

Prof. Dr. Dr. h.c. Daniel Montero Zendejas

Catedrático de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos y de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Presidente del Observatorio Ciudadano del Sistema Penitenciario Nacional. Socio de la FICP.

~Crisis y desafíos del Derecho penal ante la inteligencia artificial. Reto del Estado democrático de Derecho~

Resumen.- La presente Comunicación, se inscribe en los retos del derecho penal frente al ciberterrorismo, bioterrorismo y todas las manifestaciones que inciden en la alteración del orden público, la paz social y la tranquilidad de todas las personas que viven en un territorio, región o zona geográfica de nuestro planeta, que engloba el concepto de terrorismo y que ha sido analizado este concepto no solamente desde la óptica jurídica, consignada en los ordenamientos sustantivos y adjetivos de la materia penal, sino también en la perspectiva ideológica; donde existen trabajos puntuales que han definido este fenómeno como una manifestación de grupos bien focalizados encaminada a destruir culturas y aspectos económicos de la nueva relación que se vincula a procesos de producción global en una nueva relación: hombre-fábrica y en especial, con grupos que la potencializan más allá de las relaciones de capital para dar paso a esquemas de liberación religiosa o de extrema derecha, radicales con diversos temas que abrazan alrededor del mundo como son los conflictos de Medio Oriente, armenios contra musulmanes, palestinos contra israelitas, talibanes, kurdos, yihadistas, sin omitir el éxodo de Siria. En ese sentido destaca la investigación de Zarrouk.¹

Asimismo, se analiza la crisis del derecho penal frente al uso de tecnologías para llevar actos que pueden ser constitutivos de delito realizados de manera recurrente con fines de lucro por parte de organizaciones criminales sin importar lugar o residencia de la misma en su operación, en especial con recursos de procedencia ilícita, competencia del derecho internacional penal.

Abstract.- This Communication is part of the challenges of criminal law against cyberterrorism, bioterrorism and all manifestations that affect the alteration of public order, social peace and tranquility of all people living in a territory, region or geographical area of our planet, which encompasses the concept of terrorism and that this concept has been analyzed not only from a legal perspective, recorded in the substantive and adjective regulations of criminal matters, but also from an ideological perspective; where there are specific works that have defined this phenomenon as a manifestation of well-focused groups aimed at destroying cultures and economic aspects of the new relationship that is linked to global production processes in a new relationship: man-factory and especially, with groups that they potentiate it beyond capital relations to give way to religious or far-right liberation schemes, radicals with various issues that they embrace around the world such as conflicts in the Middle East, Armenians against Muslims, Palestinians against Israelis, Taliban, Kurds, jihadists, without omitting the exodus from Syria. In this sense, Zarrouk's research stands out.

Likewise, the crisis of criminal law is analyzed in the face of the use of technologies to carry out acts that may constitute a crime carried out on a recurring basis for profit by criminal organizations regardless of their place or residence in their operation, especially with resources of illicit origin, jurisdiction of international criminal law.

Sumario: Introducción. I. Retos del estado frente a las TICs. II. Retos y desafíos del derecho frente a la Inteligencia Artificial (IA). III. Conclusiones. IV. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

¹ ZARROUK, Mourad, Orígenes del terrorismo global: una propuesta de análisis, Revista de relaciones internacionales, estrategia y seguridad, vol. 6, no. 1, Bogotá, Colombia, junio, 2011.

La crisis del derecho penal se manifiesta en la crisis del estado, pues a pesar de su inseparable binomio, la conceptualización del estado moderno deja atrás las connotaciones Maquiavélicas que le asignaron esa categoría.

El inicio de este siglo ha hecho, entre otras tantas consideraciones sociológicas, antropológicas, ideológicas, económicas y jurídicas, fundamentalmente; que el planeta se achique y que con un solo dispositivo podamos conocer el universo informativo, documental y visual de los sucesos que acompañan a la sociedad de nuestros días.

Fenómenos que la globalización y antes el posfordismo concibieron en la estandarización de una sociedad en riesgo² y que al concentrar el producto interno bruto del mundo en solamente doscientas treinta y seis familias,³ lograra la polarización de la población entre los que más tienen y los que su única riqueza es la pobreza.

En otras palabras, la pobreza y la extrema pobreza en la que viven una vasta población del mundo y que las estadísticas muestran los porcentajes para éste 2022 de los ocho mil millones de habitantes en el planeta de acuerdo con las cifras dadas a conocer por organismos internacionales como OCDE, Naciones Unidas, FAO, UNESCO, FONDO MONETARIO INTERNACIONAL y demás instituciones afines, 800 millones viven con 2.15 dólares al día.⁴

Esto ha creado entre otros factores incluyentes que la corrupción, simulación, impunidad y vicios añejos en gobiernos no abiertos, sin rendición de cuentas, hagan de una forma de gobierno, un capital político a base de compra de votos en una ciudadanía apática, insensible, alienada y solamente con la esperanza de recibir las dadivas del populismo envuelto del discurso democrático constitucional, pero que en el fondo se torna más dictatorial, entendiéndola a ésta no solamente como un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo.⁵

² Cfr. INNERARITY Daniel/ SOLANA Javier, La humanidad amenazada: gobernar los riesgos globales, Paidós, España, 2011.

³ MONTERO ZENDEJAS, Daniel, La desaparición del estado, Porrúa, México, 1999, p. 392.

⁴ THE WORLD BANK, Hoja informativa: un ajuste de líneas de pobreza global, en: <https://www.worldbank.org/en/news/factsheet/2022/05/02/fact-sheet-an-adjustment-to-global-poverty-lines>, consultada el día 23 de septiembre de 2022.

⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 3, en:

El razonamiento dogmático entre política criminal y derecho penal en un país como México que no cuenta con ella y visualizar solamente al derecho penal en el marco de las clases gobernantes, resulta poco relevante, pues carece de rigor científico; el derecho penal como una ciencia debe ser general, para gobernantes y gobernados. De no ser así, se estará frente a un estado fallido que anula los principios de equidad y justicia al igual que toda posibilidad de asumir un reconocimiento y respeto a los derechos humanos, en consecuencia, una política criminal es inexistente.

En este orden de ideas, pobreza, ignorancia, sumisión, control político e ideológico, militarismo, la minimización de la teoría material de soberanía con el rompimiento de fronteras que trae el libre mercado, la desaparición del estado y con él, el propio estado de derecho, la crisis del derecho penal es más que evidente, pues a pesar de un mandato constitucional que recrea el cumplimiento de su normatividad, la normalidad lo rebaza, aniquilando otro de sus basamentos, el respeto a los derechos humanos y el principio pro homine que el convencionalismo garantiza.

I. RETOS DEL ESTADO FRENTE A LAS TICs

Hemos iniciado esta comunicación bajo los supuestos teóricos y metodológicos que derivan de la existencia del estado bajo los tamices de la democracia representativa y participativa que nos recuerda las recomendaciones de Guillermo O'Donnell⁶ quien como asesor de Naciones Unidas, encuestó a más de 16 países latinoamericanos y trece preferían un gobierno autoritario que resolviera sus problemas de salud, educación, vivienda, empleo, a uno de corte democrático que solo se queda en el discurso inocuo e inicuo de sus necesidades; para asumir con el modelo de desarrollo democrático y de libre mercado la justificación de la realidad social de la población en el mundo.

<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>, consultada el día 01 de septiembre de 2022.

⁶ Cfr. O'DONNELL, Guillermo, "Notas sobre la democracia en América Latina" en La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos, PNUD, New York, USA, 2004, p. 26, ss.

Pronósticos que conllevan a la adopción de conductas antisociales y antijurídicas que vulneran el ius puniendi consustancial al estado, al dejar en indefensión a la mayoría que integramos la sociedad global.

En ningún momento es justificar o interactuar pobreza-delito o delito es igual a pobreza, debate por demás analizado y resuelto por la doctrina.

Nuestra intención, es el abordar características endógenas y exógenas que hacen de la tipicidad el elemento sine qua non para encuadrar una conducta y de ahí partir a estadios superiores en la axiología jurídica y donde la razón del estado se sintetiza al bien común que implica, libertad, igualdad y justicia.

Sin embargo, las connotaciones de hipótesis metodológicas y argumentación científica, ha generado una nueva vertiente en la interpretación de la política criminal global y acepciones que ubican a formas de gobierno bajo pronósticos que anulan el gobierno del, para y por el pueblo; al recordar apotegmas como el expresado por Anatole France “...pobre democracia cuántos crímenes se han cometido en tu nombre”⁷ y dar cabida a la infocracia.

Ante ese escenario, habrá que analizar no solamente a la crisis democrática que deviene del uso de las TICs, donde bots, algoritmos, granjas, entre otros procedimientos que conlleva la digitalización de gobiernos abiertos con herramientas como el blockchain logra con noice, orientar preferencias en un mundo de cyborgs y de zombis digitales.

En este concierto de revolución tecnológica, de una red 5G, de legislaciones particulares de criptomonedas, del derecho universal de la internet y simultáneamente de brecha digital, la pregunta es: ¿dónde está el derecho para regular este nuevo modelo de desarrollo tecnológico para garantizar la privacidad y no el robo de identidad, de hackeo financiero y secuestro informativo? ¿hasta dónde el derecho y más aún el derecho penal se ha acoplado a los grandes desafíos de ésta era digital?

El bloque constitucional que deriva del convencionalismo y del principio pro homine, donde el constituyente permanente se ciña al poder revisor de la propia constitución; o sea, ¿hasta dónde el derecho interno puede ser alterado por el derecho internacional público y

⁷ FRANCE, Anatole en MONTERO ZENDEJAS, Daniel, La desaparición del estado democrático, México, Porrúa, 1999, p. 176.

centrar su objeto en lo que desencadena el rompimiento del estado de derecho por violencia e inseguridad? ¿hasta dónde el derecho penal puede ser disuasivo y frenar la erosión social que acompaña al propio estado y con ello, no atentar contra su propia naturaleza?

II. RETOS Y DESAFIOS DEL DERECHO FRENTE A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA)

Retos y desafíos de nuestro tiempo que significan un replanteamiento estructural del derecho penal, procesal penal y en general, de la ciencia penal con sus diferentes ámbitos de integración como la criminología, victimología, penología, criminalística, penitenciarismo y ejecución penal.

De igual forma, en delitos cibernéticos, la teoría de la culpa, existencia o no de dolo, preterintencionalidad y elementos conspicuos que acompañan los debates doctrinales del siglo XX, deben ser vistos como eso, una doctrina que acuño formalismos que determinaron la procuración y administración de justicia en los órganos competentes de estados cuya radiografías se han transformado vertiginosamente y colocan en la mesa de la discusión nuevos patrones de conducta delincencial para su sanción, independientemente de donde se desarrollen y cuyos efectos pueden o no ser en otro país, región o zona y es ahí, donde nos debemos de detener y meditar si la tipificación de un delito corresponde al país donde se gestó y los efectos de éste en otro país. No significa si hay ignorancia como excluyente de responsabilidad o se reduzca una sentencia al existir una consideración de esta naturaleza por cuestiones de inimputabilidad; nos referimos a la existencia o no de un delito cibernético, regulado o no por una ley penal que satisfaga las exigencias de una sociedad que se encuentra inmersa en el uso de TICs y de la Inteligencia Artificial (IA).

El espacio aéreo, entendido como la nube y donde se encuentran todos nuestros datos, comportamiento crediticio, comercial, gustos, amigos, en síntesis, nuestra historia se encuentra garantizada para que nuestra individualidad no se pierda y nuestra libertad no sea vulnerada por medio de la venta de esa información a los grandes magnates de la comunicación como son Facebook (actualmente Meta), Instagram, TikTok, Google o cualquier otra aplicación que comparta nuestros datos.

Esa debe ser la discusión de nuestros días, no solamente si los elementos constitutivos de la teoría del delito continúan en la vertiente de colegas y teóricos, o si es competencia del estructuralismo o del finalismo, o si bien se ubica en la escuela minimalista del derecho penal.

Debemos asumir que los niños y jóvenes del presente están siendo invadidos de tecnologías que en países no desarrollados y sin reglamentación alguna, menos punitiva, se están convirtiendo en actores pasivos de esta revolución tecnológica y donde nuestra historia, evolución se sintetiza en un algoritmo; no pudiendo distinguir, en ocasiones, si su realidad es virtual o no.

Ese es el futuro de nuestra niñez, la automatización, que podría caer en el supuesto de no querer ni entender, al derivarse nuevamente un conflicto entre el supuesto doctrinario y la realidad cognitiva como paso previo a la robotización de la Inteligencia Artificial.

La cadena de blockchain redimensiona fronteras, evade reglas de sistemas financieros internacionales, reduce espacios de comercialización al erradicar costos de intermediación, pero la pregunta subsiste: ¿los recursos económicos que se emplean son o no de procedencia ilícita? ¿la banca de Shanghái en China para el cambio de criptomonedas responden a los paradigmas del derecho penal? ¿o la propia legislación para este efecto en El Salvador?

¿Hasta dónde la escuela positiva del derecho penal de Ferri, Garofalo y Lombroso continua en nuestro acervo digital? la respuesta es obvia.

En otras palabras, contamos con la internet como un derecho humano, pero no con energía en sus diferentes modalidades para su aplicación en procesos de educación, cultura, información, entrenamiento; con la consecuente brecha digital al igual que los contenidos de ésta; o sea, en los derechos de los pueblos indígenas, etnias o lugares y provincias distantes de esta tecnología, podríamos hablar de un derecho cibernético.

Interrogantes todas ellas, para ubicar en el centro del debate el bien jurídico tutelado por el propio derecho como es la vida, la libertad, la justicia.

Por razones de espacio, solo mencionaré la reducción de edad como países avanzados, Noruega, Dinamarca, Finlandia a los quince años, los Países Bajos, Irlanda, Bélgica a los doce y otros que oscilan a los diez años. México persiste en los 18 años como otros tantos.

Es de destacar que en esos países donde la criminalidad se refleja en su población penitenciaria, continua el debate de que si son arrebatadas sus garantías de niño e inocencia cuando su punibilidad es mayor a diez años.

Consideramos que es por razones de educación y de prevención que responde a una política criminal definida, empero que la revolución tecnológica les ha colocado herramientas a esos infantes que antes no se conocían sus alcances en el manejo de redes sociales, juegos virtuales y demás mecanismos que la era tecnológica les ha proporcionado al romper los estándares de la escuela positiva del derecho penal y donde sus características físicas Lombroso clasifico.

El perfil de estos infantes y de los denominados nerds se encasillan en otro perfil que hasta ahora hemos visualizado.

Las características de los perfiles criminógenos de esta ruptura de concepción en el manejo de edades punibles, ha destacado el debate parlamentario en países nórdicos sobre todo si son sustraídos de un desarrollo armónico e integral.

En México los cárteles de la droga como auténticos factores reales de poder y no grupos criminales que se ubican en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, se han mimetizado con la sociedad civil, se han arraigado en órganos deliberativos, se han hecho parte de su sociedad, sin embargo, las pugnas entre grupos antagónicos como lo son el Cártel de Sinaloa y el de Jalisco Nueva Generación, se han confrontado junto con células afines y si los ubicamos en la categorización de la ciencia política, podríamos definirlos como grupos de presión, que cumplida su misión desaparecen, han realizado por su carrera en la comercialización de fentanilo, cocaína, heroína y demás sustancias psicotrópicas y alucinógenas, actos que pueden ser equiparables a terrorismo, más aun cuando detenemos a revisar la legislación penal mexicana y establecer lo preceptuado en el artículo 139 del Código Penal Federal.

III. CONCLUSIONES

Al inicio de esta comunicación nos referimos a los riesgos del estado y su desaparición, al desafío del derecho penal, no solamente desde sus bases doctrinarias y lograr confrontar lo dogmático de sus discusiones formales en expresiones de teóricos del siglo pasado y apuntar los retos que se confrontan con la revolución tecnológica e Inteligencia Artificial y

la necesidad de crear nuevos tipos penales para detener los efectos de una red de comunicación que en el despliegue informativo orienta preferencias, automatiza comportamientos y erradica libertades.

Todo ello, sin omitir el deber que nos asiste como estudiosos de esta materia, en la necesidad de blindar y asegurar que el estado de indefensión en que nos encontramos frente a las grandes plataformas digitales prevalezca nuestra libertad individual y garantías constitucionales.

Como colofón, deseo enfatizar que aunado al diagnóstico de nuestra realidad global del siglo XXI, el derecho debe orientar su energía y tutela no en base de ordenamientos que derivaron de autocracias, sino de preservar conceptos que el Tercer Estado de Sieyès contempló o de la argumentación de doctrinarios como Bodin, Locke, Montesquieu, para defender la soberanía del estado en la división de poderes, y concluir que todo lo que atentara contra él, habría que extirparlo, no siendo otra cosa que el concebido derecho penal del enemigo de nuestros días.

Asimismo, enfatizar que la Ley FinTech y todas aquellas disposiciones para sancionar y controlar operaciones económicas de procedencia ilícita deberán estar alineadas a este nuevo marco de retos que el derecho penal económico y el derecho internacional penal contemplan.

La erradicación de violencia e inseguridad que genera la lucha de cárteles de droga, de paraísos fiscales, fortalecimiento de Unidades de Inteligencia Financiera, policías cibernéticas, digitalización de gobiernos abiertos, protección de datos personales, lucha contra el bioterrorismo, terrorismo, robo de datos, secuestro informativo, control de granjas donde los bots, posicionan, crean o destruyen una figura pública un producto, una ideología.

Desafíos y retos de una agenda nacional e internacional, de teoría y de dogmática legal para arribar a un estado de derecho acorde a este siglo XXI y donde la ciencia penal es insustituible.

Tampoco es mi deseo profundizar en temas de corrupción, inexistencia o no de la división de poderes y de la autonomía del poder judicial, si el modelo de justicia oral representa un fracaso para países latinoamericanos, si la impunidad aniquila cualquier dato estadístico de aplicación de justicia, si existe un derecho victimario o no. En suma, si el

derecho punitivo del estado lo salvaguardara de estas contradicciones y si la axiología legal permitirá la reivindicación de una sociedad global bajo la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

IV. BIBLIOGRAFÍA

INNERARITY Daniel/ SOLANA Javier, La humanidad amenazada: gobernar los riesgos globales, Paidós, España, 2011.

MONTERO ZENDEJAS, Daniel, La desaparición del estado, Porrúa, México, 1999.

O'DONNELL, Guillermo, "Notas sobre la democracia en América Latina" en: La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos, PNUD, New York, USA, 2004.

THE WORLD BANK, Hoja informativa: un ajuste de líneas de pobreza global, en:

<https://www.worldbank.org/en/news/factsheet/2022/05/02/fact-sheet-an-adjustment-to-global-poverty-lines>

ZARROUK, Mourad, Orígenes del terrorismo global: una propuesta de análisis, Revista de relaciones internacionales, estrategia y seguridad, vol. 6, no. 1, Bogotá, Colombia, junio, 2011.