. Un aspecto que debe destacarse, es que la gran mayoría de los usuarios de Internet se autorregulan, considerando los usos a que deben atenerse al utilizar Internet. Independientemente de lo que diga la legislación en esta materia, para ese gran número de usuarios existen modales y costumbres a los cuales se sujetan y que ellos mismos se imponen y hacen que los demás los respeten. Para esos usuarios seguir esos lineamientos cibernéticos que la propia comunidad ha creado, puede ser más obligatorio que sujetarse al marco jurídico en la materia.

El mexicano Julio Téllez Valdés<sup>9</sup> señala como temas de esta rama las siguientes: regulación jurídica del bien informacional; protección jurídica de los datos personales; flujo de datos transfronterizos; protección jurídica de los programas de computación; contratos informáticos; delitos informáticos; ergonomía informática; y valor probatorio de los soportes informáticos; a su vez, el colombiano Abelardo Rivera Llano<sup>10</sup> señala los aspectos que deben regularse en el desarrollo del derecho informático, de la siguiente manera: protección jurídica de datos; protección jurídica de los programas de cómputo; contratos informáticos; flujo de datos transfronterizos; delitos informáticos; ergonomía informática; valor probatorio de los métodos modernos de información; y la informática jurídica. Por otro lado, el español Antonio Enrique Pérez Luño<sup>11</sup> distingue las si-

<sup>9</sup> Cfr. TÉLLEZ VALDEZ, Julio, *Derecho informático*, 2a. ed., México, McGraw Hill, 1995.

<sup>10</sup> Cfr. RIVERA LLANO, Abelardo, *Dimensiones de la informática en el derecho (perspectivas y problemas)*, Bogotá, Jurídica Radar, 1995, XVIII-285.

<sup>11</sup> Cfr. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Ensayos de informática jurídica*, México, Fontamara, 1996.

guientes áreas: informática jurídica documental (bases de datos jurídicas); informática jurídica de gestión (ofimática y abogacía); y la informática jurídica decisional (sistemas expertos en el derecho).

Las actividades específicas que deberá regular el derecho informático, y que para una adecuada protección jurídica tendrá que plasmarse su contravención, en el ámbito del derecho penal, son:

1. *Protección jurídica de los datos personales.* En nuestra legislación existen diferentes bases de datos, a cargo de diversas dependencias y entidades de la administración pública federal, de los estados y de los municipios, que integran elementos de información respecto de las personas. La recopilación, integración, uso, modificación y difusión de toda esa información está sujeta a la ley. Sigue una regulación distinta a los archivos y documentos en papel, a pesar de tener, en muchos casos, la misma información y ser igualmente válidos jurídicamente.

2. *Flujo de datos transfronterizos.* Consiste, según la definición del Consejo Económico de la Organización de las Naciones Unidas,<sup>12</sup> en la circulación de datos e información a través de las fronteras nacionales para su procesamiento, almacenamiento y recuperación. Este flujo que se efectúa de un país a otro, tiene implicaciones jurídicas como son: la utilización ilícita de datos transmitidos al extranjero; dificultad para definir el régimen fiscal aplicable y las tarifas a que se sujetará; posible atentado a la soberanía de los estados; características especiales en materia contractual; propiedad intelectual de la información; y seguridad jurídica de las empresas teleinformáticas.

3. *Protección jurídica de los programas de computación.* Entendido como un producto del intelecto y como un bien cultural, los programas de computación son sujetos de la protección que otorga la legislación en materia de derechos de autor. El extendido uso de las computadoras y la compleja creación de programas, ha dado origen a que el principal desarrollo de la industria informática se oriente, no tanto al *hardware* o componentes físicos de los aparatos, sino al so-

<sup>12</sup> TÉLLEZ VALDEZ, Julio, *op. cit.*, p. 77.

porte lógico o *software*. Para estos efectos, los programas de cómputo son los procedimientos que integran el *software* del *hardware* y que permiten procesar la información.

4. *Valor probatorio de los soportes informáticos*. En los casos en que no existe una regulación específica, debe estarse a los principios generales en materia de prueba, o sea, que el soporte informático es un documento privado. En caso de regulación expresa debe atenderse, por supuesto, a la ley específica sobre la ley general, por lo que aplicaremos la regulación concreta. Es de destacarse, por ejemplo, las reformas en materia de comercio electrónico, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de agosto de 2003, mediante las cuales se reformaron o adicionaron los artículos 89 a 114 del Código de Comercio.

Para el caso concreto de los delitos informáticos, encontramos que una noción genérica del delito informático es la que da Antonio Enrique Pérez Luño,<sup>13</sup> al afirmar que son el “conjunto de conductas criminales que se realizan a través del ordenador electrónico, o que afectan al funcionamiento de los sistemas informáticos”. Sabido es que lo que para nosotros es una computadora, para los españoles es un ordenador. Nuestro Código Penal Federal prevé, en sus artículos 211 bis 1 a 211 bis 7, las conductas tipificadas como acceso ilícito a sistemas y equipos de informática. Estos delitos, entendidos en relación con lo previsto en el artículo 50, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, que establece cuáles son los delitos federales, cuáles son competencia de la Procuraduría General de la República y, en su momento procesal, de los Juzgados de Distrito y de los Tribunales de Circuito.

En materia local puede mencionarse el caso de los delitos informáticos, previstos con esta denominación en el artículo 217 del Código Penal para el Estado de Sinaloa, citados por Jesús Antonio Molina Salgado.<sup>14</sup> Por otra parte, este autor menciona, independientemente de las conductas previstas en la legislación penal mexicana (local y federal), como ilícitos o delitos informáticos muy particu-

<sup>13</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *op. cit.*, p. 17.

<sup>14</sup> MOLINA SALGADO, Jesús Antonio, *Delitos y otros ilícitos informáticos en el derecho de la propiedad industrial*, México, Porrúa, 2003, pp. 71 y 72.

lares los siguientes: *cracking*; *cyber gangs* (ciber pandillas); *cyber graffiti defacements* *web hacks*; *cyber stalking* (ciber acoso); *cyber terrorism* (ciber terrorismo); *domain name service hacks* (*hacking* de un servicio de nombres de dominio); *hacking*; *hacktivismo* (*hacking* y activismo); *ID theft* (robo de identidad); *phreaking* o *phreaks* (*hacking* o *cracking* telefónico); *social engineering* (ingeniería social); y *warez* (piratería). A los anteriores ilícitos podemos agregar: *ransomware* (programas de rescate), consistente en un secuestro express de información, mediante el encriptamiento de la misma y el ofrecimiento de proporcionar una llave a cambio de una cantidad de dinero; *pharming* (modalidad del *phishing*), mediante la cual se ataca al servidor de nombres o DNS de una empresa (encargado de convertir los nombres de Internet en direcciones reales), y se redirecciona a quienes quieren entrar a ella, a otro sitio donde se apropiarán de su información; *evil twin* (gemelo malvado), es una forma de ataque en la que el *hacker* configura su *laptop* para que finja ser el *hotspot* real y, aprovechando esto, apropiarse de la información.

### 3. Legalización de aborto y eutanasia

“El mayor de los delitos es el suicidio,  
porque es el único que no tiene arrepentimiento”

A. Dumas<sup>15</sup>

Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento del embarazo (artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal). No es punible, exclusivamente, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando el embarazo es resultado de una violación; o de una inseminación artificial (realizada sin consentimiento de la mujer, o aun con su consentimiento cuando se trate de una menor de edad o de una incapaz).

<sup>15</sup> DOSAMANTES TERÁN, Jesús Alfredo, *La justicia a través de los siglos. Frases, citas y aforismos*, México, Porrúa, 2000, p. 60.



2. Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de afectación grave a su salud, a juicio del médico que la asista, oyendo el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora.

3. Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada.

4. Que sea resultado de una conducta culposa de la mujer embarazada.

Fuera de los supuestos mencionados, el aborto implica, para la ley mexicana, una sanción penal. Los demás códigos penales, el federal y los de los estados, coinciden con el del Distrito Federal: el aborto es un delito, y sólo por excepción, no es punible. Sin embargo, en diferentes países, cada vez más, la tendencia del legislador es despenalizar y legalizar el aborto, permitiéndolo, con ciertas exclusiones, de manera abierta. Es así, que en esas legislaciones subsume la idea de que el aborto es un derecho de la mujer, además de ser un medio de control de la natalidad y la extrema medida para evitar una maternidad no deseada.

En los próximos años, la legislación mexicana deberá reconsiderar los presupuestos que llevaron a señalar al aborto como un delito. Deberá permitirse el gran debate que este tema conlleva y considerar, tomando en cuenta la opinión de quienes apoyan la tendencia despenalizadora y legalizadora, que el aborto nunca debe ser una alternativa ante la falla de los métodos anticonceptivos, pero sí será el reconocimiento del derecho que tiene la mujer, conjuntamente con su pareja (en su caso), a decidir sobre su propio cuerpo.

En el aborto no puede decirse que se atenta contra la vida del feto, puesto que todavía no nace y, por lo tanto, su existencia depende de la vida intrauterina que le proporciona la mujer. El feto vive de manera autónoma hasta el momento que nace. Independientemente de las discusiones médicas que esto acarrea, y que no son aquí el momento para explorar, habrá que considerar las causas y los motivos que otros países han tenido, para despenalizar y legalizar el aborto.

Un argumento, acaso decisivo, que alegan los impulsores de la despenalización y legalización, es que el aborto no tiene víctima,

toda vez que el feto sólo tiene la expectativa de convertirse en un ser humano, pero aún no lo es. El aborto es una realidad, y el legalizarlo permitiría su práctica en hospitales adecuados, abandonando el mundo clandestino donde ahora se desarrolla y que provoca la muerte de muchas mujeres. A mayor abundamiento, una contradicción de la ley es que al médico que causa un aborto, se le sanciona también con la suspensión del ejercicio de su profesión (artículo 146 del Código Penal para el Distrito Federal). Esto es una incongruencia, porque la intervención del médico puede salvar la vida de la mujer y, aun así, se le sanciona más que a la persona que sin preparación profesional lo realiza.

Por otro lado, y así como la mujer decide, en el aborto, sobre la interrupción de la gestación del que pudo ser su hijo, en el otro extremo, al final de la vida, nos encontramos con la eutanasia. Ésta consiste en la supresión voluntaria de la vida de otro, con el consentimiento de éste, o con el consentimiento de quien esté legitimado para hacerlo, cuando aquél se encuentre imposibilitado para manifestar su voluntad de morir.

Cuando la supresión de la vida se hace por propia mano, no estamos hablando de eutanasia propiamente, sino de suicidio. En este caso uno mismo es el que decide su muerte y la provoca, al contrario de la eutanasia, donde uno decide el momento de morir (o, en su caso, lo decide quien esté facultado para hacerlo), pero la muerte la provoca otro.

Las conductas que se sancionan en el Código Penal para el Distrito Federal (artículos 142 y 143) son:

1. Ayudar a otro para que se prive de la vida, consumándose el suicidio.
2. Prestar auxilio hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte.
3. Inducir a otro para que se prive de la vida, consumándose el suicidio.
4. Ayudar o inducir, sin que el suicidio se llegue a consumar por causas ajenas a la voluntad del que ayuda o induce, causándose lesiones.
5. Ayudar o inducir, sin que el suicidio se llegue a consumar por causas ajenas a la voluntad del que ayuda o induce, sin causar lesiones.

6. Ayudar o inducir al suicidio, a un menor de edad o a quien no tuviere capacidad de comprender la relevancia de su conducta o determinarse de acuerdo con esa comprensión.

El reto en esta materia será debatir la posibilidad de que la vida pueda ser considerada un bien jurídicamente disponible, y por lo tanto, cada uno puede decidir, libremente, sobre ella. Esto cobra especial importancia para el caso de enfermos graves, sin esperanza de cura y, en ocasiones, con grandes dolores y sufrimientos. Es por eso que a la eutanasia se le considera como "muerte por piedad". La eutanasia implicará no sólo provocar de manera directa la muerte, sino el suspender los tratamientos que sostengan la vida de manera artificial.

Pero ahí no debe concluir el debate sobre la eutanasia, sino que deberá abrirse al suicidio en general. Muchos suicidios se dan por sufrimientos emocionales o aun por consideraciones económicas, y no sólo por razones de salud. Entonces, el hecho de auxiliar en un suicidio no deberá ser punible, puesto que sólo se está facilitando la ejecución de una decisión tomada por quien se piensa suicidar. El auxilio al suicidio permitiría que no existieran errores en la ejecución, con la secuela de lesiones y dolores innecesarios. El que se suicida quiere morir, pero no quiere sufrir.

El primer país que despenalizó y legalizó la eutanasia es Holanda, mediante Ley que entró en vigor el 10. de abril de 2002, aun cuando por la práctica judicial, desde hace más de 25 años, se realizaban eutanasias que nunca eran sancionadas. El médico que realice una eutanasia debe presentar un informe, ante la Comisión Regional de Control que corresponda (integrada por un abogado, quien funge como presidente, un médico y un experto en ética), donde deberá acreditar:

1. El paciente desea que se le aplique la eutanasia y que está consciente de sus implicaciones.
2. El sufrimiento del paciente es insoportable y sin esperanza de mejora.
3. No existen alternativas razonables para poner fin al padecimiento del paciente.

Además, el médico debe solicitar la opinión de un colega. Comprobados los requisitos referidos, la Comisión resuelve que la euta-

nasia se hizo correctamente y que no hay lugar a persecución judicial. La eutanasia sólo será perseguible cuando no sea realizada conforme a lo mencionado.

El otro país que ha despenalizado y legalizado la eutanasia es Bélgica, mediante una ley que entró en vigor el 23 de septiembre de 2002. Se le autoriza a un médico a que ponga fin a la vida de un paciente, cuando se cubren los siguientes requisitos:

1. Que el paciente, con plena lucidez y conciencia, lo solicite de manera reiterada y por escrito.
2. Que el paciente sea mayor de edad y no esté sujeto a presiones externas.
3. Que la dolencia sea incurable y ocasione un sufrimiento físico o mental insoportable y constante.
4. Que el médico mantenga informado al paciente sobre su estado de salud y esperanza de vida, incluyendo las alternativas para sanar o paliar su padecimiento.
5. Que entre la solicitud y la eutanasia pase por lo menos un mes.
6. No es necesario que la enfermedad sea terminal, basta con que sea crónica.
7. Es válida una declaración anticipada, en la que el ciudadano manifiesta su voluntad de que se le practique la eutanasia, en caso de que un accidente o enfermedad grave le impida hacerlo.

#### 4. Despenalización del narcotráfico

Opio, morfina, codeína, heroína, sucedáneos sintéticos del opio, metadona, buprenorfina, pentazocina, tranquilizantes, benzodiacepinas, somníferos, narcóticos, cloroformo, éter, gas de la risa, fentaniles, vinos, licores, estimulantes vegetales, café, coca, cocaína, crack, anfetaminas, cafeína, MDMA o éxtasis, derivados del cáñamo, marihuana, hachís, mescalina, LSD, ergina, hongos psilocibios y sus alcaloides, ayahuasca, iboga, kava, fármacos<sup>16</sup> ... y así podemos continuar.

<sup>16</sup> Véase ESCOHOTADO, Antonio, *Aprendiendo de las drogas. Usos y abusos, prejuicios y desafíos*, 2a. ed., Barcelona, Anagrama, 1995.

El panorama en materia de drogas es vastísimo. Naturales y artificiales, duras o blandas, legales (como el alcohol y el tabaco) o ilegales, han acompañado siempre al hombre, en todas sus culturas, lo que conlleva una regulación específica. No existe una sola forma de organización social que no haya estado vinculada con alguna clase de droga. Su control y uso se ha realizado por motivos religiosos, convencionalismos sociales y regulaciones jurídicas.

De esta forma, en los antiguos pueblos andinos, el uso de la coca tenía fines medicinales y religiosos.<sup>17</sup> Hoy en día, determinadas comunidades indígenas siguen recurriendo a la coca. Para algunas culturas prehispánicas, cuyas tradiciones perduran en diversos pueblos indígenas asentados en territorio mexicano, el uso del peyote y de los hongos alucinógenos tenía y sigue teniendo connotaciones religiosas. Y en un caso más extendido en el mundo contemporáneo, el vino, como producto de la vid, forma parte de la liturgia de la Iglesia católica, y su uso se menciona en diversos pasajes de la Biblia, como en la ebriedad de Noé al concluir el diluvio universal,<sup>18</sup> y en las bodas de Caná.<sup>19</sup>

En la cultura de Occidente está popularizado el consumo de alcohol, al contrario de lo que sucede en países islámicos donde se prohíbe por motivos religiosos.<sup>20</sup> En estas naciones, donde el derecho no está secularizado, la vida se rige por los preceptos del Corán. Igualmente, el tabaco (cuyo componente esencial, la nicotina, es altamente

<sup>17</sup> Véase CÁCERES, Baldomero, GAGLIANO, Joseph A., BURCHARD, Roderick E., et al., *La coca andina. Visión indígena de una planta satanizada*, México, Juan Bolfo y Climent, Instituto Indigenista Interamericano, 1986.

<sup>18</sup> "Génesis", Capítulo 9, Versículos 18 a 29, en *La Sagrada Biblia, traducida de la Vulgata latina al español, aclarado el sentido de algunos lugares con la luz que dan los textos originales hebreo y griego, e ilustrada con varias notas sacadas de los Santos Padres y expositores sagrados. Tomo Primero, Antiguo Testamento*, por D. Félix Torres Amat, ilustrada por Gustavo Doré, Barcelona, Montaner y Simón, 1883, p. 14.

<sup>19</sup> "Santo Evangelio de Nuestro Señor Jesé-Christo según San Juan", Capítulo 2, Versículos 1 a 12, en *La Sagrada Biblia, op. cit.*, p. 132.

<sup>20</sup> Cfr. Ayatollah Al-Uzma As-Sayyed Imam Rohullah Musavi Al-Khomeini, *Las Leyes Prácticas del Islam* (trad. Mahammad Alí Anzaldúa-Morales, de Iman Khomeini, *The Practical Laws of Islam*, Teherán, Islamic Propagation Organization, 1985). Chihuahua, Algunos musulmanes, 1992, p. 2 (versión resumida de Fawdih Al-Masa'il); para el libro sagrado del Islam, puede consultarse la siguiente edición: MAHOMA, *El Corán* (trad. Joaquín García-Bravo). México, Época, 1982, XVI-457.

adictivo), tiene una larga tradición de uso y consumo. A la llegada de Cristóbal Colón a América, los indígenas nativos de la actual isla de Cuba, fumaban tabaco. Ciertamente estas dos sustancias están sujetas a una regulación jurídica, pero en la permisividad está subyacente el sentido medio, imperante en cada sociedad, de que es aceptable el consumir alcohol y tabaco.

Para la ley penal mexicana, son narcóticos "los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determinen la Ley General de Salud, los convenios y tratados internacionales de observancia obligatoria en México y los que señalen las demás disposiciones aplicables en la materia" (artículo 193 del Código Penal Federal).

Los estupefacientes están señalados en el artículo 234 de la Ley General de Salud. Toda vez que es un largo enunciado, más de 100 sustancias, señalaremos, a manera de ejemplo, algunas: *cannabis sativa*, índica y americana o marihuana, su resina, preparados y semillas; hojas de coca; cocaína, codeína; concentrado de paja de adormidera, que es el material que se obtiene cuando la paja de adormidera ha entrado en un proceso para concentración de sus alcaloides, en el momento en que pasa al comercio; heroína; metadona; morfina; opio; y paja de adormidera. El listado que se hace en la Ley General de Salud, incluye denominaciones técnicas como: acetildihidrocodeína; betaceltimetadol; codoxima; dihidromorfina; etonitaceno; fenadoxona; hidrocodona; isometadona; levometorfán; metazocina; nicocodina; oxicodona; petidina; racemeterfán; sufentanil; y tebaína.

Las sustancias psicotrópicas, que son más de 140, están señaladas en el artículo 245 de la Ley General de Salud y se dividen en cinco grupos: Grupo I. Las que tienen valor terapéutico escaso o nulo y que, por ser susceptibles de uso indebido o abuso, constituyen un problema especialmente grave para la salud pública. Grupo II. Las que tienen algún valor terapéutico, pero constituyen un problema grave para la salud pública. Grupo III. Las que tienen valor terapéutico, pero constituyen un problema para la salud pública. Grupo IV. Las que tienen amplios usos terapéuticos y constituyen un problema menor para la salud pública. Grupo V. Las que carecen de valor terapéutico y se utilizan corrientemente en la industria.

Entre las sustancias psicotrópicas están las siguientes: LSD o dietilamida del ácido d-lisérgico (grupo I); mescalina o peyote

(grupo I); hongos alucinantes de cualquier variedad botánica (grupo I); anfetamina (grupo II); metanfetamina (grupo II); pentobarbital (grupo II); benzodiazepinas (grupo III); diazepam (grupo III); barbital (grupo IV); cafeína (grupo IV); fenobarbital (IV); y pentotal sódico<sup>21</sup> (grupo IV).

Según lo previsto en el artículo 246 de la referida Ley General de Salud, la Secretaría de Salud determinará otras sustancias, distintas de las señaladas en el citado artículo 245, que deban ser consideradas como psicotrópicas. Con fundamento en aquel precepto, se han publicado el "Listado por el que se adicionan las sustancias psicotrópicas que se mencionan, al grupo I del artículo 245 de la Ley General de Salud" (*Diario Oficial*, 9 de julio de 1996); y el "Listado por el que se adicionan las sustancias psicotrópicas que se mencionan, a los grupos II, III y IV del artículo 245 de la Ley General de Salud" (*Diario Oficial*, 24 de octubre de 1994, modificado el 26 de julio de 1995).

Los actos que reprime el Código Penal Federal, en materia de narcóticos, son: producir (entendiéndose como manufacturar, fabricar, elaborar, preparar o adicionar algún narcótico), transportar, traficar, comerciar (consistente en vender, comprar, adquirir o enajenar algún narcótico), suministrar (aun gratuitamente), o prescribir algún narcótico sin la autorización correspondiente; introducir o extraer del país, aun en forma momentánea o en tránsito; aportar recursos económicos o de cualquier especie, o colaborar de cualquier manera al financiamiento, supervisión o fomento para posibilitar la ejecución de algún delito en materia de narcóticos; realizar actos de publicidad o propaganda (proselitismo); permitir, autorizar o tolerar, tratándose de servidores públicos, cualesquiera de las conductas referidas; poseer; desviar o contribuir a desviar precursores químicos, productos químicos esenciales o máquinas, al cultivo, extracción, producción, preparación o acondicionamiento de narcóticos; administrar a otra persona, sea por inyección, inhalación, ingestión o por cualquier otro medio, algún narcótico; suministrar gratis o prescribir a un tercero, algún narcótico, para su uso personal e inmediato; inducir o auxiliar otro para que consuma cualesquiera de los narcóticos; sembrar, cul-

<sup>21</sup> Conocido como "suero de la verdad".

tivar o cosechar plantas de marihuana, amapola, hongos alucinógenos, peyote o cualquier otro vegetal que produzca efectos similares; y consentir la siembra, el cultivo o la cosecha de estas plantas, en un predio del cual sea propietario, tenedor o poseedor.

Como disposiciones complementarias, están, por un lado, la Ley Federal para el Control de Precursores Químicos, Productos Químicos Esenciales y Máquinas para elaborar cápsulas, tabletas y/o comprimidos; y, por otro, el Apéndice I del Código Penal Federal.

La Ley de Precursores tiene por objeto controlar la producción, preparación, enajenación, adquisición, importación, exportación, transporte, almacenaje y distribución de precursores químicos, productos químicos esenciales y máquinas para elaborar cápsulas, tabletas y comprimidos, a fin de evitar su desvío para la producción ilícita de narcóticos. Fue publicada, en el *Diario Oficial de la Federación*, el 26 de diciembre de 1997.

A su vez, el Apéndice I del Código Penal Federal se aplica en los casos previstos en el artículo 195 bis de este ordenamiento, y ahí se mencionan, de manera expresa, las siguientes sustancias: Tabla 1. marihuana, resina de *cannabis (haschich)*, morfina, buprenorfina, clorhidrato de cocaína, sulfato de cocaína, heroína, fentanil, y meperidina; Tabla 2. PCP, mezcalina, LSD, psilocibina, ICE, y metanfetamina; Tabla 3. diazepam, flunitrazepam, fenproporex, trihexifenidilo; y clorodiazepóxido; Tabla 4. secobarbital, mecualona, pentobarbital, rafetamina, y dextroanfetamina.

La represión en materia de producción, tráfico y consumo de drogas es una política compartida por todos los países. Las legislaciones internas y los instrumentos de derecho internacional público coinciden en la necesidad de combatir el narcotráfico. Su existencia, desarrollo y expansión está llegando a significar, un peligro contra la existencia misma de los Estados. El narcotráfico puede establecer relaciones delictivas con la delincuencia común, con los movimientos guerrilleros y con el terrorismo, siendo la motivación en estos dos últimos casos, la de allegarse financiamiento y recursos.

Las organizaciones delictivas dedicadas al narcotráfico, como los cárteles de la droga,<sup>22</sup> han adquirido poder económico transnacional,

<sup>22</sup> Las organizaciones criminales han tomado diversas denominaciones. Así, existen la Cosa Nostra (Estados Unidos); Cárteles (México y Colombia); Mafia (Jamaica, Tur-

influencia política y poderío casi militar. Con las armas, barcos, aviones, helicópteros a los que tiene acceso la delincuencia organizada, derivados de sus grandes recursos financieros, provoca que, en muchas ocasiones, pueda enfrentarse, en un plano de igualdad, con las fuerzas policíacas y militares con que cuentan los gobiernos.

La actividad económica del narcotráfico provoca corrupción, lavado de dinero y demás delitos relacionados con el mismo, que implican un ataque a la salud pública, a las instituciones financieras, al Estado mismo y, acaso lo más grave, a millones de personas en lo individual.

El narcotráfico es un negocio que arroja grandes ganancias, en millones de dólares, y que, a pesar de las severas penas que se imponen, cada vez más atrae a posibles delincuentes, que convierten esta actividad ilícita en su forma de vida. El Estado y la sociedad están perdiendo la batalla contra las drogas. Las acciones que, en mayor o menor medida, han tomado todos los gobiernos, son impotentes ante el desarrollo del narcotráfico.

Luego entonces, será necesaria una medida extrema para erradicar el narcotráfico. Y esa medida podrá ser la despenalización y, en su caso, la legalización de la droga. Esto, que para algunos puede sonar inconcebible, será uno de los grandes retos que deberá abordar, tarde o temprano, el derecho penal.

Los razonamientos que dan quienes propugnan por esta radical decisión son, de una manera resumida, los siguientes:

1. El 16 de enero de 1920 entró en vigor, en Estados Unidos, la que sería conocida como "Ley Volstead" (por el nombre del legislador puritano Andrew Volstead, que fue quien la propuso al Congreso, 6 meses antes) o "Ley Seca", por la cual, todas las bebidas que contuvieran alcohol en graduación superior al 5% eran intoxicantes y, por lo tanto, quedaba prohibida su fabricación, importación y distribución. A esta ley se opusieron congresistas tan prominentes como Franklin Delano Roosevelt, y el propio presidente Woodrow Wilson, quien dijo, al enterarse que el Congreso había aprobado la Ley: "Los

quía, Rusia, Chechenia y Georgia); Tríadas (China); Yakuza (Japón); Bandas (Nigeria); y para el caso especial de Italia, tenemos a la Mafía (Sicilia), a la Camorra (Nápoles) y a la Andrangheta (Calabria).

americanos quieren beber en paz; de ahora en adelante, beberán como puedan... pero beberán".<sup>23</sup>

La prohibición se impuso, pero el pueblo estadounidense quería seguir bebiendo y lo hizo, pero ahora de manera ilegal. Entonces aparecieron organizaciones de delincuentes que contrabandeaban, o producían ellos mismos, las bebidas alcohólicas, y las ofrecían al consumidor. Se dieron cuenta del productivo negocio que era ofrecer las bebidas alcohólicas que la inmensa mayoría de la gente seguía consumiendo. No importó si en muchos casos, ese alcohol era de baja calidad y, ahora sí, nocivo a la salud.

Este es el origen de las mafias norteamericanas, que después de 1933, cuando la Ley Seca fue abolida, se dedicaron a otras actividades ilícitas. Pero su nacimiento se dio aquí. Es así, que delincuentes tan tristemente célebres como Al Capone, Bugs Moran, Giacomo Colósimo, Johnny Torrio y Frank Nitti, entre muchos otros, nacieron en el mundo de la delincuencia organizada.

Asimilando esta parte de la historia de Estados Unidos, y comparándola con el desarrollo y evolución del narcotráfico, vemos que el origen de los cárteles y otras organizaciones criminales, es similar al que motivó el nacimiento de aquellas mafias: el ofrecer una mercancía prohibida, que se consumía antes y se seguirá consumiendo, se convierte en un gran negocio, y más si su uso, producción y consumo es ilícito. El carácter clandestino aumenta el precio de las cosas, de cualquier mercancía o actividad.

2. En Holanda el uso de drogas blandas está tolerado, que no legalizado. Es así, que la ley holandesa sobre narcóticos, conocida como Ley del Opio, distingue entre drogas blandas (sustancias derivadas de la planta del cáñamo, la marihuana y el hachís) y las drogas duras. Las blandas se consideran menos peligrosas para la salud y son objeto de una política tolerante, mientras que las duras (heroína, cocaína y las drogas de diseño), son consideradas como sustancias que originan un alto riesgo para la salud.

El objeto de la política holandesa en esta materia, es eliminar los riesgos que entrañan las drogas para el consumidor y para la socie-

<sup>23</sup> Cfr. GARMABELLA, José Ramón, "Recopilación, introducción y comentarios", en NESS, Eliot, *La verdadera historia de Los Intocables*, México, Electrocomp., 1985.

dad. Sigue siendo punible el tráfico, importación, exportación, transporte, elaboración, venta y tenencia de drogas. La posesión de drogas blandas para consumo propio, por una cantidad no superior a 30 gramos, constituye una infracción, pero no un delito grave. Igualmente, para el caso de las drogas duras, esa cantidad para consumo propio debe ser menor a 0.5 gramos. El consumo no es punible.

La venta se castiga severamente, excepto cuando sean drogas blandas y se haga en establecimientos autorizados, que se conocen como *coffee shops*. El primero fue fundado en Amsterdam, por Wernard Bruining, en 1974, quien decidió vender marihuana en su cafetería, denominada Mellow Yellow. Dos años después la ley holandesa regula estos establecimientos, y actualmente son lugares donde no se permite el consumo de alcohol ni la venta de drogas blandas en una cantidad superior a 5 gramos por persona y por vez. Estos lugares no venden drogas duras, no hacen publicidad y se encuentra prohibida la entrada a menores de 18 años. Su objetivo es evitar que el consumidor entre en contacto con los ambientes donde se consumen drogas duras.

Esta tolerante política holandesa va acompañada de otras medidas, como son: el suministro de agujas a los adictos; la implantación de programas de prevención; el funcionamiento de programas de estabilización de dependientes, que les permite si no terminar con el uso de drogas por lo menos no incrementarlo.

Todas las anteriores medidas han reducido la criminalidad que conlleva todo el medio de las drogas, y se ha reducido su consumo. Por ejemplo, se proporciona metadona (un opiáceo sintético), para sustituir a la heroína, y aun cuando también es adictiva, disminuye el uso de la droga, no es tan peligrosa para la salud como la heroína y existen pocas posibilidades de que el adicto muera de una sobredosis.

En 2002, el parlamento holandés se pronunció a favor de legalizar el uso de la marihuana y el hachís con fines medicinales. De esta forma, Holanda continúa adelante de los países liberales, en materia penal, al legalizar la eutanasia, la prostitución desde hace tiempo y, de esta forma, la marihuana y el hachís para usos curativos.

Esta tendencia puede verse en otros países europeos: Suiza, en el año 2000, legalizó el uso de drogas blandas; Gran Bretaña experimenta en pacientes con esclerosis múltiple, el uso de marihuana y en caso de que los experimentos sean un éxito, está dispuesta a legislar en la

materia; en Bélgica, a partir de 2001, fumar marihuana es legal; y aun Alemania y Francia dan señales de una regulación más flexible.

3. Toda vez que el principal atractivo y motivación para el narcotraficante es la ganancia económica, rompiendo ese esquema se deberá acabar el negocio. La droga es cara, porque cuesta mucho, dado su carácter clandestino, el producirla, transportarla y traficarla. Al despenalizarla quedaría sujeta a las leyes del mercado, como cualquier mercancía. Usualmente, el narcotraficante no lleva su conducta más allá de obtener una ganancia (aun cuando su propio actuar le pueda redituar otro tipo de beneficios, como relaciones sociales o económicas). Sin embargo, no tiene pretensiones de destruir al Estado, como lo tiene un delincuente político, aun cuando lo ataque y debilite, porque su pretensión no es esa, es resultado pero no la motivación esencial. Por eso se le debe atacar en el aspecto que realmente le afecta que es el económico.

Al abaratare la droga, los adictos destinarían menos recursos económicos a adquirir la droga, lo que los alejaría de las conductas ilícitas a las que recurren, en muchas ocasiones, para allegarse de medios, como el robo o la prostitución, y aun las lesiones o el homicidio. Algunos adictos se convierten, ellos mismos, en traficantes, para obtener dinero destinado a adquirir droga o reciben droga en pago. Por otro lado, las comunidades urbanas y rurales donde se desarrolla el narcotráfico y, en general, cualquier medio social que tenga relación con él, se ve envuelto en una espiral inflacionaria, que afecta la economía de regiones enteras. Expliquémonos: el narcotraficante tiene acceso a grandes recursos económicos, por lo que fácilmente puede satisfacer sus necesidades de cualquier clase, a través de la adquisición de bienes y servicios. Pero esa adquisición desmesurada provoca, en un juego de oferta y demanda, que suban los precios y que esos bienes y servicios queden fuera del alcance de muchas personas que no están dentro del narcotráfico. Al ofrecer mucho dinero por una cantidad limitada de satisfactores materiales, su precio aumenta; a mayor demanda, mayor precio. Este es otro motivo para que los jóvenes vean en el narcotráfico no sólo la única opción (en medios sociales con pocas posibilidades de progreso), sino la mejor, como medio de vida, toda vez que les dará el respaldo económico que, están convencidos, ninguna actividad lícita les puede dar. Al

despenalizar el narcotráfico todo lo anterior se evitaría de una manera radical.

4. El alcohol y el tabaco (a través de diversos elementos, pero principalmente de la nicotina) son adictivos y tienen las características de cualquier otra droga, con la única diferencia de que el uso está permitido. En gran parte de los delitos culposos y de los delitos violentos está presente el alcohol. Igualmente, el tabaco provoca miles de enfermos, llevando consigo una secuela de dolor y muerte, además de las enormes pérdidas económicas que implica el menoscabo físico de personas en plena edad productiva. Y a pesar de esto, el consumo del alcohol y del tabaco está permitido y, en ciertos ambientes sociales, hasta promovido y festejado. Pero así como se permite este uso, debe aplicarse el mismo criterio para las otras drogas. El adicto debe elegir qué sustancias ingiere, como el que consume alcohol o tabaco, y hacerse responsable de las consecuencias. Mientras su conducta no afecte a otros, y sólo permanezca en su ámbito personal, es de su exclusiva responsabilidad.

5. Hemos visto, a lo largo de la historia, como lo que constituye una sustancia prohibida cambia con el tiempo, según la sociedad de que se trate. Por ejemplo, en Europa, en el siglo XIX, estaba generalizado el uso del opio y sus derivados, sin que existiera ninguna represión penal; o entre los aztecas, la ebriedad ocasionada por el uso del pulque, era severamente castigada. Aún en el México de 1940 era común ver los camellones del Distrito Federal sembrados de amapola.

De esta forma, en materia de narcóticos cada vez más se reprime su producción, comercio y consumo. La tendencia es a incluir un número creciente de sustancias, como drogas prohibidas. Esto ha tenido como consecuencia que las actividades que antes no eran ilícitas, pasen al submundo de la droga, con la clandestinidad y peligro que acarrea. Los pueblos americanos, que utilizan ancestralmente determinadas plantas, por motivos religiosos o como medicina, ahora se ven reprimidos. El peyote, para las comunidades indígenas de México y del sur de Estados Unidos, ha sido siempre un vehículo de comunicación con los dioses; igual puede decirse de los hongos alucinógenos, para las etnias del sureste mexicano. Caso similar al de la

planta de la coca, en los pueblos de América del Sur, que siempre tuvo usos medicinales. La desmedida represión provocará que estas y otras tradiciones pasen al mundo de lo ilícito.

Por lo tanto, la despenalización debe volver las cosas al estado que tenían antes de este desmedido afán de incluir, en un número cada vez mayor, sustancias que antes eran legales (o que, por lo menos, estaban permitidas o toleradas), en el catálogo de las ilícitas y prohibidas. Si antes no eran ilegales, ahora no debe existir, de fondo, una razón para que estén fuera del mundo de la legalidad.