

CRIMEN ORGANIZADO Y SU TIPIFICACIÓN DELANTE DEL CONTEXTO DE LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL

.....
ANDRÉ LUIS CALLEGARI*
.....

1. El proceso de expansión del Derecho Penal

1.1 El Derecho Penal simbólico como instrumento de comunicación delante de los “nuevos riesgos” de la sociedad contemporánea

La nueva sociedad, globalizada y moderna, propició la aparición de nuevos riesgos y sentimientos de inseguridad, los cuales son tributarios del desarrollo acelerado de las grandes ciudades, de la migración de personas, de los avances tecnológicos, de la ausencia de fronteras y de la versatilidad del flujo de capitales circulantes en el mundo, entre otros tantos factores. Estas transformaciones operadas en la realidad social contemporánea traen en su interior la preocupación cada vez más creciente con las nuevas formas de criminalidad, latente en la sociedad de riesgo¹ que se configura.

En este contexto, se transformó “censo común” en el discurso jurídico-penal contemporáneo la afirmación de que la intervención penal pautada

* Abogado. Doctor en Derecho Público y Filosofía Jurídica por la Universidad Autónoma de Madrid. Profesor visitante en la Cátedra Latino Americana de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia, profesor adjunto (maestrazgo y doctorado) de la Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Cordinador Ejecutivo del Curso de Derecho de la Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Pesquisador del Ministerio de la Justicia en el Proyecto *Pensando o Direito*.

1 Segundo BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad. Trad. Jorge Navarro, Dabiel Jiménez y Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998, el concepto de la sociedad del riesgo designa un periodo de la modernidad donde empiezan a tomar cuerpo las amenazas producidas hasta entonces en el camino de la sociedad industrial, imponiéndose a la necesidad de considerar la cuestión de la autolimitación del desarrollo que desencadenó esa sociedad. La potencialización de los riesgos de la modernización caracteriza, así, la actual sociedad de riesgo, que, está marcada por amenazas y debilidades que proyectan un futuro incierto.

en la teoría “clásica” del delito se mostraba obsoleta, y, por lo tanto, incapaz de hacer frente a las nuevas formas asumidas por la criminalidad, dado que cada vez más, en las sociedades modernas, surgen intereses difusos, muchos de ellos intangibles, a reclamar protección del Estado. Así, en contrapartida, se establecieron rápidamente, en nombre de la “seguridad”, políticas claramente represivas vinculadas a los temas del terrorismo, del crimen organizado, del tráfico de drogas, etc., que hicieron que el Derecho Penal pasase a ser el blanco de frecuentes reformas que derivan del entendimiento de que a su contundencia y capacidad socializadora son más eficientes en la prevención a los nuevos tipos delictivos que medidas de política social o económica, o todavía de medidas decurrentes de la intervención del Derecho Civil o Administrativo².

Para Díez Ripollés³ es posible afirmar que el debate sobre el Derecho Penal en la sociedad de riesgo está basado en algunas constataciones referentes a la nueva realidad social, las cuales pueden ser sintetizadas en tres bloques. El primer bloque de constatación dice respecto a la generalización, en la sociedad moderna, de los ya referidos “nuevos riesgos”, concerniente a las colectividades y que podrían ser calificados como artificiales, dado que, decurrentes de las nuevas actividades humanas o, en concreto, como consecuencias colaterales del uso de las nuevas tecnologías en los diversos ámbitos sociales. El segundo bloque se compone por la constatación de que es cada vez más difícil atribuir la responsabilidad por tales riesgos a personas individuales o colectivas⁴, es decir, no hay criterios de distribución de riesgos que satisfagan plenamente las exigencias de la imputación de responsabilidad. Finalmente, en el tercer bloque de constataciones, se encuentra el gran sentimiento de inseguridad que los dos bloques de constataciones anteriores generan en la población en general. Este sentimiento “no parece guardar exclusiva correspondencia con tales riesgos, sino que se ve potenciado por la intensa cobertura mediática de los sucesos peligrosos o lesivos, por las dificultades con que tropieza el ciudadano medio para comprender el acelerado cambio tecnológico y acompañar su vida cotidiana a él, y por la extendida percepción social de que la moderna sociedad tecnológica

2 DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. En: CALLEGARI, André Luís (org). Política Criminal, Estado e Democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 81-128.

3 Op. cit., p. 83-84.

4 Un ejemplo de tal dificultad es el debate ocurrido en Brasil sobre la (im) posibilidad de responsabilización de las personas jurídicas por la práctica de crímenes ambientales, después del advenimiento de la Ley n. 9.605/98.

conlleva un notable transformación de las relaciones y valores sociales y una significativa reducción de la solidaridad colectiva”⁵.

En este contexto, se vuelve imposible afirmar que los conceptos de “riesgo” y de “expansión” pasan a ocupar el centro del proceso de “modernización” del Derecho Penal, expresando la idea de que la atención a la nueva realidad delictiva pasa por la ampliación de su campo de actuación. Por lo tanto, la política criminal que se presenta para dar respuesta a los nuevos “riesgos” sociales de la contemporaneidad, es marcada por una notable ampliación del ámbito de la intervención penal y por la prominencia que es dada al Derecho Penal en detrimento de otros instrumentos de control social, aunque a costa de la implementación de un modelo de Derecho Penal meramente simbólico.

Meliá, atento al proceso de expansión del Derecho Penal contemporáneo, dice que, en la evolución actual de las legislaciones penales del mundo occidental, el fenómeno más destacado es el surgimiento de múltiples figuras nuevas, inclusive, a veces, la del surgimiento de sectores enteros de regulación, acompañada de una actividad de reforma de tipos penales ya existentes, realizada a un ritmo muy superior al de épocas anteriores⁶. En efecto, nunca se vio una apertura tan grande en los tipos penales, haciendo que el principio de la taxatividad fuera absolutamente olvidado.

En Brasil, un análisis más detenido de tales “reformas” del Derecho Penal revela que son tributarias, en gran parte, por la influencia cada vez mayor de los medios de comunicación masiva en la formación de la opinión pública referente al crimen y a la criminalidad, por medio del proceso de “importación” de discursos represivos gestados para atender a otros tipos de realidad social, pero que encuentran alta receptividad en la población brasileña. De tal manera, se utilizan los medios de comunicación de masa como mecanismos de promoción de medidas de emergencia al elevar la función simbólica del sistema penal eminentemente represivo, más allá de fomentar creencias, culturas y valores de manera de sostener los intereses que representan.

Es decir, “se comercia con la criminalidad y su persecución como mercancía de la industria cultural. Consecuentemente, la imagen pública

5 DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, op. cit., p. 84.

6 MELIÁ, Manuel Cancio. “Direito Penal” do Inimigo? In. CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (org. e trad.). *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 56.

de esa mercancía es trazada de forma espectacular y omnipresente, superando incluso la frontera de lo empíricamente contrastable⁷. Con esto, los medios de comunicación masiva promueven, en decurrencia de intereses meramente mercadológicos, un falseamiento de los datos de la realidad social, generando enorme alarde al vender el “crimen” como un producto rentable⁸, que redundará en el aumento del clamor popular por el recrudecimiento de la intervención punitiva y en la consecuente presión sobre los poderes públicos para que las reformas penales necesarias sean efectivamente llevadas a cabo⁹. Y los poderes públicos, a su vez, “concedores de los significativos efectos socializadores y, sobre todo, sociopolíticos que la admisión de tales demandas conlleva, no sólo se muestran proclives a atenderlas sino que con frecuencia las fomentan”¹⁰.

El problema no reside en el hecho de que la experiencia y las percepciones cotidianas del pueblo condicionen la creación y la aplicación del Derecho, lo que es absolutamente legítimo en un ambiente democrático, pero sí en el hecho de que estas experiencias y percepciones son atendidas por el legislador, en la mayoría de las veces, sin intermediarios especializados, es decir, “sin la interposición de núcleos expertos de reflexión que valoren las complejas consecuencias que toda decisión penal conlleva”¹¹.

7 ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. In. La insostenible situación del Derecho Penal. Granada: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt. Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, 2000, p. 480.

8 CHRISTIE, Nils. A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGS em estilo ocidental. Trad. Leiria Luis. Rio De Janeiro: Forensic, 1998, p.1, alerta para el crecimiento de la industria del control del crimen, la cual, en su entender, ocupa una posición privilegiada, visto “que no hay falta de materia-prima: la oferta de crímenes parece ser inagotable. También no tiene límite la demanda por el servicio, así como la disposición de pagar por lo que se entiende como seguridad. Y no existen los problemas habituales de la contaminación industrial. Por el contrario, el papel atribuido a esta industria es limpiar, quitar los elementos indeseables del sistema social.

9 WACQUANT, Loïc. Sobre la “ventana rota” y algunos otros cuentos sobre seguridad venidos de América. Revista Brasileira de Ciências Criminas. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 46, p. 229-230, analizando el proceso de influencia de los medios de comunicación masiva en la formación de la opinión pública referente al crimen y a la criminalidad en Francia, hace algunas consideraciones que son bastante apropiadas para el mismo fenómeno en Brasil: “el periódico de las 20 horas se transmutó en crónica de los noticieros judiciales, que parecen repentinamente hormiguear y amenazar en todas partes; allá, un profesor pedófilo; aquí, un niño asesinado; más adelante, un autobús depredado. Los programas especiales se multiplican en los horarios nobles, como esta edición de ‘Ça peut vous arriver’, que, bajo título de las ‘violencias escolares’, desafía la trágica historia de un pequeño muchacho que se suicidó después de un chantaje, picardías de patio de escuela primaria, caso totalmente aberrante pero fácilmente erigido a paradigma para las necesidades de la audiencia. Las revistas semanales están repletas de reportajes que revelan ‘las verdaderas cifras’, las ‘noticias secretas’ y otros ‘relatos exclusivos’ sobre la delincuencia, donde el sensacionalismo compite con el moralismo, sin olvidarse de entablar periódicamente la espantosa cartografía de los ‘barrios prohibidos’ y de desgranar los ‘consejos prácticos’ imprescindibles para hacer frente a los peligros decretados, omnipresentes y multiformes”.

10 DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena. Disponible em <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/103/art/art3.pdf>>. Acceso em: 23 abr. 2008.

11 DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La política criminal en la encrucijada. Buenos Aires: B de F, 2007, p. 80.

El Derecho Penal se ve, así, transformado en un instrumento que pasa a ser utilizado políticamente para la búsqueda de fines que no le son apropiados en un Estado Democrático de Derecho. Cuando manejado en el sentido de dar respuestas “eficientes” a las nuevas formas de criminalidad, asume un carácter meramente simbólico, dado que proporciona resultados político-electorales inmediatos a partir de la creación, en el imaginario popular, de la impresión tranquilizadora de la existencia de un legislador atento a la realidad social. Como resalta Albrecht¹², “el uso político del Derecho Penal se presenta como un *instrumento de comunicación*. El Derecho Penal permite trasladar los problemas y conflictos sociales a un tipo de análisis específico. Ese empleo político del Derecho Penal no requiere necesariamente la sanción o la separación simbólica como medio instrumental de disciplina; ni siquiera la ampliación o el endurecimiento efectivo de la ley están unidos forzosamente a la utilización del Derecho Penal como medio de comunicación política. La lógica de la utilización política se apoya en la función analítica y categorial característica del discurso penal, puesto que el cumplimiento de esta función no requiere más que la demostración ejemplar de la actividad de la praxis legislativa y de la justicia penal”.

La utilización política del Derecho Penal simbólico se debe al hecho de que, con ella, el legislador adquiere una “buena imagen” delante de la sociedad, a medida en que, a partir de decisiones político-criminales irracionales atiende a las demandas sociales, obteniendo, así, reflejamente, una gran cantidad de votos. No obstante, la utilización del Derecho Penal simbólico representa la alternativa más “barata” a la hora de articular soluciones para problemas sociales, puesto que las medidas y programas sociales son siempre costosos desde el punto de vista financiero¹³.

Así, afirmar que el Derecho Penal es simbólico, no significa afirmar que él no produzca efectos y que no cumpla funciones reales, pero que las funciones latentes predominan sobre las declaradas no obstante la confirmación simbólica (y no empírica) de estas. La función simbólica es así inseparable de la instrumental a la cual sirve de complemento y su eficacia reside en la aptitud para producir un cierto número de representaciones individuales o colectivas, valorizantes o desvalorizantes, con función de “engaño”¹⁴.

12 Op. cit., p. 479.

13 PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno. Madrid: Iustel, 2007.

14 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do

De esta manera, al hablar en Derecho Penal simbólico se está hablando precisamente de una oposición entre el “manifiesto” (declarado) y el “latente”; entre lo verdaderamente deseado y lo diversamente sucedido; y se trata siempre de los efectos y consecuencias reales del Derecho Penal. Simbólico en el sentido crítico es por lo tanto un Derecho Penal en el cual se puede esperar que realice a través de la norma y su aplicación otras funciones instrumentales diversas de las declaradas, asociándose en este sentido con engaño¹⁵.

Del cotejo entre el actual panorama legislativo Infra-constitucional brasileño y la caracterización de las funciones meramente simbólicas asumidas por el Derecho Penal, se vuelve posible afirmar que, en Brasil, se asiste, en lo que se refiere a la legislación producida para responder a la “nueva” criminalidad incita a la sociedad de riesgo, al proceso de consolidación de una legislación conveniente tan solamente a los intereses políticos de corto plazo, en la cual “los símbolos jurídicos poseen [...] una función *manipulativa*. Crean deslumbramiento, tranquilidad e ilusiones. Estos representan una ficticia realidad y estructuran una falsa conciencia forjadora igualmente de autoengaño”¹⁶.

Con esto, no se cuestiona la *efectividad* de la norma, una vez que se busca demostrar que su mera existencia en el ordenamiento jurídico basta para la solución de un determinado problema social, ocultando, así, la incapacidad del Estado en este sentido. Afirma Pérez Cepeda¹⁷ que “frente a los riesgos globales al Derecho Penal se le está asignado tareas que no puede cumplir, pervirtiendo su función y engañando a la opinión pública, al ofrecer unas perspectivas de solución a los problemas que luego no se corresponden con la realidad. A esta ineficacia se une generalmente la existencia de un déficit de aplicación por los tribunales, ya que cuando esos tipos penales se aplican en sentencias ejemplificantes, contrastan abiertamente con la realidad, puesto que se persiguen y castigan casos que tienen una escasa incidencia lesiva, pero permanecen inermes respecto a los casos más graves para los cuales estaba previsto. La aplicación no efectiva de la ley, como afirma CARBONELL, conlleva una nueva y mayor deslegitimación del sistema penal y un ‘contra-efecto simbólico (negativo)’, puesto que las expectativas de seguridad que se suscitaron quedan frustradas”.

controlé penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 293.

15 Idem.

16 PAUL, Wolf. Megacriminalidad ecológica y derecho ambiental simbólico. In. Pena y Estado: la función simbólica del derecho penal. Barcelona: PPU, 1991, p. 122.

17 Op. cit., p. 337.

Además, la utilización del Derecho Penal en el sentido de infundir confianza en la sociedad y/o educarla – o sea, la utilización del Derecho Penal con fines meramente publicitarios o de difusión de mensajes – redundaría en la extensión del ámbito que debe ser cubierto por la tutela penal. Y confiar al Derecho Penal – un instrumento coercitivo de control social – una misión pedagógica hace parte de una lógica autoritaria y antidemocrática. Esto sin olvidar que las normas penales inspiradas en estos fines tienden a perder su concretividad y taxatividad, lo que representa un grave peligro para la libertad del ciudadano¹⁸.

Ante este contexto, este nuevo modelo de Derecho Penal, es decir, Derecho Penal que confiere mayor seguridad a la sociedad¹⁹, mostró una habilidad para integrar sus análisis y propuestas de intervención en un debate previamente existente sobre la política criminal y la conveniencia de extender las intervenciones penales a los ámbitos sociales hasta el momento fuera del radio de su acción²⁰.

1.2 El retorno del punitivismo/eficientismo penal: las equiparaciones conceptuales equivocadas bajo la influencia del discurso de la “ley y orden”

También permea el proceso de expansión del Derecho Penal, a la par del simbolismo, el retorno del *punitivismo/eficientismo*, lo que se verifica a partir de la introducción de nuevas normas penales a los sistemas jurídicos en la intención de promover, efectivamente, su aplicación con toda firmeza, bien como a partir del endurecimiento de las penas conminadas a las normas ya existentes para la persecución de la criminalidad “tradicional”. La tendencia del legislador, aquí, bajo la influencia del discurso de la “ley y orden”, es reaccionar con “firmeza” en el marco de la “lucha” contra la criminalidad, llegándose, en algunos casos, a medidas represivas tan drásticas que se configuran en mecanismos de inocuación del delincuente²¹.

18 Idem, op. cit., p. 335-336.

19 En este sentido, GARLAND, David. La cultura del control. Traducción de Máximo Sozzo. Barcelona: Editorial Gedisa, 2005, P. 34, señalan que los últimos progresos en materia de control del delito y justicia penal producen perplejidad porque parecen comprender una repentina y sorprendente reversión del estándar histórico preestablecido. Presentan una discontinuidad marcada que debe ser explicada. Los procesos de modernización que hasta poco tiempo parecían bien consolidados en este ámbito, principalmente las tendencias de largo plazo a la “racionalización” y a la “civilización”, ahora parecen comenzar a sufrir un revés. La reaparición en la política oficial de sentimientos punitivos y gestos expresivos que parecen extraordinariamente arcaicos y francamente antimodernos tiende a confundir las teorías actuales sobre el castigo y su desarrollo histórico.

20 DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, op. cit., p. 244.

21 MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit...

Como observa Díez Ripollés²², se pasa a afirmar que “la criminalidad de los socialmente excluidos constituye la *dimensión no tecnológica de la sociedad de riesgo*, de forma que, por ejemplo, la anticipación de la tutela penal se justifica tanto por la necesidad de reaccionar con estructuras de peligro a las nuevas formas de criminalidad, como por la urgencia de actuar contra la desintegración social y la delincuencia callejera que originan los marginados sociales”.

Y continúa resaltando que “el auge de los mecanismos de inocuación selectiva, directamente encaminados a sacar de la vida social y recluir por largos periodos de tiempo a los delincuentes habituales de la criminalidad clásica, es considerado igualmente como una eficiente variante más de la *gestión administrativa de riesgos*, inevitable en las complejas sociedades actuales dada su alta sensibilidad al riesgo, y que sirve de técnicas probabilísticas similares a las de los seguros, en este caso para concentrar la persecución penal sobre ciertos tipos de delincuentes”²³.

Se desarrollan y se legitiman, así, campañas político-normativas de Ley y Orden, recurrentes en los Estados Unidos desde la década del 80, que se fundamentan en la hipersensibilidad de alarmas sociales específicas. La política criminal se “rearma”: el Derecho Penal y las penas se expanden. El Derecho Procesal Penal va paulatinamente adaptándose a las elevadas exigencias que resultan de esto. La ejecución de la pena favorece cada día más la mera custodia y la “custodia de seguridad”, que había sido casi olvidada, que experimenta ahora un inesperado renacimiento. Represión y punitivismo son los nombres de las ideas directrices de la nueva política criminal²⁴.

El sentimiento general de inseguridad característico de las sociedades contemporáneas hace que el “miedo” de tornarse víctima de un delito “tradicional” - crímenes contra la vida, la integridad física, el patrimonio, etc. - aumente considerablemente. Esto, según Díez Ripollés²⁵, puede ser atribuido a dos factores: “por una parte, la extendida sensación en la sociedad de que las cosas van cada vez peor en temas de prevención de la delincuencia, sensación que se proyecta en una escasa confianza en la capacidad de los poderes públicos para afrontar el problema. Por otra

22 Op. cit., p. 92.

23 Op. cit., p. 93.

24 PRITTWITZ, Cornelius. La desigual competencia entre seguridad y libertad. Política Criminal, Estado e Democracia. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 41.

25 La política criminal..., p. 75.

parte, ha desaparecido la actitud de comprensión hacia la criminalidad tradicional, en especial hacia la pequeña delincuencia, actitud muy difundida en los años setenta y ochenta, que se fundaba en una comprensión del delincuente como un ser socialmente desfavorecido y marginado al que la sociedad estaba obligada a prestar ayuda; ahora los delincuentes son vistos, sin que procedan distinciones según la gravedad o frecuencia de su comportamiento delictivo, como seres que persiguen sin escrúpulos y en pleno uso de su libre arbitrio intereses egoístas e inmorales, a costa de los legítimos intereses de los demás. Se han puesto de moda calificaciones como las de ‘predador sexual’, ‘criminal incorregible’, ‘asesino en serie’, ‘jóvenes desalmados’, que reflejan acertadamente el nuevo estatus social, deshumanizado, del delincuente”.

En este rumbo se destaca la política criminal neoliberal, según un modelo ultraconservador de control social, elabora un discurso de “combate a la delincuencia” que torna menos humanos a los delincuentes²⁶. Y el proceso de deshumanización de los delincuentes les vuelve incapaces de recuperación, pues son inadaptados e imprestables para un modelo socioeconómico de alta competitividad, donde no hay lugar para los excluidos, inadaptados, “perdedores”, “incapaces”²⁷.

Este proceso de deshumanización del delincuente transcurre del sentimiento general de inseguridad, que nace a partir de la divulgación de los “nuevos riesgos” de la sociedad contemporánea y que, a partir de equiparaciones conceptuales, acaban por atingir también los “viejos” riesgos representados por la criminalidad “tradicional”. Todo esto conduce a una revalorización del componente aflictivo de la pena, oportunizando “una serie de modificaciones sustanciales en el sistema de penas y su ejecución que, en buena parte, se inspira simplemente en el deseo de hacer más gravosas para el delincuente las consecuencias de la comisión de un delito”²⁸. Esto queda claro a partir del aumento del tiempo de prisión conminado para determinados crímenes, del endurecimiento del régimen penitenciario, del establecimiento de condiciones más estrictas para la progresión del régimen, de la creación del régimen disciplinar diferenciado de cumplimiento de la pena, etc. Es decir, a partir del modelo punitivista/eficientista la política criminal

26 DORNELLES, João Ricardo W. *Conflito e segurança: entre pombos e falcões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 35.

27 *Idem*, op. cit., p. 36.

28 DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal...*, p. 85.

es aumentada, ocupando los espacios normalmente destinados a las otras políticas disciplinares de control social. Hay una sustitución de las políticas disciplinares inclusivas e integradoras por prácticas de exclusión y segregación basadas casi únicamente en las medidas penales²⁹.

Así, es posible afirmar que el derecho penal punitivista/eficientista constituye una especie de fundamentalismo penal criminalizado de los conflictos sociales, que sustituye la mediación política en las relaciones sociales por un derecho penal de emergencia, con carácter contra-insurgente³⁰. Es decir, el eficientismo penal interviene criminalizando los conflictos sociales en un escenario de crisis social resultante de los problemas surgidos con la globalización y el modelo neoliberal, más allá de la crisis política de los sistemas representativos. Esto significa que los conflictos no encuentran canales institucionales que los absorban, y su potencialidad aumenta con el agravante de los problemas sociales decurrentes del modelo de desarrollo adoptado. Los conflictos, por lo tanto, no encuentran espacio de mediación en un sistema político en crisis de representación. Y es justamente en este contexto de crisis que los principios constitucionales de garantía de los derechos fundamentales son substituidos por el discurso de 'ley y orden', donde la falta de mediación político-institucional da lugar al derecho penal de emergencia en el tratamiento de los conflictos sociales. El sistema penal se propaga y ocupa los espacios de control social no penal³¹.

El punitivismo/eficientismo penal, transforma así cuestiones sociales en "cuestiones de policía" y, en nombre de la celeridad de la respuesta a los conflictos sociales, se pasa a renunciar a las garantías legales procesales ínsitas al Derecho Penal liberal y presentes en la mayoría de las Constituciones modernas y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, siendo un claro ejemplo de esto, en el ordenamiento penal infra-constitucional brasileño, la Ley n. 10.792/2003, que modificó la Ley de la Ejecución Penal (Ley n. 7.210/1984) instituyendo el Régimen Disciplinar Diferenciado en la ejecución de la pena de prisión, permitiendo el aislamiento del preso provisional o del condenado hasta por un año, buscando, así, alcanzara los integrantes de organizaciones criminales y previendo, en la práctica, una modalidad de pena cruel con fines especialmente inocuidadores³².

29 DORNELLES, João Ricardo W., op. cit., p. 42.

30 Idem, op. cit., p. 46.

31 Ibidem, op. cit., p. 47-48.

32 Lo que llama la atención en el caso del Régimen Disciplina Diferenciado, según CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina Reindolff. Estado e política criminal: a expansão do Direito Penal como forma simbólica de

1.3 La simbiosis entre simbolismo y punitivismo/eficientismo criminal: ¿Derecho Penal del Enemigo?

No obstante se traten el simbolismo y el punitivismo/eficientismo de fenómenos diversos, debe quedar claro que tanto uno cuanto el otro constituyen acercamientos fenotípicos parciales de una evolución que mezcla ambos aspectos, que no aparecen de manera clínicamente “limpia” en la realidad legislativa. Con efecto, la promulgación de una ley “punitivista” genera impacto inmediato en las estadísticas criminales y, paralelamente, su mera promulgación genera efectos “simbólicos” sobre la población en general. De la misma forma, una ley que nace para cumplir con un papel meramente simbólico puede efectivamente venir a desencadenar un proceso penal “real”³³.

Así, al contrario de lo que parece a partir de un análisis superficial, el Derecho Penal simbólico y el punitivista/eficientista no se excluyen mutuamente. Ellos se integran, una vez que el Derecho Penal simbólico no sólo identifica un determinado “hecho”, pero también (o: sobretodo) un tipo específico de autor, que es definido no como igual, pero como otro. Es decir, la existencia de la norma penal – dejando de lado las estrategias técnico-mercantilistas, a corto plazo, de los agentes políticos – persigue la construcción de una determinada imagen de la identidad social, por medio de la definición de autores como “otros”, no integrados en esta identidad, mediante la exclusión de “otro”. Y parece claro, por otra parte, que para eso también son necesarios los rasgos vigorosos de un punitivismo exacerbado, en escala, especialmente, cuando la conducta en cuestión ya está penalizada³⁴.

Y es justamente de esa simbiosis entre el simbolismo y el punitivismo/eficientismo penal que surge el modelo de política de prevención criminal que ha ocupado lugar destacado en el discurso jurídico-penal brasileño contemporáneo, a encaminarse para la implementación de un modelo de Derecho Penal máximo que puede ser fácilmente identificado con las tesis del Derecho Penal del Enemigo defendido por Günther Jakobs.

controle social. In. CALLEGARI, André Luís (org). Política Criminal, Estado e Democracia. Rio de Janeiro: lumen Juris, 2007, p. 9, “es que referido régimen se aplica al preso provisorio o al condenado bajo quien recaigan fundadas sospechas de involucramiento o participación, a cualquier título, en organizaciones criminales, cuadrilla o bando.” Ocurre, sin embargo, que, conforme resaltan los referidos autores, no hay previsión legal de lo que sea una organización criminal, es decir, aunque exista el nomen júris de la figura típica no existe la definición de la conducta incriminada, por lo tanto, inaceptable su aplicación. Ver, en este sentido, la discusión que se hará en seguida referente al Proyecto de Ley n. 150/2006.

33 MELIÁ, Manuel Cancio, Op. cit...

34 Idem, Op. cit., p. 65.

En efecto, el proceso de expansión del Derecho Penal, tanto por la vía del simbolismo cuanto del punitivismo/eficientismo, representa un aumento del poder del Estado, paralelamente a la reducción de las libertades civiles, volviéndose, muchas veces, difícil de distinguir el Derecho Penal de la guerra civil y de la propia guerra en sí³⁵.

Y la metáfora de la “guerra contra la criminalidad” es justamente el punto de partida de la construcción teórica del Derecho Penal del Enemigo, categoría creada por el penalista alemán Günther Jakobs, en contraposición al Derecho Penal del Ciudadano, designar las concepciones del autor de las cuales debe partir el Derecho Penal en el enfrentamiento de la criminalidad contemporánea, delante de la comprensión de que, en la sociedad de riesgo, existen individuos que deben ser distinguidos como enemigos en relación con los demás ciudadanos. Es decir, la ‘metáfora de la guerra’ instituye un sistema penal ‘paralelo’, donde la justicia criminal y las fuerzas del orden asumen una forma bélica³⁶.

En este contexto, uno de los fenómenos que merece destacarse es el debate reespecto a la criminalidad organizada, en decurrencia de la creciente preocupación de la sociedad con respecto a este tipo de delincuencia, sobre todo por la violencia y por los sofisticados medios usados en la comisión de diversos delitos, hecho que se reflejó en nuevas medidas de prevención y represión para estos crímenes, las cuales serán analizadas a continuación.

2 El Crimen Organizado ante el contexto de expansión del Derecho Penal

2.1 El (re)surgimiento del crimen organizado para el Derecho Penal

El crimen organizado, antes relacionado a pequeños grupos practicantes de acciones delictivas, figura hoy como consecuencia de la globalización y de los avances tecnológicos, como una de las formas de criminalidad más preocupantes en la sociedad contemporánea. Insertadas en nuestra sociedad globalizada, las organizaciones criminales transformaron

35 PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. In. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, n. 47, 2004, p. 31-45.

36 DORNELLES, João Ricardo W., op. cit., p. 47.

un mercado de ingresos ilegales organizados de forma artesanal en un mercado ilícito empresarial gerenciado internacionalmente. Los avances tecnológicos en los sistemas de comunicación, de transmisión de información y de transporte fueron fundamentales para determinadas actividades del crimen organizado. De hecho, con los medios, las estructura y *know how* implicados, las organizaciones criminales transnacionales obtienen beneficios sin precedentes, sea por el número elevado de clientes, sea por los escasos costos económicos y penales con respecto a aquellas actividades tradicionales³⁷.

Ocurre que, en relación a las equiparaciones conceptuales equivocadas de que trata Díez Ripollés - arriba analizadas - la delincuencia organizada dejó de ser tan solamente el arquetipo de las grandes y complejas organizaciones criminales, con capacidad para afectar solamente la estructura socio-económica e institucional de nuestras sociedades, para pasar a ser objeto de atención preferente de las manifestaciones asociativas ligadas a la delincuencia tradicional, como grupos de asaltantes o secuestradores, estructuras de tráfico ilícito de mediana importancia, redes de pornografía infantil y las organizaciones terroristas³⁸.

Por otra parte, efectivamente, la expansión internacional de la actividad económica y la apertura o globalización de los mercados son acompañados de la correlativa expansión o globalización de la criminalidad, que frecuentemente presenta un carácter transnacional, pudiéndose afirmar que el crimen organizado es el de la globalización³⁹.

Meliá señala que los delitos relacionados a las *asociaciones ilícitas* - y, dentro de éstas, de manera específica las infracciones de pertenecer a una organización terrorista - están hoy en un momento de franca expansión, al menos en toda Europa. Esta evolución tiene lugar en un marco general donde una legislación puramente simbólica e impulsos punitivistas se potencializan mutuamente cada vez con mayor intensidad, desembocando en una expansión cuantitativa y cualitativa del Derecho Penal⁴⁰.

37 PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, Op. cit., p. 94.

38 PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, Op. cit., p. 95.

39 CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. La organización criminal. Tratamiento penal y procesal. Madrid: Dykinson, 2000, p. 1; IGLESIAS RÍO, Miguel Angel. "Criminalidad organizada y delincuencia económica". Aproximación a su incidencia global. Criminalidad Organizada y Delincuencia Económica. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez Ltda, 2002, p. 15.

40 MELIÁ, Manuel Cancio. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado. In: CALLEGARI, André

A pesar de estas consideraciones, es posible verificar que no sólo hubo un cambio en la comisión de los delitos antes practicados, si no también hubo un incremento cualitativo en la forma de la comisión de otros delitos. Esto significa el pasaje de una fase de comisión de delitos denominados clásicos a otra de delitos más complejos o no tradicionales (delitos económicos, ambientales, etc.). Es evidente que la comisión de los delitos clásicos como homicidio, lesiones, hurto, estelionato, etc., persiste, sin embargo, además de eso, hubo un aumento significativo en la comisión de otros delitos antes no incriminados o sin la debida significación tenida en la esfera penal.

Además, la forma de incriminación de las conductas sufrió alteraciones importantes, introduciéndose cada vez más tipos penales abiertos, de peligro o normas penales en blanco, hecho que siempre fue combatido por causar inseguridad jurídica. Como refiere Meliá⁴¹, la doctrina que ve lo *injusto* del delito de la organización criminal en la anticipación de los futuros delitos cuya comisión por parte de la referida organización se teme, justificando, así, una intervención punitiva en el período anterior a la efectiva lesión de los bienes jurídicos, o sea, en estado de preparación, no se justifica, pues no hay como explicar una incriminación específica de la organización criminal desvinculada de la comisión ulterior de lesiones concretas. Para el autor, bastaría, por lo tanto, recurrir a una circunstancia de agravamiento de la pena para la comisión en grupo de diversas infracciones concretamente lesivas de bienes jurídicos individuales. Con efecto, “la lógica de la prevención fáctica es la de la policía, no la del Derecho penal, y no conoce límites internos ante la consecución del objetivo del combate eficiente contra las fuentes de peligro”⁴².

Aunque tuviéramos una legislación ya direccionada para represión de delitos practicados por organizaciones criminales, solamente en la década del noventa es que los procesos criminales y nuevas normas penales orientadas a la represión de este tipo de delito empiezan a aparecer. La propia Justicia Federal, por fuerza constitucional competente para el proceso y juicio de la mayoría de los delitos que envuelven este tipo de crimen, tiene un papel importante en su reestructuración y organización

Luís (Org.). Crime organizado: tipicidade, política criminal, investigação e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 25-62.

41 Ob cit., p. 42-43.

42 Idem, p. 43.

para juzgar estos delitos, fenómeno que se verifica también en la década del noventa con la creación de jurisdicciones especializadas y una nueva estructura en la esfera federal.

Sin embargo, a pesar de que se tenga una organización de la esfera de combate y prevención al crimen organizado, actualmente uno de los principales focos de inseguridad en la sociedad tiene origen en este tipo de crimen. Al analizarse la evolución de las leyes y las tendencias político-criminales en este campo, cuesta discernir si estas responden a las nuevas necesidades objetivas de protección o si son fruto de una demanda social exagerada e irracional de punición, generada por un poder político que se ve presionado para manejar empíricamente el desafío de nuevas formas de criminalidad⁴³. En este sentido resalta Meliá⁴⁴ la doctrina que defiende lo injusto del delito de organización criminal a partir que de la comprensión de que lo mismo sería un ataque directo contra un bien jurídico autónomo, que es, la seguridad pública y el orden estatal, criticando la referida posición justamente por el hecho de que las descripciones utilizadas (paz pública, orden social, etc.) son muy indeterminadas, pudiendo, a pesar de esto, abrir las puertas a la implementación de una criminalización ilimitada. Para el autor⁴⁵, “las normas jurídicas – y su concreta reconstrucción jurídico-dogmática – no reaccionan frente a los humores del público; la norma jurídico-penal no depende, como es evidente, del ‘ambiente’ social en un determinado momento. Si se recurre a la sensación social de inseguridad para definir la paz, el orden o la seguridad públicos, el problema de la determinación conceptual del objeto de protección tan solo queda desplazado hacia lo empírico, y, con ello, en este caso, librado a la arbitrariedad”.

Así, ante la criminalidad organizada, actualmente en franco desarrollo debido a la globalización y a los avances tecnológicos, se depara con la necesidad de definir este tipo de organización criminal para saber como enfrentarla, pero sin descuidar las garantías penales y procesales penales hasta entonces conquistadas.

43 SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María; FELIP I SABORIT, David; ROBLES PLANAS, Ricardo; PASTOR MUÑOZ, Nuria. La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura. La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto. Barcelona: Atelier, 2003, p. 128.

44 Op. cit., p. 37-39.

45 Op. cit., p. 45.

2.2 Dificultades de conceptualización del crimen organizado

Delante de la realidad anteriormente citada, la respuesta de los legisladores a la inseguridad generada por las organizaciones criminales no se limitó al tradicional incremento de penas, pero está suponiendo una transformación importante en el Derecho Penal, en la línea de consolidar el establecimiento de un “Derecho Penal del enemigo”, lo cual es dotado de características especiales, entre las cuales se destaca: a) aumento de la criminalidad a partir de la proliferación de bienes jurídicos de naturaleza colectiva, intangibles o abstractos; b) criminalización de actos de mera conducta, que prescinden de la efectiva lesión a los bienes jurídicos tutelados; c) anticipación de la intervención penal al período previo a la efectiva lesión del bien jurídico, generalizándose la punición de actos preparatorios, como, por ejemplo, la asociación criminal; d) ampliación de la discrecionalidad de las autoridades policiales; e) aumento indiscriminado del límite de tiempo de la pena de prisión; f) alteraciones en las reglas de imputación y en el sistema de garantías penales y procesales, a partir de la proliferación de tipos penales poco precisos y de leyes penales en blanco, así como la introducción de la idea de efectividad como principio rector del proceso penal, aunque a costa de la flexibilización, si no de la supresión, de las garantías de los acusados⁴⁶.

Así, en el Derecho Penal sustantivo, una de las manifestaciones más características de este combate es la tipificación de las conductas de “pertenecer o colaborar con una organización delictiva” como delito independiente de los hechos punibles que tenga como finalidad la organización⁴⁷. En este sentido, basta confrontar las principales iniciativas internacionales en esta materia para detectar también que el hecho básico en la lucha contra el crimen organizado (incluida la cooperación judicial y policial) es la armonización de las distintas legislaciones a partir de la tipificación autónoma de la asociación criminal⁴⁸.

46 Ver sobre el tema, JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal do Inimigo. Noções Críticas*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 25-30; CALLEGARI, André Luís, REINDOLFF DA MOTTA, Cristina. *Estado e Política Criminal: a contaminação do Direito Penal ordinário pelo Direito Penal do Inimigo ou a terceira velocidade do Direito Penal*. 2007, p. 24. (no prelo); DONINI, Massimo. *El Derecho Penal Frente al “Enemigo”. Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión*. V. I. Buenos Aires: B de F, 2006, pp. 605/606.

47 En el Código Penal brasileño hay la tipificación independiente del delito de formación de cuadrilla o bando, previsto en el art. 288 del CP.

48 SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María; FELIP I SABORIT, David; ROBLES PLANAS, Ricardo; PASTOR MUÑOZ, Nuria, ob. cit., p. 130.

Los problemas de esta tendencia de la nueva política criminal recaen en dos aspectos en el momento de la configuración de los tipos penales. En el primer lugar, ante de las dificultades para llegar a ser concreto legislativamente el concepto de “organización criminal”⁴⁹, se opta por definiciones abiertas⁵⁰, con rasgos semejantes al del crimen habitual o de la formación de cuadrilla. En segundo lugar, mediante estas figuras delictivas, está imponiéndose en la doctrina y en la legislación un modelo de transferencia de la responsabilidad de un colectivo a cada uno de los miembros de la organización, que se aparta de los criterios dogmáticos de imputación individual de responsabilidad que son válidos normalmente para el Derecho Penal⁵¹.

El primer problema señalado consiste en el hecho de que delante de las dificultades para caracterizar, aunque criminológicamente, un fenómeno tan complejo en las propuestas de incriminación autónoma de las organizaciones delictivas se optó por una definición típica paupérrima de las mismas⁵². Así, generalmente, para la existencia de una organización criminal bastaría el acuerdo estable de unos pocos individuos (dos o tres personas) para cometer delitos graves, de manera que la tenue separación entre la criminalidad organizada y la criminalidad en grupo, o la profesional queda prácticamente eliminada. En efecto, a partir de tales formulaciones el arquetipo de organización se aproxima de las manifestaciones asociativas de la pequeña delincuencia habitual o profesional, cuando el modelo que legitimaría una intervención de este calibre es el de las grandes organizaciones criminales, de gran complejidad tanto por su estructura como por el número y la substitución de sus integrantes⁵³.

49 En Brasil, no hay previsión legal de lo que sea una organización criminal, es decir, aunque exista el *nomen iuris* de la figura típica no existe la definición de conducta incriminada, por lo tanto, no es posible su aplicación. El Consejo Nacional de Justicia, a través de la Recomendación nº e, de 30 de mayo de 2006, recomendó la adopción del concepto de crimen organizado establecido en la Convención de Palermo. Sobre crimen organizado, CALLEGARI, André Luís. *Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 161.

50 Sobre el tema, ver CALLEGARI, André Luís. *Legitimidade Constitucional do Direito Penal Econômico: uma Crítica aos Tipos Penais Abertos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 95, v. 851, 2006, p. 439; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho penal*. Madrid: Civitas, 1978, p. 287; JESCHEK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 4ª. ed. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 223. Ver sobre el tema, ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 298 y ss.

51 SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María; FELIP I SABORIT, David; ROBLES PLANAS, Ricardo; PASTOR MUÑOZ, Nuria, ob. cit., p. 130.

52 En este sentido, ver la Ley n. 9.613/98, que trata de los delitos de lavado de dinero y, entre uno de los crímenes antecedentes al del lavado de dinero, trae el de la organización criminal, sin, entre tanto, mencionar lo que sea esta referida organización.

53 SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María; FELIP I SABORIT, David; ROBLES PLANAS, Ricardo; PASTOR MUÑOZ,

En las propuestas legislativas actuales, inclusive abarcadas por algunos sectores de la doctrina y de la jurisprudencia, los meros indicios de una organización criminal⁵⁴ (y no sus rasgos esenciales), fueron elevados a una categoría de elementos definidores de la figura delictiva, de manera que esta se asemeja peligrosamente a los “delitos de sospecha”⁵⁵. De acuerdo con esto, no sólo se intenta dejar de lado problemas probatorios, mas también se produce una modificación básica en la función del tipo delictivo. Esta ya no consistiría en la delimitación de la conducta prohibida (en atención a su lesividad o peligrosidad) con el objetivo de imponer una pena, pero pasaría a ser principalmente la base para la adopción de medidas de investigación, cautelares, penitenciarias, etc.⁵⁶.

Este problema puede ser observado particularmente en las iniciativas internacionales que responden a la necesidad (real) de armonizar legislaciones con el fin de mejorar la cooperación frente a las manifestaciones transnacionales del problema. Si generalmente en estos procesos la tendencia es la convergencia a las legislaciones más rigurosas (armonizar no se compadece con descriminalizar), en el caso del crimen organizado se corre el riesgo de que las necesidades de represión local acaben siendo generalizadas, y que el establecimiento de figuras delictivas disfrazadas para satisfacer las necesidades de cooperación internacional tengan como efecto colateral inevitable una ampliación de comportamientos punibles y de las penas⁵⁷. De acuerdo con eso, lo que puede ocurrir es que, mientras se sigue sin poder dar

Nuria, ob. cit., pp. 130/131.

- 54 GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal nas perspectivas das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 92/93, señala que es reprochable la concepción de ocultarse, bajo el manto de la represión de los delitos de mayor gravedad, como el terrorismo, el tráfico de drogas, los practicados por organizaciones criminales, una normatividad general de limitación indiscriminada de los derechos fundamentales. Con la excusa de dar seguridad jurídica, se atenta contra la libertad.
- 55 Esa tendencia es común en los delitos económicos o en los de lavado de dinero, donde cada vez más se utilizan factores indiciarios para incriminar los sujetos, principalmente para el decreto de medidas cautelares en busca de la prueba.
- 56 SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María; FELIP I SABORIT, David; ROBLES PLANAS, Ricardo; PASTOR MUÑOZ, Nuria, ob. cit., pp. 131; Ver sobre a nova tendencia da política criminal, CALLEGARI, André Luís e MOTTA, Cristina Reindolff. *Estado e Política Criminal: a expansão do Direito Penal como forma simbólica de controle social, Política Criminal, Estado e Democracia*, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p.00.
- 57 En ese sentido, ver la Recomendación N° 3, de 30 de mayo de 2006 del Consejo Nacional de Justicia, donde consta: 2. Para fines de esta recomendación, se sugiere: a) la adopción del concepto de crimen organizado establecido en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Crimen Organizado Transnacional, de 15 de noviembre de 2000 (Convención de Palermo), aprobada por el Decreto Legislativo n° 231, de 29 de mayo de 2003 y promulgada por el Decreto n° 5.015, de 12 de marzo de 2004, es decir, considerando el “grupo criminal organizado” aquel estructurado, de tres o más personas, existente hace ya un tiempo y actuando concertadamente con la intención de cometer una o más infracciones graves o enunciadas en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Crimen Organizado Transnacional, con la intención de obtener, directa o indirectamente, una ventaja económica u otra ventaja material.

una repuesta jurídico-penal eficiente la criminalidad organizada se extiende a la aplicación de estas medidas a pequeñas manifestaciones de delincuencia marginal,⁵⁸ o aún, se amplía demasiado la utilización de este concepto tan amplio a una serie de delitos en concurso material para aumentar las penas, cuando, de hecho, no se está ante una organización para cometer delitos.

El segundo aspecto digno de resaltar desde una perspectiva del Derecho Penal material es que mediante los tipos de organización criminal se asientan, en el pensamiento y en la legislación, modelos de atribución de responsabilidad penal que se apartan del principio de la culpabilidad (en especial la responsabilidad por el hecho propio) y de la proporcionalidad⁵⁹.

En relación al primer principio, no se puede olvidar que con respecto a las reglas constitucionales de un Estado democrático, rige el principio de la culpabilidad por el hecho, esto es, el hecho practicado es lo que debe ser reprobado y no el autor del hecho (derecho penal del autor).

El ejemplo legislativo más reciente, es la creación del régimen disciplinar diferenciado, donde el legislador no se preocupó en relación al hecho practicado, mas a la tendencia de vida del autor, porque, cualquier persona que se incluya en los delitos previstos de organización criminal ya estaría incluida en el régimen de exclusión. Además de esto, la ley solamente hace referencia a la sospecha de pertenecer a una organización, es decir, no se hace necesaria prueba en ese sentido. O sea, se verifica claramente, en este ejemplo, la implementación de un modelo de Derecho Penal del autor, puesto que “el punto de referencia fundamental a la hora de distinguir entre las dos formas de intervención penal propuestas pasa a ser una actitud persistente de desapego, de distanciamiento, hacia el orden socio jurídico dentro del que el individuo se desenvuelve. El efecto de ensanchamiento frente a los análisis anteriores reside en que ya no es imprescindible la contumacia en el delito, la habitualidad o reincidencia delictivas. Sin perjuicio de que esa sea una condición de frecuente concurrencia, lo peculiar ahora es que basta con una actitud permanente de desprecio hacia el orden jurídico y la disponibilidad a

58 SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María; FELIP I SABORIT, David; ROBLES PLANAS, Ricardo; PASTOR MUÑOZ, Nuria, ob. cit., pp. 131.

59 SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María; FELIP I SABORIT, David; ROBLES PLANAS, Ricardo; PASTOR MUÑOZ, Nuria, ob. cit., pp. 131.

infringirlo. En consecuencia, el incipiente derecho penal de autor que había supuesto, sin duda, el asentamiento del criterio de distribución de riesgos sobre la cualidad de delincuente reincidente o habitual, resulta ahora decisivamente potenciado mediante esta trascendente ampliación de los sujetos sometidos al nuevo derecho penal”⁶⁰.

Esta característica de la ley que regula el régimen disciplinario o diferenciado de incriminar el sujeto por la tendencia de vida⁶¹, por lo tanto, se opone al principio de responsabilidad por el hecho practicado, criterio que es el Derecho Penal de la culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho. En este sentido, uno de los subprincipios decurrentes del principio de la responsabilidad por el hecho practicado y el de la impunidad por el plan de vida. Por lo tanto, solamente se puede cobrar de los sujetos los comportamientos concretos, delimitados espacial y temporalmente y no por haber escogido un determinado plan de vida o modo de existencia⁶².

Por otra parte, también no se debe olvidar que el principio de la proporcionalidad debe limitar la sanción aplicada al hecho cometido⁶³, es decir, la pena debe guardar proporcionalidad en relación a la conducta delictiva y al riesgo que se corre al insertar una serie de conductas como propias de organización criminal y no solamente aumentar la pena en relación al hecho, si no aumentarla todavía más cuando se establece el concurso de crímenes. En este caso específico no se estaría guardando ninguna proporcionalidad con el hecho practicado y la utilización sería más de refuerzo o política judicial de que cualquier otra cosa⁶⁴.

60 DÍEZ RIPOLLÉS, Jose Luis, Op. cit., p. 107-108.

61 AMBOS, Kai. Derecho Penal del Enemigo. Derecho Penal del Enemigo. El discurso de la exclusión. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 152, señala que el Derecho Penal del Enemigo no es Derecho y una de sus causas es que conduce a un cambio del Derecho Penal del hecho para el Derecho Penal del autor.

62 DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La racionalidad de las leyes penales. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 148 sigue diciendo que el fundamento ético de este subprincipio es la protección delante de comportamientos que afectan la convivencia social externa y está fundado en el objetivo de garantizar interacciones sociales que posibiliten en la mayor medida posible el libre desarrollo de auto-realización personal de acuerdo con las opciones que cada ciudadano estime conveniente. No resulta consecuente con esto pedir explicación por la elección de ciertos planes vitales, por más que puedan estimarse en la práctica incompatible con el mantenimiento de esta convivencia externa, mientras tal incompatibilidad no se concrete en la efectiva realización de conductas contrarias a aquella. Por otro lado, la pretensión de que los ciudadanos renuncien desde el principio a adoptar determinados planes de vida, debiendo responder penalmente en caso contrario, caracteriza una sociedad totalitaria, que pretende garantizar el orden social básico mediante la privación a los ciudadanos de aquellas posibilidades existenciales que justifican precisamente el mantenimiento de este orden social.

63 CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Derecho penal: concepto y principios fundamentales. 3ª. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 210; CALLEGARI, André Luis. A concretização dos direitos constitucionais: uma leitura dos princípios da ofensividade e da proporcionalidade nos delitos sexuais. Direito Penal em Tempos de Crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p138 e ss.

64 Véase, por ejemplo, el aumento de la pena previsto en la Ley n. 9.613/98, que determina el aumento de pena cuando el autor pertenece a una organización criminal.

Por todas estas cuestiones, se concluye que es compleja la definición de crimen organizado, sin embargo, de acuerdo con todo lo que fue referido, se puede afirmar, de forma simple, que una organización criminal constituye una estructura criminógena que favorece la comisión reiterada de delitos (facilitando su ejecución, potencializando sus efectos e impidiendo su persecución) de manera permanente (puesto que la ejecutabilidad de sus miembros permite substituir sus integrantes). En consecuencia, es posible que su mera existencia suponga un peligro para los bienes jurídicos protegidos por las figuras delictivas que serán practicadas por el grupo y, por lo tanto, constituye un injusto autónomo, un “estado de cosas” antijurídico que amenaza la paz pública⁶⁵.

2.3 La Convención de Palermo: una aproximación al concepto de crimen organizado

Hay, en la doctrina jurídico-penal brasileña contemporánea, consenso en el sentido de que es posible la incriminación de la organización criminal por medio del concepto ofrecido por la Convención de Palermo al menos para los delitos a los cuales es aplicable la referida convención⁶⁶.

Para efectos de la convención se entiende como “grupo criminal organizado” aquel estructurado por tres o más personas, existente hace algún tiempo y actuando conjuntamente con el propósito de cometer una o más infracciones graves o declaradas por la convención, como la intención de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio material.

Aunque Brasil haya aprobado la Convención de Palermo y en consecuencia forme parte de nuestro ordenamiento jurídico, seguimos con la posición de que la incriminación continúa siendo vaga e imprecisa, sin establecer los contornos necesarios para que pueda aclarar lo que sería la referida “organización criminal”. Por otra parte, nunca esta demás recordar que las normas deben ser interpretadas a partir de la Constitución Federal y allí se encuentra inserto el principio de la legalidad que trae, como corolario lógico el principio de la taxatividad. Esto significa que la propia Constitución Federal no admite preceptos incriminadores vagos e imprecisos que no describan adecuadamente la conducta incriminadora,

65 SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María; FELIP I SABORIT, David; ROBLES PLANAS, Ricardo; PASTOR MUÑOZ, Nuria, ob. cit., pp. 132.

66 BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Crimes Federais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 412.

porque en un Estado de Derecho se debe preservar las garantías del ciudadano, dentro de las cuales se encuentran la de saber, con claridad, cuál es la conducta incriminada por la norma penal.

Por lo tanto, el concepto propuesto por la Convención de Palermo no se distingue de otros acercamientos similares que pecan por el mismo defecto, es decir, la imprecisión en la definición del tipo. Como el concepto es vago, se verifica que la propia Convención establece la definición de los elementos normativos del tipo que lo integran (“infracción grave”, “grupo estructurado”, “bienes”, “producto del crimen”, etc.), sin embargo, no se puede decir que esto representa la mejor técnica legislativa en términos de garantías al ciudadano.

2.4 Crimen organizado y concurso de personas

Uno de los problemas en la caracterización del crimen organizado es la delimitación o el alcance de la figura típica, pues a pesar de que merezca una penalización más grave, se debe tener cautela para no incurrir en el error de que figura abarca toda y cualquier colaboración de personas para la comisión de delitos, hecho que ya se encuentra regulado en el concurso de agentes. Además, existen normas específicas para el aumento de pena para el organizador o para aquel que comanda la actividad criminal de los demás (art. 62, CP). Por lo tanto, innecesario, en la mayoría de las veces, una figura autónoma y de validez dudosa para la acusación de las actividades cometidas por un grupo de personas.

La configuración de una supuesta organización criminal muchas veces recae en el tradicional concurso de personas, donde existe una imaginada organización para comisión de delitos, pero, ausente los elementos configuradores de una verdadera organización.

En este marco, parece que hubo una mezcla de conceptos para que se alcanzase, en algunas hipótesis, la configuración de una organización criminal. Equivocadamente se utilizaría la reunión esporádica de personas para la comisión del delito. En otros casos, aunque dicha reunión sea habitual, faltan los otros presupuestos configuradores de la organización criminal.

Por otra parte, delante de una interpretación elástica de la teoría del dominio del hecho, el organizador de un grupo se transforma en

“jefe” de una “organización criminal”. Los dos conceptos se muestran equivocados. La simple distribución de papeles o la determinación de tareas, por sí mismo, no puede implicar en co-autoría (jefe) del grupo o de la organización. Y los que reciben dichas tareas tampoco están sometidos, en la mayoría de las veces, a las reglas de jerarquía y subordinación concernientes a una estructura organizada.

La regla del concurso de personas está pensada para la reunión eventual de agentes que buscan la realización de la misma infracción penal, es decir, unen esfuerzos entre sí, con el mismo objetivo típico. No hay, en principio, ninguna regla de estructuración jerárquica u organización entre los miembros, a pesar de que ella pueda aparecer en varios casos a través de un miembro que se destaca por su liderazgo, hecho ya previsto en el art. 62 del Código Penal. Por más que ocurra la comisión reiterada de infracciones penales por el grupo, no se puede transformara en organización criminal.

También se debe recordar que la norma de extensión posibilita traer para la esfera de la punibilidad las colaboraciones que inicialmente no se traducen en actividad típica, posibilitando, así, la acusación del auxilio material o psicológico para la comisión del crimen. Pero este auxilio no es fundamental para el éxito de la tarea criminal, pues se trata de contribuciones accesorias, es decir, no sostienen el hecho en su totalidad (caso contrario estaríamos ante la coautoría, que es la división funcional de tareas). Por lo tanto, el concurso de personas representa un *minus* en relación a la organización criminal, pues en esta habrá una valoración mayor de las tareas y de la estructura organizacional, en cuanto en aquél los papeles pueden representar una colaboración que ni será utilizada (participación).

Dicho de otra manera, las intervenciones en el concurso son distintas en relación a las de una organización. Mientras que en el concurso la división de tareas entre las personas no importa necesariamente una colaboración fundamental para el éxito final del delito, pues ni siempre las colaboraciones son imprescindibles para que esto ocurra, en la organización criminal nos parece que los papeles desempeñados son más fuertes y necesarios para que el hecho criminal pueda ser practicado. Funciona como un engranaje, es decir, una verdadera estructura de piezas, donde, el fallo de una puede implicar en el de un fallo total.

2.5 Crimen organizado y formación de cuadrilla

Lo que fue dicho en el tema precedente también se aplica al crimen de formación de cuadrilla o banda, es decir, no se puede confundir una reunión estable para la comisión de crímenes con una organización criminal. Inicialmente cabe referir que, substancialmente, lo que distingue el crimen de cuadrilla o bando del concurso de personas es que en aquél hay un carácter duradero de la asociación, mientras que en éste la reunión de los integrantes es eventual.

Mismo con un *plus* en relación al concurso de personas en el sentido de exigir un número determinado y la estabilidad asociativa, no se puede confundir tal delito con una organización criminal. Como ya referimos, la organización posee un carácter empresarial, de organización y jerarquía similar a la de una empresa legalmente constituida, donde cada miembro tiene sus funciones determinadas y debe ser relevante para la configuración de los planes elaborados. La formación de cuadrilla no guarda toda esta expectativa organizacional y normalmente está destinada a la práctica de delitos comunes.

Cabe agregar aún que la organización criminal está pensada, en materia de tipicidad, para delitos que requieren una estructura sofisticada de actuación, a pesar de que no sea la regla, es lo que se verifica en la mayoría de los casos donde la organización practica determinados delitos que, para su comisión, requieren necesariamente la intervención de personas especializadas en varias áreas.

Se destaca que podemos tener una organización criminal practicando crímenes tradicionales, ya fue dicho que tal hecho no es imposible, sin embargo, creemos que las estructuras que se presentan en determinados crímenes indican una especialización cada vez mayor de sus integrantes de una organización criminal, lo que no ocurrirá en la mayoría de las veces cuando se trate de la tipificación de la formación de cuadrilla.

Así, a pesar de que tanto la formación de cuadrilla como el crimen organizado exijan, para su configuración, la participación de cierto número de personas y la estabilidad de asociación, jamás deben ser confundidos. Mientras uno exige toda una estructura organizada, jerarquizada, con una división de tareas, como si fuese una empresa, y se destina principalmente a la práctica de delitos complejos que necesitan

de esa estructura, el otro no guarda esta edificación organizacional y es destinado, normalmente, a la comisión de crímenes comunes.

3. Conclusiones

El análisis del proceso de inclusión del crimen organizado en la pauta prioritaria del Derecho Penal contemporáneo pasa por la reflexión sobre el proceso expansivo que la referida rama del Derecho experimenta, en relación de los “nuevos riesgos” y sentimientos de inseguridad de la sociedad moderna, que hace con que se llegue a la conclusión de que la intervención penal pautada en la teoría “clásica” del delito se convirtió incapaz de hacer frente a las nuevas formas asumidas por la criminalidad, que pasa cada vez más a asumir un carácter difuso, intangible. Así, la política criminal que se presenta para dar respuesta a los nuevos “riesgos” sociales de la contemporaneidad es marcada por la prominencia que es dada al Derecho Penal en detrimento de otros instrumentos de control social.

Ocurre que este proceso de expansión del Derecho Penal se da a costa de la implementación de normas jurídico-penales que asumen, en la mayoría de los casos, un carácter meramente simbólico, puesto que son manipulados en el sentido de dar respuestas políticas a la población que, ante de la influencia de los medios de comunicación masiva que divulgan *ad nauseam* el crecimiento “desenfrenado” de la criminalidad, cada vez más, clama por el recrudecimiento de las penas, como forma de sentirse más “segura”.

Esta legislación penal simbólica, sin embargo, viene acompañada por discursos altamente pesimistas influenciados por la idea de “ley y orden”, los cuales acaban por trasladar, por medio de equiparaciones conceptuales equivocadas, los riesgos de la mega criminalidad para la criminalidad clásica, reforzando, así, viejos estereotipos del Derecho Penal y justificando la actuación truculenta del sistema punitivo contra su clientela habitual.

Así, las violaciones de derechos y garantías fundamentales del ciudadano que cada vez más se presentan en el centro del “nuevo” Derecho Penal, representan la implementación de un modelo de Derecho Penal máximo, cuyos puntos de contacto con el Derecho Penal del Enemigo defendido por Günther Jakobs son muchos y ya no pueden más ser negados.

Y la referida “contaminación” del Derecho Penal puede vislumbrarse claramente en lo que se refiere a la cuestión del crimen organizado, el cual en consecuencia de los fenómenos simbolismo/punitivismo, dejó de ser tan solamente el arquetipo de las grandes y complejas organizaciones criminales, pasando las manifestaciones asociativas conectadas a la delincuencia tradicional (grupos de asaltantes, estructuras de tráfico ilícito de mediana importancia, etc.) también a ser objeto de mayor atención por el Derecho Penal.

La gran cuestión que se presenta, sin embargo, ante el fenómeno del crimen organizado, es analizar, frente a la nueva legislación que viene surgiendo en nivel infra- constitucional atacarlo, si estas respuestas de cuño punitivo de hecho responden a las nuevas necesidades objetivas de protección o si son tan solamente fruto de una demanda social exagerada e irracional de punición.

Otra cuestión que merece ser considerada respecto a las dificultades en las cuales se encuentran para hacer concreto legislativamente el concepto de “organización criminal”. Lo que se verifica es una opción por tipos penales abiertos, muy próximos a la definición del crimen habitual o de la formación de cuadrilla. Sin embargo, delante de una cierta figura delictiva, se verifica la implementación de un modelo de transferencia de la responsabilidad de un colectivo a cada uno de sus miembros de la organización criminal, lo que se aleja de los criterios de imputación individual de responsabilidades vigentes en el Derecho Penal.

Además, se verifica también en las propuestas legislativas actuales sobre el tema, que los meros indicios de una organización criminal son elevados a una categoría de elementos definidores de la figura delictiva, de manera que esta se asemeja peligrosamente a los “delitos de sospecha”, dando oportunidad para la adopción de medidas de investigación cautelares, penitenciarias, etc., altamente lesivas a las libertades individuales.