

Globalización y crimen organizado*

E. Raúl Zaffaroni*

1. El poder en la globalización

El poder planetario está marcado por tres revoluciones (la mercantil, la industrial y la tecnológica)¹, que dieron lugar a tres momentos: el colonialismo, el neocolonialismo y ahora a la *globalización*². Este último lo marca una revolución técnica en las comunicaciones que provocó mayor concentración de capital, pérdida de poder de los estados, desplazamientos migratorios, incremento de las disparidades tecnológicas, desempleo, exclusión social y guerras³. También aumentó la información disponible, las posibilidades de democratización del conocimiento y la integración de países en bloques económicos⁴.

El *crimen organizado* es un concepto de origen periodístico⁵, que nunca alcanzó una satisfactoria definición criminológica⁶, pero que se trasladó a la legislación penal y procesal penal para aumentar el ejercicio del poder punitivo respecto de un conjunto de delitos no bien delimitado⁷, lo

* El texto está destinado al libro homenaje al querido colega Prof. Dr. Esteban Righi, con todo el afecto y la admiración que se ha ganado a lo largo de muchos años de amistad.

* Vicepresidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP).

¹ Entre muchos, Darcy Riberiro, *O processo civilizatório. Estudos de antropologia da civilizacao*, Petrópolis, 1987, págs. 129 y sgts.; como una continuidad los interpreta Immanuel Wallerstein, *Utopística o las opciones históricas del siglo XXI*, México, 1998.

² Es imposible sintetizar la inmensa bibliografía acerca de este concepto. Entre la más corriente consultada, además de la que se cita *infra*: Ulrich Beck, *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Roma, 1999; Ignacio Ramonet, *Un mundo sin rumbo, Crisis de fin de siglo*, Madrid, 1997; Octavio Ianni, *A era do globalismo*, Rio de Janeiro, 1997; Ernesto López, *Globalización y democracia*, Buenos Aires, 1998; Eduardo Galeano, *Patatas arriba, La escuela del mundo al revés*, Montevideo, 1998; Noam Chomsky-Heinz Dieterich, *La sociedad global, Educación, mercado y democracia*, Santiago de Chile, 1996; Emir Sader (Organizador), *O mundo depois da queda*, Rio de Janeiro, 1995; Carlos Alonso Zaldívar, *Variaciones sobre un mundo en cambio*, Madrid, 1996; Anthony King, *Global Cities*, London, 1991; Scott Lash-John Urry, *The end of organized capitalism*, Madison, 1987; Rüdiger Safranski, *¿Cuánta globalización podemos soportar?*, Buenos Aires, 2005.

³ En particular sobre el desempleo alcanzó difusión hace años el libro de Viviane Forrester, *El horror económico*, Buenos Aires, 1997; también Jeremy Rifkin, *El fin del trabajo*, Buenos Aires, 1997; sobre las barreras al desplazamiento poblacional: Jean-Christophe Rufin, *L'empire et les nouveaux barbares*, París, 1991. Como es notorio, éstas se agudizaron en los años posteriores, con frecuentes consecuencias dramáticas. La globalización agilitó la libre circulación de capitales, pero no de personas.

⁴ Como todo momento de poder mundial tiene detractores y entusiastas, lo que en la terminología de Umberto Eco se llamarían "apocalípticos e integrados" (*Apocalittici e integrati. Comunicazioni di massa e teorie della cultura di massa*, Milano, 1995).

⁵ Esta idea responde a una visión conspirativa, que despierta siempre gran interés, originariamente vinculada a la organización secreta del comunismo en tiempos del "macarthismo" (ver: Richard H. Rovere, *El senador Joe MacCarthy*, México, 1987; Seymour Martin Lipset/ Earl Raab, *La política de la sinrazón, El extremismo de derecha en los Estados Unidos 1790-1977*, México, 1981), fue funcional para generar un enemigo externo que operaba en el interior (modelo "mafioso"), dio motivo a varias comisiones investigadoras que impulsaron a políticos a altas candidaturas (cfr. August Bequai, *Organized Crime. The fifth State*, Lexington Books, 1979; Timothy S. Bynum, *Controversias in the study of Organized Crime*, en "Organized Crime in America: Concepts and Controversies", edit. by T. S. Bynum, New York, 1987). Antes de la actual explosión del pseudoconcepto un comité asesor de gobierno concluyó que no servía para nada porque no estaba definido (National Advisory Committee on Crime Justice Standards and Goals, *Report on the Task Force on Organized Crime*, Washington, 1976).

⁶ De alguna manera el periodismo, las cúpulas policiales y los políticos, en un ensamble con alto impacto publicitario impusieron a los criminólogos la elaboración de un pretendido concepto. Los esfuerzos más ambiciosos los llevó a cabo Donald D. Cressey, *Theft of the Nation: The Structure and Operations of Organized Crime in America*, New York, 1969.

⁷ Pese al impresionante material internacional (ver: M. Cherif Bassiouni/Eduardo Vetere, *Organized Crime. A Compilation of U.N. Documents 1995-1998*, New York, 1998) y a otros esfuerzos (por ejemplo, Enrique Anarte Borrillo, *Conjeturas sobre criminalidad organizada*, en "Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos", edit. por J. C. Ferré Olivé y E. Anarte Borrillo, Huelva, 1999) no puede dejar de ser un nebuloso pseudoconcepto. Las "definiciones" contenidas en el artículo 2º de la *Convención de las Naciones Unidas contra la*

que pretende configurar *un derecho penal diferenciado y con menores garantías para un ámbito delictivo sin delimitación*. Su idea más aproximada está dada por la criminalidad de mercado⁸, abarcando desde todos los tráficos prohibidos hasta el juego, la prostitución, las diferentes formas de comercio sexual, la falsificación de moneda y los secuestros extorsivos⁹. No faltan leyes que incluyen al terrorismo en su concepto legal¹⁰.

Los fenómenos criminales de mercado y especialmente las prohibiciones penales que pretenden prevenirlos o erradicarlos, no se pueden analizar sin tomar en cuenta su dimensión económica. No se trata de caer en un reduccionismo economicista –marxista o de cualquier otro marco- sino de aproximarse a una criminalidad económica y a los efectos de la prohibición tomando en cuenta su naturaleza, o sea, de reconocer una dimensión elemental de la realidad, lo que con frecuencia y éxito se ha hecho en el derecho bien lejos de cualquier reduccionismo¹¹.

La moderna tecnología y la supresión de barreras agiliza el desplazamiento de capitales¹² en procura de más renta en menor tiempo, manejados por tecnócratas que no son sus dueños¹³. Esto reduce el poder de los estados sobre los capitales e incluso su control¹⁴. El objetivo de mayor renta en menor tiempo va venciendo todos los obstáculos éticos y legales, o sea, que produce una peligrosa desviación hacia lo ilícito¹⁵.

Los estados debilitados son incapaces de controlar las actividades del capital aligerado de obstáculos éticos, pero además éste corrompe sus instituciones. La corrupción institucional en ocasiones descalabra economías nacionales al descontrolar sus cuatro pilares básicos: la importación, el crédito, la recaudación fiscal y los organismos reguladores de servicios monopolizados. El gasto público se incrementa y dilapida.

Estos fenómenos acentúan la estratificación social, promueven el hundimiento de los sectores medios, polarizan la distribución de la renta¹⁶, desbaratan la previsión social¹⁷, reducen la

delincuencia organizada transnacional configuran una habilitación que prácticamente no dejan fuera ninguna actividad ilícita no individual con ánimo de lucro.

⁸ Cfr. Peter Reuter, *Disorganized Crime. The Economics of the Visible Hand*, The MIT Press, 1983.

⁹ Cfr. Bequai, op. cit. pág. 6; Dwight Smith, *Paragons, pariahs and pirates: A Spectrum based Theory of Enterprise*, en "Crime and Delinquency", 1980, pág. 358. En lengua castellana puede verse la enorme heterogeneidad abarcada por Luis Alonso Brucet Anaya, *El crimen organizado (Origen, evolución situación y configuración de la delincuencia organizada en México)*, México, 2001.

¹⁰ El terrorismo el otro concepto difuso, que no logra una definición aceptable en el derecho internacional, ni siquiera en los últimos instrumentos (Ver: International Commission of Jurists, *Terrorismo y derechos humanos (2), Nuevos retos y viejos peligros*, Ginebra, marzo de 2003). En cuanto a esta carencia de definición: Helen Duffy, *The "War on Terror" and the Framework of International Law*, Cambridge, 2006, págs. 41-42.

¹¹ Ver por ej. los estudios de Rudolf Stammeler en que parte del materialismo histórico en sentido crítico, pero incorporando la dimensión económica (*Economía y derecho según la concepción materialista de la historia*, Madrid, 1929), por no mencionar las famosísimas investigaciones de Max Weber (sobre su vida y obra: Marianne Weber, *Biografía de Max Weber*, México, 1995, en especial la introducción de Günther Roth).

¹² Sobre el comercio mundial: Lori Wallach/Michelle Sforza, *WTO Tutto quello che non vi hanno mai detto sul commercio globale*, Feltrinelli, 2001.

¹³ Esta es la razón por la cual los estados pierden poder, porque al no poder terciar entre las fuerzas productivas, dada la ausencia de representación por parte del capital, pierden su poder regulador; sobre ello Celso Furtado, *O capitalismo global*, Rio de Janeiro, 1998.

¹⁴ Ver: Susan Strange, *Dinero loco. El descontrol del sistema financiero global*, Barcelona, 1999.

¹⁵ En alguna medida advirtió sobre esto hace años George Soros, *La crisis del capitalismo global, La sociedad abierta en peligro*, Buenos Aires, 1999; mucho antes, Robert K. Merton sostuvo la imposibilidad de distinguir económicamente entre crimen organizado, corrupción política y negocios ilícitos (*Teoría y estructura sociales*, México, 1970, pág. 152).

¹⁶ "Los datos indican con claridad que desde que la globalización se ha acelerado en el último siglo, las desigualdades de la renta y la riqueza han aumentado de forma considerable" (con cita del Banco Mundial: Harold R. Kerbo, *Estratificación social y desigualdad. El conflicto de clase en perspectiva histórica, comparada y global*, Madrid, 2004, pág. 394)

¹⁷ El desempleo disminuye las contribuciones provisionales y las administraciones corruptas echan mano de sus fondos o los dilapidan.

inversión en programas sociales¹⁸, impiden que estos lleguen a sus destinatarios¹⁹ y fortalecen la vigencia de ideologías políticas autoritarias y discriminadoras²⁰.

Este proceso se observa con mucha mayor claridad en los países subdesarrollados o periféricos, pero son inocultables a estas alturas síntomas análogos en los países centrales²¹, aunque sus líderes políticos -imitando a sus colegas periféricos- lo nieguen obstinadamente, siendo aún algo creíbles dada la menor obviedad del fenómeno.

La creciente pauperización de la periferia del poder mundial y los conflictos violentos²² impulsan a grandes masas de población a la emigración interna y externa²³. Esto genera otro tráfico ilícito y provoca un fenómeno de acumulación de riqueza y miseria en los limitados espacios urbanos, análogo al de la revolución industrial²⁴, con altos niveles de violencia criminal²⁵, sumada a la discriminación de los nuevos habitantes con peligroso renacimiento de ideologías racistas²⁶.

Las clases medias empobrecidas y las subordinadas que sufren la peor victimización coinciden en el reclamo de mayor represión, alimentado por la publicidad vindicativa del discurso único de medios, planetarizado por efecto de la propaganda del sistema penal de los Estados Unidos²⁷, convertido en empresa demandante de servicios y en variable contra el desempleo desde los años ochenta, en contra de toda su anterior tradición²⁸.

¹⁸ Cfr. Bruno Amoroso, *L'apartheid globale*, Roma, 1999.

¹⁹ Es ampliamente conocida en los organismos internacionales la inutilidad de los aportes para planes sociales en países periféricos con alta corrupción, pues los fondos se desvían hacia cuentas privadas o quedan en las redes del clientelismo político.

²⁰ Por ejemplo ver: Asseuer, Thomas – Sakowicz, Hans, *Rechtsradikale in Deutschland. Die alte und die neue Rechte*, München, 1992.

²¹ Aunque se la considere sólo parcialmente verdadera, es muy significativa la denuncia de John W. Dean, *Conservatives without conscience*, New York, 2006.

²² La violencia en la periferia latinoamericana es considerable; no obstante, parece ser mucho más despiadada en África; ver: Carlos Comitini, *África arde. Lutas dos povos africanos pela liberdade*, Rio de Janeiro, 1980; datos más actuales en Martin Meredith, *The state of Africa. A history of fifty years of independence*, Londres, 2005.

²³ Ver: R. Bergalli (coord.), *Flujos migratorios y su (des)control. Puntos de vista pluridisciplinarios*, Barcelona, 2006.

²⁴ Entre el *Bloody Code* y la situación real actual en las urbes periféricas, con numerosas ejecuciones policiales y la pretensión de criminalizar adolescentes, existen grandes similitudes, pero si se hiciese lugar a todos los reclamos del segurismo interno, sería idéntica (ver: Michael Ignatieff, *Le origini del penitenziario. Sistema carcerario e rivoluzione industriale inglese 1750-1850*, Mondadori, 1982, especialmente págs. 17 y sgts.)

²⁵ Sobre esta conflictividad, autores varios en: R. Bergalli/I. Rivera Beiras, *Emergencias urbanas*, Barcelona, 2006.

²⁶ No es meramente anecdótico el renacimiento del antisemitismo, cfr. Bettelheim-Prohinig-Streibel (Hg.), *Antisemitismus in Osteuropa. Aspekte einer historischen Kontinuität*, Viena, 1992. Sólo se trata de un aspecto en Europa, en América Latina se producen brotes en todos los países que reciben inmigración de sus vecinos, sin contar con las propias tradiciones racistas (ver: Teun A. van Dijk (coord), *Racismo y discurso en América Latina*, Barcelona, 2007; antes: Patricia R. Pessar (ed.), *Fronteras permeables. Migración laboral y movimientos de refugiados en América*, Bs. Aires, 1991). En España se registraron violencias contra los inmigrantes americanos. Colombia registra un 10% de su población en situación de desplazamiento interno forzado por la violencia. El panorama africano es devastador. Hoy se las pretende encubrir también como “choque civilizatorio”, pervirtiendo en alguna medida el discurso democrático del viejo culturalismo de Franz Boas (*Cuestiones fundamentales de antropología cultural*, Buenos Aires, 1965): puede verse el publicitado libro de Samuel P. Huntington, *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Barcelona, 1997. No obstante, en la última década del siglo pasado se desempolvó el racismo biológico sin vergüenza alguna en el *best seller* de Richard J. Herrnstein y Charles Murray, *The Bell Curve. Intelligence and Class Structure in American Life*, New York, 1994.

²⁷ Sobre sus dimensiones: Nils Christie, *Crime control as industry, Towards Gulags, Western Style*, Londres, 2000. El sistema se publicita mundialmente mediante: (a) el bombardeo continuo de noticias policiales sangrientas; (b) comunicadores sociales con discurso securista vindicativo; (c) series que se exportan al mundo y se doblan a todas las lenguas (comunicación de entretenimientos) que instalan que los mejores son policías psicópatas que hacen caso omiso de “formalidades” y que todo conflicto se resuelve por represión o por violencia eliminadora.

²⁸ Cfr. Christie, op. cit., pág. 93, el gráfico que muestra cómo se dispara la curva de presos a partir de fines de la década de los años setenta del siglo pasado; Loïc Wacquant, *The great penal leap backward: incarceration in America from Nixon to Clinton*, en John Pratt y otros, “The New Punitiveness, trends, theories, perspectives”, Devon, 2005, págs. 3 y sgts.

Los políticos sin poder para proveer soluciones estructurales –a causa del debilitamiento de los estados nacionales²⁹-, por temor, por incapacidad o por oportunismo, optan por reducir su discurso a propuestas de mayor represión o *segurismo interno*, apostando a la destrucción de toda racionalidad en la legislación penal y vendiendo la ilusión de soluciones mediante tipos penales nuevos, penas más largas, menores garantías frente al poder punitivo estatal y, sobre todo, menores controles sobre las agencias policiales y de inmigración³⁰. Esta manipulación publicitaria de la opinión pública³¹ -fomentada por organizaciones emergentes con gran espacio publicitario³²- es el actual *segurismo interno* o *ideología de la seguridad urbana* ³³.

El resultado no es otro que una mayor selectividad discriminatoria en el ejercicio del poder punitivo³⁴ y la acelerada autonomización de las policías³⁵, con el consiguiente deterioro por corrupción de la eficacia del servicio de seguridad, con riesgo para las instituciones democráticas por participación en la corrupción del aparato penal³⁶ y con peligro de golpes de estado³⁷.

El control urbano de la exclusión social parece orientarse hacia una profundización de contradicciones violentas entre los propios excluidos³⁸, que proveen el ejército de criminalizados,

²⁹ Cfr. Richard Falk, *La globalización depredadora. Una crítica*, Madrid, 2002, pág. 51.

³⁰ Sobre esto: Roberto Bergalli, *Libertad y seguridad: un equilibrio extraviado en la modernidad tardía*, en Losano/Muñoz Conde, "El derecho ante la globalización y el terrorismo", Valencia, 2004, pags. 72 y sgts.; Francisco Muñoz Conde, *El nuevo derecho penal autoritario*, en el mismo, pág. 177.

³¹ El poder manipulador se maneja con las técnicas de publicidad (ver: Eric Clark, *La publicidad y su poder, Las técnicas de provocación del consumo*, México, 1989), que cobran particular importancia a partir de la conversión de la política en un espectáculo (ver el libro pionero de Roger-Gérard Schwartzenberg, *O Estado espetáculo*, Sao Paulo, 1978). La proyección de la violencia en los medios no es inofensiva, reconoce un aspecto reproductor al menos por banalización y su dimensión es brutal (ver: C. Fernández Villanueva/J.C. Revilla (coord.), *Violencia en los medios de comunicación*, ed. castellana de "Politiques Sociales", febrero de 2007. El poder de los medios como instrumento de dominación es algo que se estudia desde hace décadas; por todoa: Javier Esteinou Madrid, *Los medios de comunicación y la construcción de la hegemonía*, México, 1983.

³² Los emergentes publicitados extorsionan a los legisladores y políticos. Sobre el fenómeno "Blumberg" en la Argentina: Carlos Alberto Elbert (Director), *Inseguridad, víctimas y victimarios, Argentina 2001-2007*, Montevideo-Buenos Aires, 2007; en Chile: Marcela Ramos A./Juan A. Guzmán De Luigi, *La guerra y la Paz Ciudadana*, Sgo. de Chile, 2000; en México, Víctor A. Payá, *Vida y muerte en las prisiones. Estudio sobre la situación institucional de los prisioneros*, México, 2006, página 117, nota 17.

³³ Importa un desplazamiento de poder de las Fuerzas Armadas (ideología de la seguridad nacional) a las fuerzas policiales (ideología de la seguridad urbana o *segurismo interno*). La autonomización de las policías acaba en situaciones semejantes a las de seguridad nacional, con ejecuciones sin proceso de personas molestas, que son proyectadas como "enfrentamientos", dando con ello una imagen claramente bélica, que se corresponde con la "guerra sucia" de la ideología de la seguridad nacional (ver la investigación llevada a cabo en el IIDH y publicada por Temis, Bogotá, 1994, *Muertes anunciadas*).

³⁴ Ver: Ana Josefina Álvarez, *Escenario global y políticas de seguridad*, en "Alter", México, 2006, 2; en el propio centro –como no puede ser de otro modo- el modelo de exportación norteamericano provoca análogas consecuencias (Ver: Loïc Wacquant, *Punir os pobres, A nova gestao da miséria nos Estados Unidos*, Rio de Janeiro, 2007).

³⁵ El problema del control de las policías es uno de los fundamentales en el momento actual; sobre ello: Julita Lembruger – Leonarda Musumeci – Ignacio Cano, *Quem vigia os vigias? Um estudo sobre controle da polícia no Brasil*, Rio de Janeiro, 2003; Norberto R. Tavosnaska, *Seguridad y política criminal*, Buenos Aires, 2006.

³⁶ Se trata de la distribución de los cánones ilícitos percibidos por las agencias ejecutivas con dirigentes o caciques políticos, empleados con fines electorales, en general en el interior de las agrupaciones políticas en las contiendas por la selección de candidatos. Sobre la escasa investigación social respecto de las policías en América Latina y sobre sus características: Peter Waldmann, *El Estado anómico. Derecho, seguridad pública y vida cotidiana en América Latina*, Caracas, 2003, págs. 111 y sgts.

³⁷ Algunos golpes de estado africanos fueron dados por fuerzas policiales; en América Latina la producción de situaciones de caos público por la policía provocó la caída de gobiernos locales; en algún país de la región hubo abierta participación en golpes de estado nacionales y en varios provocaron hechos de sangre en momentos de crisis políticas. Las policías que sienten amenazadas sus fuentes de recaudación por el poder político provocan hechos delictivos crueles para convulsionar a la opinión pública y desprestigiar a los políticos considerados *blandos* en la represión.

³⁸ La exclusión social no debe confundirse con la explotación. El explotado es necesario para el explotador, existe una dialéctica. El excluido no es necesario para el incluido, pues forma parte de un proyecto de sociedad que se

victimizados y policizados. La violencia entre personas de los mismos sectores subalternos, al tiempo que por eliminación disminuye su número³⁹, impide el diálogo, la toma de conciencia y la coalición y, por ende, hace que se autoexcluyan de todo protagonismo político. La neutralización y autodestrucción física y cultural de los excluidos como consecuencia de la política del *segurismo interno* puede denominarse *endocidio*.

La ilusión de que las leyes penales sean la solución mágica en este panorama, lentamente se va convirtiendo en una peligrosa alucinación funcional a la concentración de riqueza en medio de la crisis del *estado social de derecho*, en creciente transformación hacia un *estado elitista de policía*, que en la periferia asume una marcada tendencia genocida de eliminación de excluidos⁴⁰.

Las leyes penales nunca eliminan los fenómenos, pues éstos no se evitan con papeles, pero habilitan un poder punitivo que se ejerce -por razones estructurales- en forma selectiva sobre los disidentes y los más vulnerables⁴¹. De este modo, las leyes que pretenden erradicar la criminalidad de mercado sólo consiguen dificultar los servicios y la circulación que ofrece esta criminalidad, con lo cual -conforme a las propias leyes del mercado: a mayores riesgos mayores costos- provocan la eliminación de las organizaciones más endeblas y la concentración en las más poderosas y sofisticadas, al mismo tiempo que encarecen el servicio criminal. *En la práctica aumentan los ingresos de las organizaciones criminales y potencian su capacidad organizativa y tecnológica y, por consiguiente, su poder corruptor que involucra con frecuencia a los más altos niveles de autoridades estatales.*

Se cae en un círculo vicioso que conduce a que cada vez sea más difícil acceder y ejercer cualquier poder político o económico sin participar en alguna medida -por acción o por omisión- de la corrupción. Esto hace vulnerables a todos los participantes del poder, que quedan en cierta forma involucrados. Como en las viejas técnicas dictatoriales, *se verticaliza y disciplina mediante corrupción.*

La pretendida lucha contra el crimen organizado reducida o limitada exclusivamente a la represión penal, que obliga a los países a sancionar leyes penales so pena de sanciones económicas, no parece responder a un objetivo serio, como lo prueba la existencia de refugios en que se oculta el dinero que es producto del crimen organizado en el mundo y que hasta el presente nadie ha tocado, aunque todos saben donde se encuentran.

Por otra parte, la eliminación de las *pymes criminales* concentra la renta criminal en las grandes empresas transnacionales, o sea, que va a dar a los países centrales⁴².

Es algo más que una hipótesis *neokeynesiana* que la economía mundial sufriría una grave crisis recesiva si se la privase súbitamente de la inyección anual de cifras astronómicas que son

planifica con un 30% de incluidos y un 70% de excluidos (cfr. Hans-Peter Martin-Harald Schumann, *Die Globalisierungsfalle*, Hamburg, 1996).

³⁹ De este modo los excluidos disminuyen su molestia, pero no dejan de ser *descartables* por innecesarios y por potencialmente molestos, con lo cual cabe pensar que las muertes violentas entre ellos constituye un sustituto de la función que Malthus asignaba a las epidemias en la eliminación de los pobres (T.R. Malthus, *Ensayos sobre el principio de población*, Buenos Aires, 1945, capítulo III página 41).

⁴⁰ Si bien es notorio el aumento de índices de prisionización en todo el mundo llamado "occidental" (cfr. Emilio Santoro, *Carcere e società liberale*, Torino, 2004), no es menos cierto que en América Latina- las terribles condiciones carcelarias, por la multiplicación de efectos letales, la prisionización importa una pena de muerte por sorteo o azar, sin contar con que la prisionización, en el 70% de los casos, no obedece a penas formales sino a prisiones preventivas o cautelares, es decir, a penas sin condena (ver: Carranza/Mora/Houed/Zaffaroni, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, San José, 1983; hay posteriores versiones con datos actualizados que muestran el agravamiento de la situación).

⁴¹ Es demasiado obvia la selectividad estructural del poder punitivo, no así sus variables; sobre ello, los trabajos de Pedro Fraile y Julio Zino Torraza en Roberto Bergalli, "Sistemas penales y problemas sociales", Valencia, 2003, págs. 169 y sgts.

⁴² Con lo cual se confirma la tendencia centrípeta del capitalismo central observada hace casi tres décadas (cfr. Raúl Prebisch, *Capitalismo periférico. Crisis y transformación*, México, 1981).

resultado de encarecimiento artificial de servicios prestados por el crimen organizado a través de la plusvalía insólita que la prohibición otorga a todos sus tráficos. Desde la perspectiva del fundamentalismo de mercado se sostiene que esa renta sin producción se convertiría en ahorro, pero no parecen confiar en eso los responsables de la economía mundial, lo que es razonable, porque incluso en el supuesto de resultar verdadera, es difícil imaginar el equipo necesario para convertirla en producción y menos aún sus efectos sobre el medio ambiente.

La presión internacional cambia de tema con cierta periodicidad, insistiendo sucesivamente en distintas formas de criminalidad organizada, aunque ninguna sea nueva. Esas *mudanzas de enemigo* obedecen a luchas de agencias⁴³ que operan internacionalmente por la hegemonía discursiva, que se traduce en transferencia de grandes recursos presupuestarios⁴⁴, lo que repercute sobre los organismos internacionales, que sufren una crónica carencia de recursos genuinos.

La lucha contra la corrupción da lugar a la creación de complicadas burocracias nacionales e internacionales muy poco eficaces, que por lo regular molestan con formalidades y centran su actividad en delitos de poca monta. En ocasiones se tiene la impresión de que la presión internacional obedece a los mayores costos que para sus inversores implica la corrupción en los países subdesarrollados, pues para nada se presiona por la elevación de los niveles de calidad institucional y democrática que, como se sabe, son el único remedio para ese mal.

Se han cometido *macrodefraudaciones* internacionales protagonizadas por *capital golondrina* mediante ardides groserísimos⁴⁵, sin que sus perpetradores ni sus cómplices locales –ubicados en las más altas esferas del poder político– sufriesen la menor molestia por parte de estos organismos ni del sistema penal, pese a haber provocado la quiebra de enteras economías nacionales y con sospechosa complicidad de tecnócratas internacionales.

En este último sentido, puede afirmarse que ha surgido una *macrocriminalidad económica que es la más alta manifestación de criminalidad organizada*, inconcebible sin la participación por acción u omisión de los más altos niveles políticos de algunos estados, especialmente durante la última década del siglo pasado, encubierta con un discurso de fundamentalismo de mercado⁴⁶, con lo que se llega a la conclusión de que *la más grave manifestación del crimen organizado es el crimen económico de estado*, que destruye sus propios aparatos productivos y despilfarra el patrimonio estatal.

Debe señalarse que, como consecuencia de los crímenes antes mencionados, se agudizan las tensiones sociales y la violencia urbana, lo que es aprovechado por los propios *macrocriminales* - y sus cómplices, encubridores y beneficiarios- impetrando leyes penales draconianas y escuadrones de la muerte en la versión del mencionado *segurismo interno*, o sea, fomentando el *endocidio* y desacreditando a las fuerzas políticas democráticas y moderadas. Para todo eso disponen de inmensos aparatos de publicidad, no raramente vinculados a empresas proveedoras de armamento policial y de seguridad.

Lo cierto es que todo el nebuloso conjunto de actividad criminal que se acumula en el pseudoconcepto de *crimen organizado* se continúa practicando en gran escala, mientras se insiste con nuevas leyes penales y con mayores ámbitos de arbitrario poder selectivo por parte de las agencias policiales. Este arbitrio mayor abre un espacio de injerencia de esas agencias en

⁴³ Todas las pugnas por hegemonizar el discurso criminal han respondido a luchas de poder entre agencias, desde que los jesuitas le arrebataron la inquisición a los dominicos en el siglo XVI en adelante: ver Giovanni Romeo, *Inquisitori, esorcisti e streghe nell'Italia della Controriforma*, Firenze, 1990; del mismo, *Ricerche su confessione dei peccati e inquisizione nell'Italia del cinquecento*, Napoli, 1997.

⁴⁴ El presupuesto del FBI ha superado los cuatro mil millones de dólares, triplicando el de la DEA (cfr. John A. Vervaele, *La legislación Antiterrorista en Estados Unidos*, Buenos Aires, 2007, pág. 6).

⁴⁵ Algunos ejemplos se encuentran en el difundido libro de Joseph E. Stiglitz, *El malestar en la globalización*, Madrid, 2002.

⁴⁶ Ver: Eric Toussaint, *La bolsa o la vida. Las finanzas contra los pueblos*, Buenos Aires, 2004, pág. 57.

el mercado ilícito que, combinado con su propia corrupción –producto del mismo arbitrio que afloja los controles sobre ella-, termina operando un efecto proteccionista en beneficio de algunos prestadores de servicios criminales y en detrimento de otros.

Cuando se agrega al pseudoconcepto de crimen organizado el *terrorismo* –que es otra nebulosa conceptual⁴⁷- la legislación represiva corre el riesgo de fomentar -y a veces producir- los crímenes de destrucción masiva que se pretenden evitar, por efecto de la criminalización de una entera colectividad que se siente injustamente agredida, no siendo raro que jóvenes con problemas de identidad por pertenecer a una subcultura injertada, desvíen su conducta identificándose según los parámetros criminales⁴⁸. Todo ello sin contar con que la *guerra al terrorismo* degenera rápidamente en *terrorismo de estado*⁴⁹, que es una incuestionable manifestación de crimen organizado, esta vez desde las propias cúpulas del poder estatal.

En el plano internacional se ha pretendido emprender una *guerra preventiva contra el terrorismo*, tomando prestado el término del derecho penal. El catastrófico resultado de esta intervención, el caso omiso a los más altos organismos internacionales, la falsedad de los motivos determinantes y la pretensión de un simulacro de proceso culminado en ejecuciones arbitrarias, han tenido el penoso efecto de desprestigiar a las organizaciones internacionales y echar sombras sobre los largos y costosos esfuerzos realizados desde la última posguerra para establecer una justicia penal internacional⁵⁰.

Ante la impotencia de los organismos internacionales y la relativa indiferencia de demasiados gobiernos, se ha instalado por mero imperio del poder –no tanto militar como económico- algo análogo a la llamada *doctrina de la seguridad nacional* vigente en las dictaduras genocidas del cono sur americano hace tres décadas⁵¹. En efecto: se triplicó el sistema penal⁵², pues se montó un sistema penal paralelo con detenciones masivas prolongadas y sin proceso, y también –lo que es aún mucho más grave- otro subterráneo, con desapariciones forzadas de personas recluidas en centros de detención clandestinos (campos de concentración) en territorio europeo y con inevitable conocimiento de los gobiernos⁵³, que ahora obstaculizan la investigación de la complicidad de sus agentes invocando el secreto de estado⁵⁴.

⁴⁷ Comparando las legislaciones nacionales se tiene la sensación de que se trata de una caja vacía en la que se colocan –indefectiblemente- los crímenes destrucción masiva indiscriminada, pero seguidamente se introducen en la caja toda clase de elementos según quién sea el disidente, el enemigo o el estigmatizado.

⁴⁸ Es lo que podría pasar en Gran Bretaña con motivo de la legislación antiterrorista. Ver: *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 Review: Report, The House of Commons, December 2003*; David Feldman, *Human Rights, Terrorism and Risk: The Roles of Politicians and Judges*, en [2006] P. L. Summer © Sweet & Maxwell and Contributors; ICJ, documentos del *Eminent Jurists Panel*.

⁴⁹ Cfr. Juan Bustos Ramírez, *In-seguridad y lucha contra el terrorismo*, en Losano/Muñoz Conde, "El derecho ante la globalización y el terrorismo, Actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo, abril de 2003", Valencia, 2004, pág. 407.

⁵⁰ Se la ha caracterizado como manifestación del "derecho penal del enemigo" (Así Jakobs en *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, en HRRS, marzo de 2004, trad. castellana en Günther Jakobs/Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2003; Daniel R. Pastor, *El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional*, en Cancio Meliá, Manuel/Gómez-Jara Díez, Carlos (eds.), "El derecho Penal del enemigo", Madrid 2006; los aberrantes procesos y ejecuciones en Irak han permitido deslegitimar toda la justicia penal internacional como "de los vencedores", equiparando Nürnberg a Irak: Danilo Zolo, *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*, Barcelona, 2006.

⁵¹ Ver Marie-Monique Robin, *Escuadrones de la muerte. La escuela francesa*, Buenos Aires, 2005; SELADOC, *Iglesia y seguridad nacional*, Salamanca, 1980; Joseph Comblin, *Le pouvoir militaire en Amérique Latine*, Paris, 1977 (traducción: *Dos ensayos sobre seguridad nacional*, Sgo. de Chile, 1979).

⁵² Aniyar de Castro, Lola, *Derechos humanos, modelo integral de la ciencia penal, y sistema penal subterráneo*, en "Rev. del Colegio de Abogados Penalistas del Valle", Cali, 1985.

⁵³ Sobre los campos de detención ilegal en Polonia y Rumania: Parliamentary Assembly, Council of Europe, Doc. 11302 rev. 11 June 2007, *Secret detentions and illegal transfers of detainees involving Council of Europe member states: second report* (<http://assembly.coe.int>).

⁵⁴ Ver: Consiglio Superiore della Magistratura, Incontro sul tema "Terrorismo e crimine internazionale: aspetti giuridici e premesse socio organizzative del fenomeno", Roma 5-7 marzo 2007, *Relazione di Armando Spataro*; la Suprema

Conforme a la mencionada doctrina de la seguridad nacional, se confunden los conceptos de guerra y poder punitivo, para dar por resultado una *guerra sucia*⁵⁵, que por ser tal no respeta las reglas de Ginebra, y que por ser guerra impone penas sin respetar las garantías del derecho penal y procesal penal⁵⁶, o sea, que consagra un *espacio liberado para la práctica de crímenes estatales de lesa humanidad*⁵⁷.

Por supuesto que todo esto no ha tenido ningún efecto preventivo respecto de los crímenes masivos indiscriminados. De este modo se verifica como nunca antes la tendencia del poder punitivo a desinteresarse de su objetivo manifiesto para centrarse en la forma de ejercicio de su poder⁵⁸ que, por su selectividad y desplazamiento estructurales⁵⁹ se convierte en inquisitorial al ordinarizar la excepción, lo que le permite su ejercicio arbitrario sobre disidentes, obstaculizadores y molestos (no así sobre los excluidos porque éstos se controlan con la señalada promoción del *endocidio*).

En síntesis, la *pretendida guerra contra el crimen organizado y su consorte (la corrupción)* se pretende llevar a cabo sólo mediante el uso del poder punitivo, habilitando mayores ámbitos de discreción policial, con efectos claramente paradójales y en ningún caso con eficacia preventiva, como lo muestra el creciente perfeccionamiento de las organizaciones que practican todas las formas de criminalidad de mercado y la impotencia frente a los crímenes de destrucción masiva e indiscriminada propios del vulgarmente llamado *terrorismo*. No obstante, se hace caso omiso de este nulo efecto preventivo y se insiste en eliminar los límites del poder punitivo mediante un absurdo discurso de *eficientismo penal*⁶⁰ que, con aparente y casi natural indiferencia, ignora los cadáveres.

El efecto paradójal de este *segurismo internacional o externo* respecto de sus fines manifiestos, que resulta funcional a la macrocriminalidad organizada y al consiguiente empobrecimiento de las economías periféricas, se complementa con el *segurismo interno* como única respuesta a sus violentos efectos sociales de exclusión en los centros urbanos de los países subdesarrollados.

2. Las leyes penales en la globalización

Corresponde ahora echar una mirada sobre la legislación penal que se sanciona en estas circunstancias y sus perspectivas, respondiendo a la *tendencia securista*, tanto interna como

Corte de los Estados Unidos rechazó el caso de un ciudadano alemán secuestrado en una *extraordinary rendition*. porque violaría secretos de estado (cfr. Reuters, 10 de octubre de 2007, "La Nación", San José, Costa Rica).

⁵⁵ Fue teorizada en defensa del jefe del terrorismo colonialista francés de Argelia por Carl Schmitt, *Theorie des Partisanen. Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen* (trad. castellana en *El concepto de lo político*, México, 1985; trad. Italiana: *Teoria del partigiano. Integrazione al concetto del político*, Milano, 2005).

⁵⁶ Su teorización penal en Sudamérica fue poco frecuente. No obstante, ver: Bayardo Bengoa, Fernando, *Los Derechos del Hombre y la defensa de la Nación*, Montevideo, 1979; más general y de menor nivel: Mário Pessoa, *O direito da segurança nacional*, Biblioteca do Exército, Rio de Janeiro, 1981.

⁵⁷ Dentro de esta lógica se relegitima la tortura como *coercive interrogation*, siguiendo las línea del colonialismo francés de hace medio siglo, magistralmente descrita en sus consecuencias por Franz Fanon, *Los condenados de la tierra*, México, 1965, con el famoso prólogo de Jean Paul Sartre. Sobre la relegitimación actual: Kenneth Roth, *Justifying Torture*, en Roth/Worden, "Torture. Does it make us suffer? Is it ever ok?", Human Rights Watch, New York, 2005, págs. 184 y sgts.

⁵⁸ Cfr. Michel Foucault, *"Bisogna difendere la società"*, Feltrinelli, Milano, 1998, pág. 36.

⁵⁹ No hay forma de aislar el poder punitivo "extraordinario" (violación de garantías "ordinarias") limitándolo a ciertos delitos, pues queda a discreción de las agencias ejecutivas; una denuncia por terrorismo permite usar el poder extraordinario; la denuncia resulta infundada, pero "accidentalmente" se descubre otro delito ordinario: la expansión es inevitable.

⁶⁰ Sobre el eficientismo del derecho penal "globalizado", Fernando Velásquez V., *Globalización y derecho penal*, en Losano/Muñoz Conde, "El derecho ante la globalización y el terrorismo", Valencia, 2004, págs. 185 y sgts.

internacional. En general, se trata de una nueva legislación penal de emergencia⁶¹ que, como todas las anteriores, invoca la excepción y la necesidad de remover obstáculos para la lucha o la guerra contra tal o cual manifestación criminal organizada o común.

Al igual que todas las anteriores legislaciones de emergencia –desde el siglo XIII hasta la fecha– asume los caracteres propios de un derecho penal inquisitorial⁶² y hace renacer todas sus instituciones. Los principales elementos inquisitoriales a considerar son los que mencionamos a continuación.

Tipificaciones de peligro presunto, llamado también *abstracto*, o sea, poder punitivo sin peligro ni lesión a ningún bien jurídico, vale decir, delitos de pura infracción del deber.

Tipificación de actos preparatorios, con pretendido efecto preventivo. Cabe recordar que en la Roma imperial se había prohibido la fabricación de cualquier tela de color púrpura, pues podía estarse preparando un golpe de estado contra el emperador⁶³. Son meros delitos de sospecha.

Introducción de la *analogía in malam partem* y de la responsabilidad objetiva mediante figuras nebulosas como la *conspiracy*, para cuya inclusión en las legislaciones nacionales se está haciendo una fuerte presión internacional⁶⁴.

Creación de *tipos de omisiones sospechosas*, generando deberes de garantía que paulatinamente se extienden a todos los ciudadanos para convertirlos en *delatores forzados*.

Penas absolutamente desproporcionadas en relación con los bienes jurídicos afectados y con las expectativas de vida de las personas. Reintroducción indirecta de la pena de muerte mediante la reclusión efectivamente perpetua.

Descodificación de la legislación penal, sea por destrucción de la arquitectura de los códigos o por la enorme legislación penal especial y por disposiciones penales en leyes no penales.

Tipificaciones múltiples, como consecuencia de presiones de organismos económicos internacionales, cuyos tecnócratas exigen la sanción de leyes penales para exhibir su pretendida eficacia. Esto introduce graves confusiones en la legislación penal de los países presionados, con el riesgo de efectos paradójales de impunidad⁶⁵.

Figuras procesales contrarias a la más elemental ética estatal, como los *agentes encubiertos* (delinquentes por mandato estatal), *agentes provocadores* (instigadores al delito por mandato estatal), *arrepentidos* (el estado encubre crímenes con impunidad negociando con delinquentes). El estado se convierte en autor mediato de delitos o en autor directo de encubrimiento para ejercer su poder punitivo.

⁶¹ Sobre el concepto de “emergencia”, Sergio Moccia, *La perenne emergenza, Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997.

⁶² Se hallan en los manuales corrientes para el uso de inquisidores: Krämer-J.Sprenger, *El martillo de las brujas para golpear a las brujas con poderosa masa*, traducción de Miguel Jiménez Montesión, Valladolid, 2004 (*Il martello delle streghe*, Venecia, 1995); Bernard Gui, *Manuale dell'inquisitore*, Milano, 1998; Nicolau Emérico, *O Manual dos Inquisidores*, Lisboa, 1972.

⁶³ Cfr. Mariano Ruiz Funes, *Evolución del delito político*, México, 1944.

⁶⁴ El origen de la *conspiracy* en el derecho común era una falta menor consistente en un acuerdo para cometer un acto ilícito o un acto lícito por medios ilícitos (cfr. Smith & Hogan, *Criminal Law*, Londres, 1992, pág. 269). “En otras palabras, es un acuerdo para cometer algo ilícito, sea que la cosa acordada lo tenga como objetivo o solamente como medio para un fin lícito o ilícito” (James Fitzjames Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, New York, 1973 [1883], II, pág. 227); la ilicitud puede ser frente a cualquier ley, sea penal o civil (cfr. Joel Prentis Bishop, *New Commentaries on the Criminal Law*, Chicago, 1892, II, pág. 174; en igual sentido: C.M.V. Clarkson and H.M. Keating, *Criminal Law: Text and Materials*, Londres, 1990, pág. 484), con lo que no queda duda alguna acerca de que se trata de una introducción de la analogía.

⁶⁵ Basta la lectura de las leyes penales “antidroga” en América Latina, para verificar que la pluralidad de verbos empleados responde a un modelo penal que no conoce la participación criminal en la forma tradicional del derecho europeo continental. Fuera de eso, se ignora que los tratados internacionales exigen sólo que la conducta sea penada y no que se vuelva a tipificar cuando está tipificada. La tipificación casuista genera serios peligros de impunidad.

Se amplía el ámbito de las *detenciones sin proceso*, por simple averiguación o sospecha, sin derecho a *habeas corpus* ni a intervención judicial, por puro arbitrio policial.

Del mismo modo se procede a la *expulsión de extranjeros sospechosos*⁶⁶.

Se admiten como prueba sin control de la defensa los *informes policiales de inteligencia*. Se amplía el ámbito del secreto procesal y de las pruebas a las que la defensa no tiene acceso. Se limita por otros medios la *intervención de la defensa* y se vuelven sospechosos los propios defensores. Se habilita a los *servicios de inteligencia para que procedan a escuchas y controles cuya moderna tecnología acaba con cualquier residuo de privacidad*. Renace el viejo fantasma de los *jueces y fiscales sin rostro*.

El ámbito de la pena sin condena, o sea, de la *prisión preventiva*, se amplía considerablemente y el juicio propiamente dicho tiende a suprimirse, reemplazado por la *negociación*, que no es más que una extorsión para que el vulnerable al poder punitivo acepte una pena bajo amenaza de imponerle otra mayor.

Crece en proporción geométrica la información de que disponen los estados acerca de cada habitante, con datos que ni siquiera el propio ciudadano podría proporcionar. El potencial de información que sobre la vida de cada habitante reúne el estado en la actualidad es infinitamente mayor que el de las peores agencias criminales de los totalitarismos de entreguerras. El potencial de control actual es realmente aterrador.

3. Las tendencias del saber criminológico y jurídico

Si pasamos un instante a lo científico, cabe observar en el plano criminológico una marcada subestimación de la investigación y teorización sociológica en beneficio del privilegio de un peligroso renacimiento de la biología criminal, de la mano de la neurocriminología y de la genética⁶⁷, renovando los viejos temas de la tenebrosa eugenesia con imprevisibles consecuencias. Por lo pronto, la conclusión provisoria es la misma que la del siglo XIX: se subestiman los factores sociales del delito⁶⁸. Poco importaron en su momento las protestas de Galton acerca de que sus trabajos eran hipótesis necesitadas de confirmación a los veterinarios norteamericanos que los aplicaron como dogmas a los humanos⁶⁹ y financiaron los primeros estudios de lo que luego serían los laboratorios de los maestros del Dr. Mengele⁷⁰.

⁶⁶ Ver: Manuel Cancio Meliá, *La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP)*, en "Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo", Madrid, 2005; Héctor C. Silveira, *Inmigración y derecho: la institucionalización de un sistema dual de ciudadanía*, en Roberto Bergalli, "Sistema penal y problemas sociales", Valencia, 2003, págs. 539 y sgts.; se trata de legislación represiva que fue usada hace más de un siglo en ocasión del "terrorismo" anárquico. Para el caso argentino: Cirilo Pavón, *La defensa social. Medios preventivos y represivos*, Buenos Aires, 1913; Carlos Sánchez Viamonte, *Biografía de una ley antiargentina, Ley 4144*, Buenos Aires, 1956.

⁶⁷ Ver: Lola Aniyar de Castro, *El regreso triunfal de Darwin y Lombroso. Las diferencias humanas en la criminología anglosajona (paper en multicopiador)*; diferencias cerebrales indicarían la disposición conservadora o liberal de una persona según científicos de la New York University ("Los Angeles Times", 10 de setiembre de 2007).

⁶⁸ Tales eran las consecuencias que en su tiempo extraía el inefable Garofalo, al que le respondían W. Bonger (*Criminality and Economic Conditions*, New York, 1916 [reprinted 1967]) y Michelangelo Vaccaro, *Genesi e funzione delle leggi penali*, Roma, 1889; *Saggi critici di sociologia e criminologia*, Torino, 1903.

⁶⁹ Francis Galton desautorizó la aplicación de sus hipótesis como dogmas, pero los veterinarios norteamericanos Charles V. Davenport y Harry H. Laughlin fueron financiados por fundaciones importantes –alguna aún existente– para llevar adelante una campaña que logró la esterilización de muchos miles de personas discapacitadas y la prohibición de matrimonios mixtos (en 1907 se sancionó la primera ley de esterilización en Indiana). La campaña de los criadores norteamericanos se extendió a Europa y sus fundaciones Mecenaz hicieron aportes financieros para los primeros estudios eugénicos alemanes, pero en Estado Unidos consiguió la sanción de leyes de esterilización forzada, no sólo de delincuentes sino también de discapacitados (ciegos, sordomudos, indios, etc.), infectó la política migratoria de entreguerras –calificada por Hitler con inteligente en *Mein Kampf*– y leyes de prohibición de matrimonios interraciales. La Suprema Corte legitimó la esterilización en 1927, con primer voto del famoso juez Oliver Wendell Holmes; apenas en 1957 declaró la inconstitucionalidad de la punición de matrimonios interraciales. Esto está totalmente olvidado bajo la impresión de que la biología racista fue producto de un pasajero delirio alemán,

En el plano jurídico penal, esto es, en la ciencia jurídica, se observa el riesgoso desarrollo de una tendencia dentro de la tradición anglosajona de estructuración del saber conforme a principios, que debilita la vigencia plena de tales principios, admitiendo –aunque sea limitadamente- la vigencia de una situación extraordinaria de emergencia⁷¹, como límite a la jurisprudencia de los últimos años que tolera hasta cierto punto el desdoblamiento del sistema penal⁷².

Dentro de la tradición continental europea, se mueve en paralelo la propuesta de un derecho penal del enemigo⁷³, al par de una dogmática jurídico penal que se desentiende de las consecuencias políticas⁷⁴ y se desplaza hacia un idealismo normativizante con capacidad para racionalizar toda la legislación a que hemos hecho referencia y toda la que pueda sancionarse en el futuro, aunque en abierta contradicción con la ciencia del derecho constitucional, que considera las garantías como el logro de un nivel de realización cultural⁷⁵. Por cierto, afortunadamente no faltan fuertes tendencias críticas en ambas culturas jurídicas⁷⁶.

4. Civilización en peligro

La legislación a que nos referimos y la ciencia jurídico penal que la racionaliza se hallan en abierta contradicción con las posiciones que en la temprana posguerra reinstalaron *humanitas*, es decir, el respeto a la dignidad de la persona en el centro de las preocupaciones penales de ese momento, apelando a elementos realistas e incluso *jusnaturalistas*⁷⁷.

La regresión científica actual –al menos en cuanto a su tendencia idealista- no deja de guardar cierta similitud con la metodología valorativa que impedía cualquier introducción de datos de la realidad en el período de entreguerras⁷⁸.

sin que se reflexione tampoco acerca de que el genocidio no sólo consiste en el asesinato masivo, sino también en impedir los nacimientos (sobre todo esto en detalle, Edwin Black, *War Against the Weak, Eugenics and America's Campaign to Create a Master Race*, Thunder's Mouth Press, New York, 2004; sobre el famoso juez Holmes, William H. Rehnquist, *The Supreme Court*, New York, 2004, págs. 101 y sgts.).

⁷⁰ Se trata del Dr. Otmar Freiherr von Verschuer, a quien la fundación norteamericana asistió financieramente durante largo tiempo –ya con el nacionalsocialismo en el poder- en sus investigaciones sobre mellizos univitelinos, uno de los deportes favoritos del siniestro Mengele. Verschuer nunca fue molestado y murió en 1969 en un accidente de tránsito (cfr. Edwin Black, op. cit., págs. 380).

⁷¹ V. Bruce Ackerman, *Before the next attack, Preserving civil liberties in an age of terrorism*, Yale University Press, 2006.

⁷² Ver el análisis crítico de George P. Fletcher, *¿Ciudadanos o personas? Análisis de las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos en los casos Hamdi, Padilla y los prisioneros de Guantánamo*, en "Revista Penal", La Ley, n° 16, Madrid, julio de 2005.

⁷³ *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, en HRRS, marzo de 2004, trad. castellana en Günther Jakobs/Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2003.

⁷⁴ En sentido crítico: Prittwitz, Cornelius, *Derecho penal del enemigo ¿Análisis crítico o programa de Derecho penal?*, en Santiago Mir Puig-M. Corcoy Bidasolo (Directores), V. Gómez Martín (coord.), "La política criminal en Europa", Barcelona, 2004; Vormbaum, Thomas, "Politisches" *Strafrecht*, en ZStW, 107 (1995).

⁷⁵ Entre otros importantes trabajos jurídicos de Peter Häberle, *Europäische Rechtskultur*, Baden-Baden, 1997; *El Estado Constitucional*, Buenos Aires, 2007; *Europäische Verfassungslehre*, Nomos, 2006.

⁷⁶ Por ejemplo la clara sentencia británica: The United Kingdom Parliament, *Judgements – A (FC) and others (FC)(Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, *Opinions of the Lords of Appeal on thursday 16 December 2004*, en "The United Kingdom Parliament", Publications on the Internet; *Opinions of the Lords of Appeal on thursday 16 December 2004*, párrafos 95 y 97, en "The United Kingdom Parliament", Publications on the Internet.

⁷⁷ Por ejemplo: Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, hg. von Erik Wolf, Stuttgart, 1970; Hans Welzel, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin, 1975; *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, 1971; Giuseppe Bettiol, *Scritti Giuridici*, Padova 1966; las primeras sentencias del Tribunal Constitucional Alemán.

⁷⁸ Nos referimos al neokantismo de Baden, especialmente empleado en la obra de Mezger, que elaboró un derecho penal de corte autoritario aparentemente aséptico y funcional a la burocracia judicial de su tiempo (cfr. Francisco Muñoz Conde, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho Penal del Nacionalsocialismo*, 4ª ed., Valencia, 2003), por oposición a la versión liberal de Max Ernst Mayer, sólo recientemente aparecida en castellano (*Derecho Penal, Parte General*, trad. de Sergio Politoff, Montevideo-Buenos Aires, 2007). La variable actual es más radicalmente idealista, pues se nutre del neokantismo de Marburgo y del

Mucho antes de la positivización de los derechos humanos en el plano internacional e incluso constitucional europeo, los fundadores de la inmediata predecesora de nuestra Asociación (Franz von Liszt, Gerard Anton van Hamel y Adolphe Prins), pese a actuar a fines del siglo XIX en pleno clima positivista, reivindicaban las garantías como límites indispensables al poder punitivo de los estados⁷⁹ y escapaban del desprecio a éstas y de la invocación de la emergencia permanente, de singular éxito en su tiempo⁸⁰.

Los esfuerzos valiosísimos llevados a cabo en la década pasada por la AIDP y dirigidos especialmente por el Presidente Bassiouni, para establecer una justicia penal internacional que, con todos sus defectos pone orden en el caos del uso discrecional del principio universal⁸¹, reconocen el precedente dentro de la propia AIDP de los realizados en años lejanos bajo la dirección del Presidente Pella⁸².

Las garantías penales y procesales penales no son producto de un capricho, sino el resultado de la experiencia de la Humanidad acumulada en casi un milenio, en lucha constante contra el ejercicio inquisitorial del poder punitivo, propio de todas las invocaciones de emergencias conocidas en todos estos siglos, en que el poder punitivo descontrolado emprendiendo empresas genocidas causó más muertes y dolor que las propias guerras⁸³.

Se trata del producto cultural más importante de nuestra civilización, su conquista más preciada, que es la que permite un estado laico en el que se garantiza un ámbito de autonomía moral al ser humano, es decir, se le reconoce su carácter de persona y se le concede el espacio social necesario para su realización.

La conquista de estas garantías importó inmensos esfuerzos y en el siglo pasado su defensa costó a los Estados Unidos y a Europa millones de muertos.

Nadie osaría poner en duda el carácter atroz de los crímenes de destrucción masiva e indiscriminada, que deben considerarse crímenes de lesa humanidad⁸⁴. Pero los crímenes que cuestan la vida de cientos y hasta de algunos miles de personas no pueden –en modo alguno– servir de pretexto para borrar lo que ha costado millones de vidas humanas, y menos cuando todos saben –aunque no parece importar mucho– que cada día mueren en el mundo unas sesenta mil personas de hambre, incluyendo treinta y cinco mil niños⁸⁵.

hegelianismo. Sobre estos problemas: Sergio Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992; Ernst-Joachim Lampe, *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, Lima, 2003; Bernd Schönemann, *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal*, Bogotá, 2007; desde una perspectiva más general: Wolfgang Naucke/Regina Harzer, *Rechtsphilosophische Grundbegriffe*, München, 2005.

⁷⁹ Ver: G.A. van Hamel, *Inleiding tot de studie van het Nederlansche Strafrecht*, Haarlem, 1927, especialmente páginas 16-18; Adolphe Prins, *Science Pénale et Droit Positif*, París-Bruselas, 1899, especialmente pág. 31; Franz von Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin, 1891, pág.s 1-6.

⁸⁰ Representado al máximo por Rafael Garofalo, *Criminología*, 2ª ed. italiana, Torino, 1891 (*La criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión*, trad. de Pedro Dorado, Madrid, s.f.).

⁸¹ Casi ninguna institución conocida nació históricamente perfecta: hasta la democracia nació limitada y los derechos se proclamaron para algunos y no para todos (ver por ejemplo la ampliación del derecho de sufragio en la democracia británica: Simon Schama, *Auge y caída del Imperio Británico 1776-2000*, Barcelona, 2004). Nada nace como los juristas prefieren conforme a una lógica pura, sino políticamente condicionado. Es incuestionable que el esfuerzo ha valido la pena, por mucho que quede por andar. Sobre el estado actual: Kai Ambos, *La Corte Penal Internacional*, Buenos Aires, 2007; *La Parte General del Derecho Penal Internacional*, Montevideo, 2005; Werle, Gerhard, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia, 2005.

⁸² Ver: Vespasiano V. Pella, *La criminalidad colectiva de los Estados y el derecho penal del porvenir*, (prólogo de Quintiliano Saldaña), Madrid, 1931.

⁸³ Es poco cuestionable que los genocidios no fueron actos de guerra, sino acciones punitivas masivas. Sobre los millones de víctimas en el siglo pasado y su omisión sistemática en las estadísticas criminales: Wayne Morrison, *Criminology, Civilization and the New World Order*, Routledge-Cavendish, 2006, especialmente la tabla de pág. 93.

⁸⁴ Cfr. Kai Ambos, *Los crímenes más graves en el derecho penal internacional*, México, 2005, páginas 39 y sgts.

⁸⁵ En los últimos años se ha escrito mucho acerca de la indiferencia frente a estas cifras y datos aterradoros. Ver: Simon Pemberton, *A theory of moral indifference: Understanding the production of harm by capitalist society*, en "Beyond Criminology. Taking harm seriously", editado por Paddy Hillyard, Christina Pantazis, Steve Tombs and Dave

El producto cultural cuyo logro y conservación ha costado millones de muertos y que constituye la base de nuestra civilización y el soporte cultural de nuestro derecho, no puede ahora ser aniquilado porque existen crímenes que cuestan algunos cientos de vidas. Si así procediese nuestra civilización, se estaría suicidando y proclamando que millones de personas han muerto en vano. El crimen de lesa humanidad lo estaría cometiendo nuestra propia civilización contra sí misma, asumiendo como propios los objetivos de los criminales.

Europa y Estados Unidos son vistos por los países periféricos y subdesarrollados como ejemplares en muchos aspectos, lo que es correcto, porque quienes sacrificaron millones de vidas para sostener la dignidad de la persona merecen respeto y consideración ejemplar. La quiebra de esos valores, el desprecio al derecho penal de garantías, el impulso hacia un nuevo modelo inquisitorial en Europa y en los Estados Unidos, en una palabra, *el securismo interno e internacional*, no afecta sólo a esos países, sino que representaría el hundimiento de los modelos ejemplares para todo el planeta.

Los políticos de esos países cargan con una responsabilidad mundial y los penalistas no estamos exentos de una buena parte de ésta, porque tenemos el deber de usar el poder del discurso para denunciar las debilidades y traiciones inquisitoriales de los políticos, aunque sepamos que esto nos puede acarrear dificultades y, entre otras, la enemistad de las burocracias nacionales y a veces internacionales.

Estas dificultades no serán mayores que las que sufrieron nuestros padres fundadores, puesto que el derecho penal políticamente liberal no nació acunado por las burocracias ni por los poderosos de su tiempo, sino en abierta contradicción con éstos.

La actual no es hora de complacencias, sino de lucha por la reafirmación de los principios que consagran nuestras constituciones y el derecho internacional de los derechos humanos. Las complacencias científicas son actos de complicidad contra nuestra civilización. Lentamente, *el crimen organizado, en esta hora de globalización, va asumiendo la forma de crimen de estado*, cometido en ejercicio del poder punitivo e invocando su prevención y represión como pretexto.

La actual sociedad es, ciertamente, una sociedad de riesgo⁸⁶, pero no de los riesgos que manipula el discurso único de medios planetarizado⁸⁷, sino de los verdaderos riesgos, que son los provenientes del ejercicio arbitrario del poder punitivo y de vigilancia de los propios estados y del poder de un capital concentrado y descontrolado, lanzado sólo a obtener mayores rentas en menor tiempo sin reparar en obstáculo alguno. El mayor número de víctimas que ha causado la criminalidad organizada en las últimas décadas ha sido como producto de la macrocriminalidad de estado, económica o terrorista. La máscara de la lucha contra el terrorismo ha causado muchos más muertos que las víctimas del terrorismo, las macrodefraudaciones han causado perjuicios patrimoniales infinitamente mayores que toda la criminalidad ordinaria contra la

Gordon, Londres, 2004, p. 67; Stanley Cohen, *Human Rights and crimes of the State: the culture of denial*, en "Australian and New Zealand Journal of Criminology", 1993, p. 97; reproducido en "Criminological Perspectives. Essential Readings", editado por MacLaughlin, Muncie, Hughes, Londres, 2005, p. 542; del mismo, *States of Denial. Knowing about Atrocities and Suffering*, Polity Press, Oxford, 2001 (hay traducción castellana: *Estados de negación. Ensayo sobre atrocidades y sufrimientos*, Buenos Aires, 2001).

⁸⁶ Ver: Mary Douglas, *Risk Acceptability according to the Social Sciences*, Londres, 1985. En general el riesgo es algo manipulado en la globalización para centrar la atención sobre la criminalidad urbana común (ver: Estella Baker and Julian V. Roberts, *Globalization and the new punitiveness*, en John Pratt y otros, "The New Punitiveness, trends, theories, perspectives", Devon, 2005, pág. 128. En el campo jurídico penal se toma como garante a Niklas Luhmann (*Sociología del riesgo*, Guadalajara, 1992) para legitimar la extensión de las prohibiciones a actos preparatorios y otras expansiones análogas. Creemos que Luhmann no es el garante adecuado de este autoritarismo controlador, de puro cuño *segurista* y sin base sociológica alguna

⁸⁷ Sobre la manipulación de la inseguridad: F. Barata, *Las nuevas fábricas del miedo: los mass media ante la inseguridad ciudadana*, en "La protección de la seguridad ciudadana", Oñati Proceedings 18, Oñati, 1995, págs. 83 y sgts.; del mismo, *Mass media y criminalidad en la sociedad de riesgo*, en "Alter, Revista Internac. de teoría filosofía y sociología del derecho", México, 2006, 2; Richard Ericsson, *Crime in an insecure World*, Cambridge, 2007.

propiedad y ha desencadenado una fuerte violencia mortífera en los centros urbanos. Y todo eso no es otra cosa que poder punitivo descontrolado.

El escándalo no puede ser mayor y nuestra reacción como estudiosos del derecho debe ser proporcional. No está en nuestras manos sólo una cuestión menor, parcial o de detalle, sino la disyuntiva entre permanecer indiferentes, refugiarnos en un mundo normativo pletórico de dogmas desmentidos por la realidad cotidiana y resultar funcionales a las burocracias dominantes, o asumir realmente la responsabilidad de defender a nuestra civilización, en consonancia con el respeto a la persona y a nuestra mejor y más brillante tradición.