

INTRODUCCIÓN

En solidaridad con las víctimas que han padecido de manera directa o indirecta el dolor causado por los actos terroristas y el crimen organizado.

Dedicado a todos aquellos que han sacrificado y dedican sus vidas a la prevención y al combate contra la delincuencia organizada, contra el terrorismo, y contra el cáncer de la corrupción.

El propósito de esta breve introducción es delinear el por qué, el qué y el cómo de la presente obra. Éste es el segundo volumen de una colección de compilaciones que coordino por encomienda de mi estimado amigo el doctor Diego Valadés, director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. El objetivo de dicha colección es estudiar los llamados “temas de no mercado” a la luz del análisis económico del derecho, o AED, para hacer del derecho un medio y un fin del desarrollo sustentable.

Cabe preguntarnos: ¿qué debemos entender por AED?, ¿dónde comienza una teoría: en un esfuerzo desinteresado por entender al mundo, en un intento por justificar una recomendación política o en un conjunto de creencias acerca de cómo debe ser evaluado un paradigma?, ¿es política, ciencia o filosofía la meta última?¹ El análisis económico del derecho, “a semejanza de la gran esfinge en el desierto”, irrumpió en el escenario de las políti-

¹ Véase Rose-Ackerman, Susan, “Law and Economics: Paradigm, Politics or Philosophy”, en Mercuro, Nicholas (comp.), *Law and Economics*, Kluwer, Academic Publishers, 1988, pp. 233-254.

cas públicas provocando la curiosidad del filósofo con su mirada enigmática.² ¿En qué consiste?, ¿qué tan útil puede ser en los asuntos de políticas públicas?, ¿por qué?

Como movimiento, el análisis económico del derecho se desarrolló a partir de la agenda del realismo jurídico. Éste enseñaba que los estudiosos del derecho deberían ocuparse de la ley tal como funciona en la práctica, haciendo uso de las ciencias sociales, y que la economía fungía como una de las ciencias sociales a la cual podían recurrir los abogados académicos.³ Sobre esta base, y partiendo de sus modestos comienzos en la década de 1960, el movimiento del análisis económico de la ley cobró fuerza como tendencia intelectual. En la actualidad existen tres asociaciones fieles al movimiento: la Asociación Europea del Derecho y la Economía (AEDE), fundada en 1984; la Asociación Americana de Derecho y Economía (AADE), fundada en 1991,⁴ y la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía (ALACDE), fundada en 1994 por los doctores en políticas públicas Edgardo Buscaglia y Andrés Roemer. En palabras del doctor Roger van den Bergh, presidente de la AEDE:

El movimiento del derecho y la economía ha representado el mayor reto intelectual del saber jurídico en las últimas décadas. Los

² *Cfr.* Cooter, Robert D., “The Best Right Laws: Value Foundations of the Economic Analysis of Law”, *Notre Dame Law Review*, vol. 64, núm. 5, 1989, pp. 817 y 818.

³ Para los antecedentes generales del movimiento del realismo jurídico estadounidense véase Purcell, Edward A., “The Rise of Legal Realism”, *The Crisis of Democratic Theory*, University of Kentucky Press, 1973, y Hutchinson, D., *History of American Legal Thought, II: The American Legal Realists*, Escuela de Derecho de la Universidad de Chicago, 1984 (manuscrito no publicado).

⁴ George L. Priest, primer presidente de la AADE, informó que durante 1991-1992 la membresía de la asociación constaba de 349 afiliados nacionales y 72 extranjeros. William M. Landes, presidente de la asociación en el periodo 1992-1993, informó que la membresía se incrementó a 390 afiliados nacionales y 92 extranjeros. Por su parte, A. Mitchell Polinsky notificó que durante 1993 la membresía aumentó a 416 afiliados nacionales y 96 extranjeros.

conceptos económicos se aplican para explicar y esclarecer los asuntos legales, no sólo respecto al derecho mercantil, a la ley antimonopólica y al derecho fiscal, en los que el vínculo entre las disciplinas jurídica y económica es obvio, sino también respecto a una amplia gama de *actividades de no mercado* que van desde los asuntos de responsabilidad civil hasta los asuntos familiares y penales. El movimiento del derecho y la economía ha influido la legislación y los antecedentes jurídicos. Importantes revistas académicas publican artículos en ese campo,⁵ y el derecho y la economía han llegado a ser parte integral de la educación jurídica y económica en las universidades más prestigiadas de Estados Unidos, como Chicago, Yale, Harvard, Stanford y Berkeley.⁶

Los estudiosos ocupados en esta rama del análisis económico del derecho han planteado dos tesis:

- 1) Las personas actúan como maximizadoras racionales de sus satisfacciones al decidir casarse o divorciarse, cometer o abstenerse de cometer delitos, llevar a cabo un arresto, litigar o poner fin a un juicio y fijar una edad obligatoria para el consumo de bebidas alcohólicas.

⁵ En la actualidad existen cuatro revistas dedicadas al análisis económico del derecho: *Journal of Law and Economics*; *International Review of Law and Economics*; *Journal of Legal Studies*, y *Journal of Law, Economics and Organizations*.

⁶ Los argumentos y perspectivas de los análisis económicos se desarrollan con frecuencia en el primer año de la carrera de derecho y cada una de las principales escuelas de leyes de los Estados Unidos cuenta, por lo menos, con un doctor en economía en su plantilla de profesores.

Las escuelas que actualmente cuentan con uno o más doctores de economía en su cuerpo regular de profesores (no entre los adjuntos) son: Berkeley, Chicago, Columbia, Cornell, Harvard, Stanford, Texas, Tulane, Virginia, Wisconsin y Yale (en ciertos casos, los nombramientos de profesores los otorga la Escuela de Leyes del Departamento de Economía, aunque en la mayoría de las escuelas mencionadas hay, por lo menos, un economista nombrado exclusivamente para contribuir con el cuerpo de profesores de la escuela de leyes). No pretendemos que esta lista sea completa... (cfr. Gelhorn, Ernest y Robinson, Glen O., "The Role of Economic Analysis in Legal Education", *Journal of Legal Education*, vol. 33, núm. 2, junio de 1983, p. 265, n. 76).

- 2) Las normas jurídicas crean precios implícitos para diferentes tipos de conducta, y las respuestas a esos precios implícitos pueden examinarse de la misma manera en que los economistas examinan la respuesta de los consumidores a los precios explícitos de cualquier bien o servicio.⁷

A pesar de su crecimiento casi exponencial, particularmente desde 1983, el análisis económico del derecho representa todavía una corriente de importancia menor en México. A pesar de ello, su ritmo de crecimiento y la debilidad de sus adversarios auguran que el análisis económico del derecho llegará pronto a ser una tendencia importante en la investigación jurídica y en los asuntos de políticas públicas.

La controversia con respecto al sitio que el análisis económico del derecho ocupa dentro del campo de las políticas públicas se reduce al debate en relación con lo que es y lo que debiera ser el derecho.

El derecho es tanto un depósito de ideales públicos de justicia como un campo de batalla donde se dirimen los intereses personales y de grupo por conseguir ventajas, además de ser un instrumento importante para alentar la eficiencia y sus beneficios.

El poder del análisis económico de las leyes deriva, mayoritariamente, de la claridad y congruencia que aporta a la definición del término y a la descripción de los conceptos. Nos permite esclarecer aquello de lo que hablamos y enfocar con precisión el tema de la discusión. Además, esta claridad permite la construcción formal de modelos, y éstos, a su vez, posibilitan que el razonamiento causal avance con mayor certidumbre, además de mostrar explícitamente cuáles supuestos están detrás del análisis y cuál es su efecto sobre el resultado. En otras palabras, la economía nos ofrece una sintaxis y una semántica más poderosa para la argumentación jurídica.

⁷ Véase Kornhauser, Lewis A., "The Great Image of Authority", *Stanford Law Review*, vol. 36, núms. 1 y 2, enero de 1984, pp. 349-389.

En distintas oportunidades nos hemos ocupado de estudiar, mediante el AED, *actividades de no mercado*, particularmente aquellas que atañen a la creatividad,⁸ las emociones⁹ y la destructividad.¹⁰ En esta oportunidad, nos ocuparemos de un tema trascendente que ha demostrado la fragilidad de los Estados modernos y que por ello demanda la confección de un sistema de seguridad que nos permita vivir en libertad y sin miedo a ser víctimas de un “juego” perverso en el que no elegimos participar. Me refiero al crimen organizado y particularmente al terrorismo: esa forma de subversión violenta que ha pasado de ser el último recurso de los inconformes a ser el recurso más certero, ya sea porque fácilmente capta la atención de la opinión pública o porque un atentado trasciende en el tiempo, es decir, una vez cometido un atentado terrorista en determinada ciudad, sus habitantes vivirán, al menos durante un tiempo, el *terror* de sentirse vulnerables y acechados.

El problema de la delincuencia organizada es prioritario en la agenda nacional e internacional, dado que afecta temas de vida o muerte; es grave y por ende requiere de políticas públicas eficaces para ser mitigado. En lo mediato, los Estados deben eliminar cualquier incentivo perverso que motive estas acciones (miseria, ignorancia, discriminación, marginación, intolerancia, fundamentalismo, afanes eugenésicos, etcétera); mientras que en lo inmediato se deberán tomar las previsiones necesarias para disuadir a terroristas potenciales y capturar, sancionar y recluir a delincuentes de la delincuencia organizada.

⁸ Roemer, Andrés, *Enigmas y paradigmas: una exploración entre el arte y la política pública*, México, Noriega, 2003.

⁹ Roemer, Andrés, *Felicidad: un enfoque de derecho y economía*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005; *id.*, *Sexualidad, derecho y políticas públicas*, México, Miguel Ángel Porrúa-Academia Mexicana de Derecho y Economía-Instituto de Seguridad Social y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, 1998.

¹⁰ Roemer, Andrés, *Economía del crimen*, México, Limusa.

De acuerdo con lo anterior, cualquier recomendación de política o de ley debe ir más allá del mero principio de la eficiencia; en el caso concreto del terrorismo y la delincuencia organizada, es necesario atender al cumplimiento de los siguientes requisitos: disuadir al delincuente de cometer violaciones a la ley; disuadir a la sociedad en general de cometer tales actos; lograr que la sociedad perciba la impartición de justicia al castigar a los delincuentes (dado que la sociedad demanda justicia), y conseguir que tanto la sociedad como los delincuentes sientan la severidad del castigo impuesto justa y proporcional a la violación cometida por los hostigadores de la seguridad.

En el prefacio a la colección de ensayos intitulada *Heretics*, Chesterton escribe lo siguiente:

Hay personas —entre las cuales meuento— para las que lo más práctico e importante de un hombre es su punto de vista sobre el universo. Pensamos que a la dueña de una residencia de huéspedes le importa lo que gana un huésped antes de aceptarlo, pero que todavía le importa más conocer su filosofía. Pensamos que, antes de luchar, a un general le importa saber el número de tropas del enemigo, pero que aún le importa más conocer la filosofía de ese enemigo.¹¹

A este respecto, pensamos lo mismo que Chesterton. Estamos seguros de que todos y cada uno de ustedes, estimados lectores, detentan su propia filosofía, y que una de las cuestiones más interesantes que los involucra es el modo de visualizar el sentido de la vida y de lo humano.

Teniendo en mente estas consideraciones, la presente obra busca conformar una herramienta valiosa en el diseño de políticas públicas en materia de seguridad nacional e internacional mediante una selecta revisión de la literatura. Sin embargo, co-

¹¹ Chesterton, Gilbert Keith, *Heretics*, Nueva York, John Lane, 1905. Las citas corresponden a las pp. 15 y 16.

mo en toda revisión bibliográfica, la selección de los trabajos implica la triste exclusión de otros. Numerosos textos relevantes fueron considerados y sin embargo no elegidos.

La metodología utilizada en la selección se basó en los criterios siguientes: *a)* incluir textos que expongan con claridad las dimensiones del problema; *b)* incorporar ensayos que propongan soluciones viables y concretas para combatir la delincuencia organizada y el terrorismo; *c)* conformar una obra interdisciplinaria, de tal suerte que logre sinergia holística y ofrezca una visión integral del problema de la seguridad nacional e internacional, y *d)* ofrecer contribuciones en las que se manifiesten las causas de las conductas criminales, para así saber desde dónde partir hacia soluciones más eficaces.

Tomando en cuenta la metodología en cuestión, este libro reúne ideas de destacados intelectuales y estudiosos cuya contribución a la investigación interdisciplinaria del crimen organizado y del terrorismo es inestimable.

Los trabajos siguientes pretenden resumir las mejores prácticas internacionales que han dado resultado en el combate contra el terrorismo y la delincuencia organizada; ambos fenómenos criminológicos vinculados por su naturaleza y por sus necesidades operativas-logísticas en todas las regiones del orbe. El análisis económico del derecho y de las políticas públicas representa en dicho contexto un insumo fundamental para asegurar la formación de propuestas técnicas rigurosas.

En este sentido, es necesario identificar aquellos canales por los cuales los sistemas legales y judiciales afectan la lucha contra el crimen y, en consecuencia, el desarrollo económico. Es éste el ámbito disciplinario del análisis económico del derecho que identifica, analiza y propone políticas públicas dirigidas a promover mayores niveles de predictibilidad, consistencia —y coherencia en la aplicación—, interpretación y ejecución de políticas públicas, todo esto con vistas a eliminar las barreras que impidan la mayor inversión de los esfuerzos humanos en actividades gene-

radoras de riqueza.¹² Son éstas las áreas donde el análisis económico del derecho se concentra para generar marcos teóricos y prácticos, al vincular desarrollo legal-judicial así como desarrollo económico-social, cuya función sea base para la elaboración de diagnósticos empíricos y propuestas de reformas institucionales.

Dentro de esta concepción metodológica, las políticas públicas en materia penal deben focalizarse en un mejoramiento de la definición y de la aplicación del derecho procesal y sustantivo con el fin de promover menor incertidumbre entre aquellos actores sociales que son víctimas o posibles víctimas de delitos. Esto resultará de combinar efectos de disuasión y prevención con el objetivo de alterar el cálculo costo-beneficio de aquellos individuos u organizaciones que contemplen la posibilidad de cometer delitos.

Los costos de aplicación efectiva de las normas que enfrentan los subsistemas de prevención, procuración, impartición de justicia y de readaptación social, en parte, dependen además de la legitimidad de las instituciones del Estado percibidas por los ciudadanos. Esta legitimidad institucional, a la vez, depende del consenso social implícito en la generación de estas mismas normas sustantivas y procesales que rigen el funcionamiento de los sistemas de justicia. Uno de los casos de lucha contra la delincuencia organizada y el terrorismo, mayormente estudiado, lo constituye Italia¹³ (ejemplificado por el caso Palermo). La experiencia italiana demuestra que, para lograr mayor efectividad en la lucha contra la delincuencia organizada y el terrorismo, se requiere mayor coordinación interinstitucional entre órganos de inteligencia, policías, fiscales y jueces; pero de la mano de una alianza operativa entre el Estado y la sociedad civil en áreas liga-

¹² Para un análisis a profundidad de este tema véase *World Development Report* (1997, 1998, 1999 y 2000), Washington D. C., The World Bank.

¹³ Orlando, Leoluca, *Fighting the Mafia and Renewing Sicilian Culture, Hardcore*, 2000.

das a la educación, la salud pública y la recreación. Es por ello que todo estudio que haya analizado cómo incrementar los niveles de gobernabilidad en el sector público ha concluido que los sistemas de administración de justicia que imponen mayores costos a la sociedad son también aquellos sistemas que poseen baja legitimidad institucional (percibida ésta por los mismos funcionarios judiciales y usuarios de estos subsistemas).¹⁴

Una economía moderna de mercado requiere de un marco normativo que sea capaz de redefinir y proteger derechos de propiedad complejos ante la emergencia de nuevas formas corporativas y tecnológicas. Una economía moderna requiere, asimismo, mecanismos judiciales y normativos para definir y ejecutar contratos de creciente complejidad con la finalidad de extenderlos a nuevas formas de propiedad intangible. Adicionalmente, una modernización de la economía requiere de mecanismos judiciales que protejan a las víctimas de delitos ligados al uso de nuevas tecnologías. Éstos son tan sólo unos cuantos ejemplos de la gran flexibilidad que requieren los sistemas legales y judiciales para adaptarse a la modernización de la interacción social en general y económica en particular. En este contexto, si los sistemas judiciales están pobemente adaptados a la modernización económica, entonces se verá que la interacción social ocasionará mayores conflictos y se producirá un mayor divorcio entre los ciudadanos y sus instituciones públicas. Debido a los mayores índices delictivos, la cooperación social será más difícil y las consecuentes disputas ocasionarán mayores costos para las partes en conflicto y para el sistema judicial en particular. Es imperativo, por lo tanto, identificar aquellos canales a través de los cuales los sistemas legales y judiciales puedan disminuir los comportamientos antisociales en mayor medida y a un menor costo. Es en estas áreas donde el análisis económico del derecho posee ventajas comparativas en proporcionar propuestas de política pública.

¹⁴ Governance Works, *World Development Report (1997)*, Washington D. C., The World Bank.

La magnitud de las profundas transformaciones económicas que han experimentado los países en desarrollo hacia la globalización, desregulación y privatización de sus activos públicos, que a la vez implican el incremento en la aplicación del derecho público hacia más complejas relaciones entre Estado y sociedad, han generado un ‘lado oscuro’ de la globalización, mismas que aparejan mayores oportunidades para cometer delitos de alta complejidad (por ejemplo: tráfico de seres humanos, lavado de dinero y delincuencia organizada en general). En dicho contexto, la comunidad internacional ha desarrollado instrumentos legales (por ejemplo convenciones de la ONU) que se ratifican a un ritmo acelerado por los países miembros de organismos internacionales.

Estos desafíos que enfrentan los líderes de las sociedades contemporáneas imponen preguntas que el análisis económico del derecho altamente capacitado debe responder para así delinear e implementar una futura generación de políticas públicas de óptima calidad en México. Por ejemplo: ¿a través de qué aspectos el derecho penal afecta el desarrollo social en general y el crecimiento económico en particular?, ¿en qué medida se afecta el desarrollo económico y social al promover un ejercicio efectivamente transparente y predecible de parte de la autoridad judicial?, ¿en qué medida los proyectos privados de inversión se ven beneficiados por la presencia de jueces, fiscales y de un cuerpo policial que protejan realmente con efectividad, eficiencia y equidad a la persona física y legal de los ciudadanos de un país en general y de sus inversionistas privados en particular? Todo esto por medio de decisiones judiciales que sean ejecutadas por parte de las autoridades mediante procedimientos que se beneficien de la ausencia de sesgos o corrupción y por la presencia de independencia y autonomía de las instituciones judiciales en relación con el ámbito político del gobierno en turno; hecho que promueve imparcialidad procesal ante las partes. Estas preguntas han sido abordadas por el análisis económico del derecho a través de

verificaciones empíricas¹⁵ y han servido de insumos para la elaboración de la presente obra.

Los autores de los trabajos contenidos en esta obra cuentan con décadas de experiencia práctica como funcionarios de organismos internacionales dedicados a la lucha contra delitos de alta complejidad o como líderes de instituciones policiales, judiciales y fiscalías en la lucha contra la delincuencia organizada y el terrorismo en cuarenta y cinco países del mundo, incluyendo a México. Estos autores abordan los diversos enfoques de la lucha contra la criminalidad de alta complejidad con base en un enfoque interdisciplinario sustentado en sus rigurosas formaciones académicas plasmadas en diversas publicaciones. En este marco, serán analizados los requisitos legales, judiciales, operativos y sociales de prevención para el más efectivo combate contra el terrorismo y la delincuencia organizada.

Ciertas preguntas abordadas por los autores incluyen las de Edgardo Buscaglia, así como de Samuel González-Ruiz y César Prieto, quien identifica las fuentes del derecho sustantivo-procesal y los mecanismos de implementación operativos más efectivos y eficientes en el combate al financiamiento del terrorismo vinculado con la delincuencia organizada. Dicha problemática contiene obligatoriamente las siguientes preguntas: ¿cuáles son los vínculos entre delincuencia organizada, terrorismo y corrupción y cómo romper estos vínculos en tanto estrategia de lucha contra la delincuencia organizada? Edgardo Buscaglia identifica las características más notables de aquellas reformas judiciales que han incrementado la efectividad de jueces y fiscales en la lucha contra la delincuencia. Preguntas relevantes como ¿qué medidas han resultado más efectivas (con base en los indicadores de impacto de sesenta y siete países) en la lucha contra el tráfico de seres humanos y migrantes? serán abordadas por Ibett Estrada; ¿contra el tráfico de armas?, por Gleb Zingerman; ¿en qué

¹⁵ Véase Buscaglia, Edgardo, “Law and Economics of Development”, *Encyclopedia of Law and Economics*, Londres, Edward Elgar Press, 1999.

consisten los instrumentos más efectivos para la lucha contra el lavado de dinero?, por André Cuisset; ¿cuáles son las mejores prácticas de cooperación internacional contra el tráfico de drogas en particular y la delincuencia organizada en general?, por José Luis Salazar; ¿cómo prevenir la incorporación y tráfico de menores por parte de la delincuencia organizada?, por Stefano Fumarulo; ¿cómo aplicar la teoría de los sistemas para así diseñar mecanismos prácticos que estén dirigidos a lograr mayores avances en la lucha contra los delitos de alta complejidad?, por Ernesto Mendieta, y el último trabajo, de Samuel González-Ruiz, Gleb Zingerman y Moisés Moreno Hernández, aborda el cómo implementar medidas contra la delincuencia organizada y el terrorismo dentro de un marco de protección a los derechos humanos.

La presente obra inicia con un ensayo que busca resolver la pregunta ¿qué hacer para acabar con el terrorismo? En el mismo se examina la forma de pensar de los integrantes de la delincuencia organizada, particularmente el terrorismo, a la luz del AED; con ello, el autor (Andrés Roemer) busca aclarar qué es lo que estos criminales desean, de manera que las políticas públicas necesarias se canalicen e impulsen para evitar su logro por este medio; así, en la medida en que el terrorismo fracase en sus metas, éste dejará de ser la forma para hacerse escuchar, atraer la atención y obtener beneficios.

Al aportar respuestas a estas preguntas, los autores detentamos el objetivo de ofrecer propuestas acerca de políticas públicas a los próximos gobernantes de nuestro país. La meta es lograr las mejoras necesarias en un tema que no nos permite dormir tranquilos: el terrorismo y la delincuencia organizada.

Una vez expuesto el por qué, el qué y el cómo de la presente obra, no queda más que reconocer el apoyo y esmero de quienes, directa o indirectamente, han motivado y/o colaborado en la realización de ésta. En primer lugar agradecemos la labor de nuestros colaboradores (en orden alfabético): Andrea Aguíñiga, Elihú Medina Martínez, Carmen Zárate Maldonado y de manera muy

especial a Fanny Slomianski, quien colaboró en la redacción de partes de la obra con su acreditado estilo literario que ennoblecen la forma y esclarecen el fondo. Adicionalmente, agradecemos al licenciado Pedro Ojeda Paullada haber prologado el libro y por confiar en la utilidad del mismo en aras de un México próspero y seguro. Asimismo, Andrés Roemer reitera su gratitud a Pedro Padilla Longoria por su inteligencia y generosidad.

Este libro es producto de la suma de esfuerzos e ideas de diversas personalidades, deseosas de terminar con la inseguridad, el terrorismo y la delincuencia organizada. Por supuesto, debemos gratitud a los autores de los artículos aquí reunidos, pues es su libro: André Cuisset, Ibett Estrada, Stefano Fumarulo, Samuel González-Ruiz, Ernesto Mendieta Jiménez, Moisés Moreno Hernández, César Antonio Prieto Palma, José Luis Salazar Arévalo y Gleb Zingerman.

Deseamos enfatizar nuestro aprecio a nuestros colaboradores del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, particularmente al doctor Diego Valadés, por quien ha sido posible la publicación de esta obra.

Un agradecimiento muy especial a Ricardo Benjamín Salinas Pliego por su preocupación —y ocupación— en los temas de la inseguridad y la prosperidad de México.

Por último, y prioritariamente, el trabajo está pensado para beneficio de las próximas generaciones. Entre ellos, los hijos de Andrés: Alejandro, David y Valeria Roemer.

Andrés ROEMER
Edgardo BUSCAGLIA