

POLÍTICA CRIMINAL Y GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL* (Algunas reflexiones... de Haedo a París**)

por Marcelo Alfredo Riquert***

Sumario: 1. Política criminal y Derecho penal. 2. Política criminal y globalización. 3. Violencia urbana y globalización: 3.A. Haedo; 3.B. París; 3.C. Algunos denominadores en común; 3.D. Algunas notas sobre la globalización. 4. Lucha contra el crimen, la globalización y su discurso. 5. La informática y sus facilidades para potenciar el control social: hacia un nuevo modelo de panóptico. 6. Algunas consideraciones sobre el “derecho penal del enemigo”. 7. Protección de datos, comunicaciones y su tratamiento en el marco del “enemigo terrorista”. 8. A suerte de colofón.

1. Política criminal y Derecho penal

Al abordar el tratamiento de la interdisciplinariedad del saber penal con otros saberes, Zaffaroni, Alagia y Slokar afirman que el conocimiento de una ciencia o saber, no puede construirse sin el auxilio de otros saberes con los que se conecta en una red de interdisciplinariedad. Cuando el horizonte o universo del saber penal se roza con otros, es correcto referirse a *saberes tangentes*. Cuando el horizonte o universo del saber penal se superpone con otros, nos referimos a *saberes secantes*. Estos tocamientos y superposiciones con otros saberes no son meros pedidos de auxilio a otras disciplinas sino verdaderas hipótesis de trabajo interdisciplinario de las que ningún saber puede prescindir so pena de caer en autismo o prejuicio. La interdisciplinariedad del Derecho Penal con la Política (criminal) es presentada por los citados como una correspondiente a un “saber secante no jurídico” (junto con la criminología)¹.

Este es un cruce que califican como “enorme” ya que, en definitiva, un sistema que programa decisiones del poder es un programa político y, de allí, que cada teoría penal tiene una inevitable lectura política. Así, “*Analizar el discurso penal ignorando los elementos de poder que revela el saber político distorsiona su percepción y oculta una de sus más importantes dimensiones. Se trata de un fenómeno de alienación o enajenación política demasiado frecuente... (que) no elimina la dimensión política del discurso del derecho penal, sino que sólo la oculta*”². Ante la imposibilidad de negar esta unión del derecho penal con la política (por su obviedad), consideran que la “política criminal” es una suerte de sustituto que da la impresión de “*mantener la interdisciplinariedad*”. Concluyen

* Corresponde a la versión escrita de la presentación en el marco del Seminario Internacional “Derecho Penal y Globalización”, organizado por el “Instituto Superior de Criminología y Ciencias Penal Dr. Jorge Zavala Baquerizo”, Universidad de Guayaquil, Ecuador, 21 al 24 de agosto de 2006.

** La referencia “De Haedo a París”, que se utilizará como motivo de reflexión inicial para este trabajo a efectos de delinear algunos de los efectos de la globalización en materia político-criminal, corresponde a los Dres. Luis Ohman y Alfonso Carofile, del Capítulo Criminológico de la Asociación de Psiquiatras Argentinos, quienes en abril de 2006 nos invitaran a participar de un panel en el XXII Congreso Argentino de Psiquiatría bajo el título “Violencia urbana: de Haedo a París”.

*** Abogado (UNMDP, Argentina). Master en Derecho Penal (Universidad de Salamanca, España). Profesor de Derecho Penal 1 (Parte General), Universidad Nacional de Mar del Plata, y de Derecho Penal 2 (Parte Especial), Universidad Atlántida Argentina. Juez de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires, República Argentina.

¹ Cf. su “*Manual de Derecho Penal. Parte General*”, Ediar, Bs.As., 2005, págs. 123/124.

² Ob.cit., pág. 125.

que, si bien es verdad que siempre existe una “política criminal” aunque la ignoren quienes la protagonizan, “de ninguna manera es la construcción idealista deducida de las leyes por algunos teóricos y explotada por políticos sin escrúpulos, o racionalizada por algún funcionalismo radicalizado”³.

Es central tener presente que Zaffaroni parte de considerar que los estados de derecho no son otra cosa que la contención de los estados de policía, que el estado de derecho histórico, es decir, el real y concreto, nunca puede ser igual al ideal porque conserva en su seno, encerrado o encapsulado, al estado de policía. Existe una continua dialéctica en el estado de derecho real, concreto o histórico, entre éste y el estado de policía. El estado de policía que lleva en su interior nunca cesa de pulsionar por perforar o estallar las vallas que le coloca el estado de derecho. Cuando mayor fuera la contención, más cerca del estado de derecho ideal se estará. Si se lograra (que nunca se llegará) a ahogar al estado de policía, reduciría radicalmente o se aboliría el propio poder punitivo. La selectividad de este último es una característica estructural que, entonces, se puede atenuar pero no suprimir. En este contexto, el campo penal es el preferido de las pulsiones del estado de policía, al ser la pared más débil de todo estado de derecho. Cuando más habilitaciones de poder punitivo haya en las legislaciones, mayor el campo de selectividad arbitraria de las agencias de criminalización secundaria y menores los controles y contenciones del poder jurídico a su respecto.

Así, el derecho penal lo que hace es proponer la administración optimizada del reducido poder de contención, en forma que permita sólo el paso del poder punitivo menos irracional, erigiéndose en barrera para el de mayor irracionalidad. La función del derecho penal en todo estado de derecho (de la doctrina penal como programadora de un ejercicio racional del poder jurídico) debe ser la reducción y contención del poder punitivo dentro de los límites menos irracionales posibles. Si no logra que el poder jurídico asuma esta función, fracasa y cae el estado de derecho⁴.

Desde una perspectiva descriptiva más tradicional, la relación entre Política Criminal y Derecho Penal –sintetiza Carlos A. Mahiques–, puede entenderse en, al menos, dos perspectivas:

a) La Política Criminal es el contenido variable de las normas que constituyen el Derecho Penal. Entre ambos se establece una relación de *identificación*. El estudio de la política criminal se resuelve en el análisis de las elecciones que debe efectuar el legislador y en las formas típicas en que se vuelcan en un determinado ordenamiento jurídico penal. Así, la ciencia político criminal es un conocimiento sistemático de la evolución de los institutos penales y un análisis de su configuración con el fin de evaluar la adecuación de los mismos a los objetivos perseguidos por el legislador.

Una relación de *identificación* extrema es la sostenida por Roxin: las exigencias de política criminal constituyen la clave hermenéutica para entender la esencia de las categorías generales de la teoría del delito que, más que “dogmas” elaborados por la ciencia penal, serían las cristalizaciones (necesariamente variables) de exigencias político criminales, a la luz de las que esas categorías podrían ser enteramente comprendidas y penetradas por la ciencia penal⁵.

b) La Política Criminal y el Derecho Penal constituyen los términos de una relación problemática, casi antinómica e históricamente inestable. El péndulo del

³ Ob.cit., pág. 126.

⁴ Eugenio Raúl Zaffaroni, “*El enemigo en el Derecho Penal*”, Ediar, Bs.As., 2006, págs. 165/168.

⁵ Mahiques, “*Cuestiones de Política Criminal y Derecho Penal*”, Fabián J. Di Plácido Editor, Bs.As., 2002, págs. 44/45.

sistema penal (legislador, jurisprudencia, ciencia), puede inclinarse algunas veces hacia la política criminal y, otras, hacia el derecho penal.

La experiencia europea, indica el autor citado, marca claramente tres etapas: 1) la dirección “técnico-jurídica” (Von Litz), hasta la 2ª Guerra Mundial, caracterizada por la indiferencia hacia el contenido político del derecho penal, es decir, la elección político criminal del legislador y su valoración no eran competencia del estudio del derecho penal, que privilegiaba la forma, el análisis del texto y la construcción sistemática de las categorías generales; 2) después de la 2ª Guerra hasta los años setenta, la ciencia y la magistratura privilegian la dimensión político criminal de la justicia penal por sobre la jurídico penal, a partir de la influencia de la doctrina marxista como motor de un revisionismo jurídico (visión del derecho, sobre todo, penal, como instrumento de consolidación del poder y la exclusión, con la consiguiente marginación de la clase proletaria); entiende Mahiques que esta inclinación político criminal sirvió para rescatar la cultura penalista del formalismo estéril, sumergida en tecnicismos jurídicos; 3) es la fase actual, con una vuelta de péndulo hacia el derecho en un marco de situaciones cada vez más complejas, en las que la dirigencia política privilegia el uso del instrumento jurídico (incluso penal) para el gobierno de la sociedad (forzando formas jurídicas tradicionales a favor de la política), buscando en el derecho una confirmación de validez o, al menos, un reaseguro de legitimidad para sus elecciones políticas. De otro lado, la conciencia de la intromisión del poder político en las instituciones y sociedad civil y la corrupción estructural, hacen resurgir el valor de la legalidad y del derecho como único poder de los débiles. Se verifica también una tendencia hacia la internacionalización del derecho penal (Corte Internacional, nuevos delitos contra la humanidad)⁶.

Si bien señala Mahiques que esta contraposición podría sintetizarse en el slogan *“la política criminal es el reino de la voluntad, mientras que el derecho penal es el de la racionalidad”*, concluye que tal contraposición *“es más aparente que real: la relación entre política criminal y derecho penal es realmente más problemática que antinómica... El verdadero problema no es el negar al derecho penal toda contribución del componente social, sino más bien el de evitar la contraposición entre una jurisprudencia ideologizada y una ciencia cerrada en su conceptualismo jurídico”*⁷.

Si atendemos al actual estado de la cuestión propuesta como tema de este trabajo, como acierta Eduardo Demetrio Crespo, un perfil que se puede advertir con claridad es que se ha producido un cambio en el debate sobre la legitimidad del derecho penal que, hasta hace relativamente poco tiempo, transitaba por el vector *“propuestas abolicionistas-propuestas reduccionistas”*, para pasar a operar sobre el binomio *“reduccionismo vs. expansión”* en el marco de lo que se ha dado en llamar la *“modernización del derecho penal”*, que pudiera no ser tal, sino realmente una involución lamentable⁸. Apunta el nombrado que frente al modelo del minimalismo se ha erigido un fenómeno de expansión del ámbito de lo punible, en clara contradicción con la pretensión de reducir el derecho penal, de volver al núcleo duro del derecho penal clásico postulado por la escuela de Frankfurt. La expansión es consecuencia del nacimiento de un “nuevo” derecho penal (para algunos “derecho penal accesorio”), dirigido a proteger los nuevos bienes jurídicos característicos de la sociedad post-industrial, es decir, las exigencias de intervención penal procedentes

⁶ Ob.cit., págs. 45/47.

⁷ Ob.cit., págs. 47/48.

⁸ Demetrio Crespo, Eduardo, *“Del derecho penal liberal al derecho penal del enemigo”*, pub. en NDP, Tomo 2004/A, Editores del Puerto, Bs.As., pág. 48.

de una sociedad caracterizada modernamente como una “sociedad de riesgos”⁹. Entiende que este fenómeno de expansión/modernización puede caracterizarse por tres grandes notas: la administrativización del derecho penal, la regionalización/globalización del derecho penal y la progresiva deconstrucción del paradigma liberal del derecho penal¹⁰.

En esta línea, es importante recordar con Zaffaroni, Alagia y Slokar, que las regresiones, notoriamente, se dan con más frecuencia en el derecho penal que en otros saberes, es más, “*las regresiones irrumpen como descubrimientos: suelen sostenerse proposiciones que corresponden a etapas de menor conocimiento, ignorándose la acumulación de saber posterior a ellas (Es un saber donde con frecuencia se pretende descubrir el agua tibia; la gran novedad de la posmodernidad es el descubrimiento de las instituciones de la inquisición medieval: testigos secretos, juicios secretos, delatores premiados, espías, etc.)*”¹¹. Sobre algunos de estos renacimientos medievales volveremos luego. En concordancia, sostiene Lascano que “*sería más apropiado hablar de una “marcha atrás” del Derecho Penal que de una “tercera velocidad”...*”¹².

Con similar inteligencia afirma Manuel Cancio Meliá que, en los últimos años, los ordenamientos penales de Occidente “*han comenzado a experimentar una deriva que los conduce de una posición relativamente estática, dentro del núcleo duro del ordenamiento jurídico —en términos de tipo ideal: un núcleo duro en el que iban haciéndose con todo cuidado adaptaciones sectoriales y en el que cualquier cambio de dirección era sometido a una intensa discusión política y técnica previa— hacia un expuesto lugar en la vanguardia del día a día jurídico-político, introduciéndose nuevos contenidos y reformándose sectores de regulación ya existentes con gran rapidez, de modo que los asuntos de la confrontación política cotidiana llegan en plazos cada vez más breves también al Código penal*”. Así, los cambios en la praxis político-criminal habitual, no se ciñen a los tiempos y las formas, “*sino que también en los contenidos van alcanzando paulatinamente tal grado de intensidad que se impone formular la sospecha... de que asistimos a un cambio estructural de orientación... (que) cristaliza de modo especialmente llamativo... en el concepto del “Derecho penal del enemigo”...*”¹³.

Coincide Cancio en la individualización como características principales de la política criminal de los últimos años a la “expansión” del Derecho penal, la legislación de un conjunto de tipos penales que, vistos desde la perspectiva de los bienes jurídicos clásicos, constituyen supuestos de “criminalización en el estadio previo” a lesiones de bienes jurídicos con, además, penas desproporcionadamente altas. Resume la evolución actual del Derecho penal material y procesal, como

⁹ Ob.cit., pág. 68. Sobre esta cuestión y su proyección sobre las aristas que presenta la problemática de la criminalidad informática, hemos hecho referencia en la obra “*Protección penal de la intimidad en el espacio virtual*”, Ediar, Bs.As. 2003, págs. 194/195. Para ampliar el tema, se recomienda el trabajo de Bernd Schünemann, “*Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*”, pub. en la Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 5, enero-junio 1995, particularmente pág. 251 y ss.

¹⁰ Ob.cit., pág. 70. Ccte.: Zaffaroni, quien califica de “transformación regresiva bastante notoria” en el campo de la llamada política criminal (con más precisión, “política penal”), a este debate que pasó a ser el de la expansión del derecho penal en lugar de ser entre las políticas abolicionistas y reduccionistas (cf. su obra “*El enemigo...*”, pág. 13).

¹¹ En su “*Manual...*”, ya citado, pág. 27.

¹² En su trabajo “*El derecho penal para enemigos y las garantías constitucionales*”, pub. en el website www.elDial.com, sección Córdoba, Suplemento Penal, Doctrina, octubre de 2003.

¹³ En la obra conjunta con Günther Jakobs titulada “*Derecho penal del enemigo*”, cuya segunda parte está a cargo de Cancio Meliá bajo el título “*¿“Derecho penal” del enemigo?*”, Hammurabi, Bs.As., 2005, págs. 69/70.

tendiente en el horizonte político-criminal a un “Derecho penal de la puesta en riesgo” de características antiliberales¹⁴. Esta perspectiva la sintetiza en dos fenómenos que no aparecen de modo clínicamente “limpio” en la realidad legislativa:

1) El llamado “*Derecho penal simbólico*”: fenómenos de neo-criminalización que tan sólo cumplen efectos meramente “simbólicos” (más allá del que toda legislación penal necesariamente tiene). El concepto, en sentido crítico, hace referencia a que determinados agentes políticos tan sólo persiguen el objetivo de dar la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido, con lo que predomina una función latente sobre una función manifiesta. Es un recurso al Derecho penal por el que aparece como instrumento para producir tranquilidad mediante el mero acto de promulgación de normas evidentemente destinadas a no ser aplicadas.

García Vitor y Goyeneche señalan que en el Derecho Penal, como en el resto del ordenamiento normativo, se reconocen dos funciones, una instrumental y una simbólica, que conviven desde siempre en una relación estructural de tensión, no de complemento, que en algunos ámbitos se resuelve a favor de la última, en menoscabo de la real protección de bienes jurídicos que supone la primera. De allí, recuerdan a Hassemer, cuando conceptualiza en sentido crítico como simbólico al Derecho Penal en el que las “funciones latentes” predominan sobre las “manifiestas” y del cual puede esperarse que realice, a través de la norma y su aplicación, otros objetivos que los descritos en la misma y, además, cuando afirma que la idea del Derecho Penal simbólico se aprehende sin dificultad desde un Derecho Penal orientado a las consecuencias, advirtiéndose la sola orientación a lo simbólico como una crisis de éste.

En opinión de los nombrados, siguiendo a Terradillos Basoco, el rechazo absoluto de la función simbólica no puede preconizarse, pero sí, por el contrario, alentarse su limitación al punto de equilibrio en el cual, en la protección racional de los bienes jurídicos, complementa adecuadamente a la instrumental. Asimismo, entienden que la mera función simbólica (sustitución de protección real de bienes jurídicos por la ilusión de seguridad, de sentimiento de confianza en el ordenamiento jurídico y en las instituciones, pero que al demostrarse el engaño termina generando lo contrario y traicionando los principios del Derecho Penal liberal), se advierte con claridad en el ámbito económico, del medio ambiente, terrorismo, drogas y exportación de materias peligrosas¹⁵.

2) El “*resurgir del punitivismo*”: son procesos de criminalización “a la antigua usanza”, se introducen nuevas normas penales con la intención de promover su efectiva aplicación con toda decisión o se endurecen las penas para normas ya existentes.

La tesis de Cancio es que estas dos líneas de evolución, la “simbólica” y la “punitivista”, constituyen el linaje del llamado “Derecho penal del enemigo”¹⁶. Este, sin perjuicio de todas las precisiones que se efectuarán en un acápite específico, puede anticiparse es definido sintéticamente por Jakobs en los siguientes términos:

¹⁴ En Jakobs-Cancio, págs. 73/75.

¹⁵ Enrique U. García Vitor y Cecilia A. Goyeneche, “*Régimen legal de los Estupefacientes. Política criminal y dogmática. Parte I*”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, págs. 14/16.

¹⁶ En Jakobs-Cancio, págs. 75/79. Carlos J. Lascano (h), coincide con Cancio señalando que, en la realidad legislativa, ambos fenómenos no son susceptibles de ser separados nítidamente, pero mantienen una relación fraternal, de cual surge el derecho penal del enemigo (en su trabajo “*La demonización del enemigo y la crítica al derecho penal del enemigo basada en su caracterización como derecho penal de autor*”, pub. en AAVV “Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión”, Cancio Meliá – Gómez-Jara Diez coordinadores, Edisofer/BdeF, Montevideo, 2006, tomo 2, pág. 204).

“El derecho penal del enemigo es un fenómeno que se da en todos los ordenamientos jurídicos de los países occidentales, y consiste en sancionar la conducta de un sujeto peligroso en una etapa muy anterior a un acto delictivo, sin esperar a una lesión posterior tardía. Se sancionan la conducta y la peligrosidad del sujeto, y no sus actos. El mismo fenómeno se da en el ámbito procesal, especialmente con la restricción de algunos ámbitos privados. Por ejemplo, la posibilidad de un allanamiento de morada con fines investigativos, la posibilidad de registro de viviendas o la instalación de micrófonos o instrumentos para escuchas telefónicas. En esencia, el concepto de derecho penal del enemigo es una noción descriptiva que define algo existente en los ordenamientos democráticos actuales y designa aquellos supuestos de especial peligrosidad para distinguirlos de aquellos otros supuestos en los que se produce una relación jurídica entre ciudadanos”¹⁷.

Sin perjuicio de que pueden de estas dos notas desprenderse otra serie de características y que la intensidad que en la realidad legislativa comparada ha cobrado este resurgir del “enemigo” en el derecho penal, llevan necesariamente a profundizar al respecto, bien podría afirmarse de inicio, sin temor a equívoco, que la política-criminal que lo expresa en el momento es la de la emergencia, que traduce en una “*legislación penal de emergencia*”. Zaffaroni la define diciendo que “...por tal entendemos una legislación que: a) se funda en un hecho nuevo, pretendidamente nuevo o extraordinario; b) la opinión pública reclama una solución a los problemas generados por tal hecho; c) la ley penal no resuelve el problema, pero tiene por objeto proporcionar a la opinión pública la sensación de que tiende a resolverlo o a reducirlo; d) adopta reglas que resultan diferentes de las tradicionales en el Derecho Penal liberal, sea porque lo modifican en su área o en general, porque crean un Derecho Penal especial o alteran el Derecho Penal general”¹⁸.

Cerrando estas breves consideraciones iniciales sobre el estado de situación de las relaciones entre el Derecho Penal y la Política Criminal, parece atinado recordar como lo hace Lascano la observación de Ramón Ragués sobre la complejidad actual de la labor de la política criminal en un contexto en el que el fenómeno de crecimiento y endurecimiento del derecho penal no es consecuencia de desmanes totalitarios, sino que surge en muchas ocasiones de la voluntad política de dar respuesta a las reivindicaciones de la ciudadanía, es decir, que recibe impulso de la opinión pública y es ejecutado por el poder político que cuenta con plena legitimidad democrática. Ello, dice Ragués, obliga a cambiar el discurso de recurrir sin más a la deslegitimación del poder político, ahora debe desacreditarse el crecimiento del derecho penal pese a que éste es reclamado por los ciudadanos y otorgado por sus legítimos representantes, lo que apunta siguiendo a Schulz, no es imposible porque en un estado constitucional el proceder del legislador elegido democráticamente presume corrección, pero no la garantiza¹⁹.

2. Política criminal y globalización

El profesor Luiz Flávio Gomes señala que, aunque no es muy corriente hacer referencia a una específica política-criminal de la era de la globalización, resulta imprescindible delinear la esencia de este fenómeno y sus múltiples y complejas relaciones con el Derecho Penal. En ese tránsito, indica que es importante distinguir

¹⁷ Así lo expresó en un reportaje publicado en el suplemento “Cultura” del diario “La Nación”, ejemplar del miércoles 26 de julio de 2006, en oportunidad de brindar una conferencia en Buenos Aires, invitado por la Universidad Austral y el Colegio de Escribanos de dicha ciudad. La nota se tituló “El enemigo tiene menos derechos, dice Günther Jakobs”, sección “Los intelectuales del mundo y La Nación”.

¹⁸ Zaffaroni, “*La creciente legislación penal y los discursos de emergencia*”, pub. en AAVV “Teorías Actuales en el Derecho Penal. 75° Aniversario del Código Penal”, Edit. Ad-Hoc, Bs.As., 1998, págs. 617 y 620.-

¹⁹ Lascano, “*La demonización...*”, ya citado, pág. 211.

que una cosa son las características del “*Derecho penal de la globalización*” (que versan sobre un fenómeno nuevo, de las dos últimas décadas) y otra, son las características del “*Derecho penal en la era de la globalización*”. El último es producto de la suma de: a) todas las profundas transformaciones del derecho penal tradicional; b) con las modificaciones típicas de la globalización²⁰.

Tal vez podría matizarse el acotamiento temporal de la globalización a los últimos veinte años. Como se verá luego, al menos, es posible distinguir “ondas” globalizantes desde la misma Época Antigua, sin dejar de reconocer que dicho lapso presenta notas de singularidad que lo distinguen de anteriores. A su vez, si se lo piensa desde la perspectiva del poder, como lo hace Zaffaroni, partiendo de que el ser humano no es concebible fuera de relaciones interactivas (de cooperación o de conflicto) que van creando estructuras de poder que aparecieron en pequeñas sociedades (tribus, clanes), se extendieron a otras más amplias (naciones) y, finalmente, abarcaron el planeta, puede pensarse todo como puntos de un mismo proceso expansivo del poder, así, colonialismo, neocolonialismo, las revoluciones mercantil, industrial y tecnológica, son parte de un mismo proceso expansivo del poder que se ejerce ahora en la “globalización”²¹.

En cuanto al “*Derecho penal de la globalización*”, Gomes individualiza como las principales tendencias político-criminales a las siguientes:

a) Descriminalización de los crímenes antiglobalización (así, se transforman en reliquias los delitos que perturban en buen desarrollo del proceso de globalización económica, como el crimen de “descaminho” del art. 334 del CP de Brasi, que consiste en importar o exportar un producto sin el pago de impuestos y tasas);

b) Globalización de la Política Criminal (tendencia a uniformar las directrices político-criminales, se habla así de armonización de las legislaciones, de necesidad de enfrentar delitos que perturban el orden internacional, de criminalidad trasnacional);

c) Globalización de la cooperación policial y judicial (para que el control del delito trasnacional tenga resultado);

d) Globalización de la Justicia criminal (ejemplo claro: el Tribunal Penal Internacional, con competencia para juzgar los llamados crímenes de lesa humanidad, aprobado por el Estatuto de Roma de 1998)²².

En cuanto a las “transformaciones” del Derecho criminal (penal y procesal), destaca estas:

1. Globalización de los crímenes y los criminales (crimen organizado y delitos internacionalizados: narcotráfico, corrupción, ciberdelincuencia, etc.);

2. Globalización de los bienes jurídicos (derechos colectivos y bienes supraindividuales: ecología y medio ambiente, genética, seguridad en las comunicaciones, etc.);

3. Globalización de las víctimas (pasan a ser supraindividuales o difusas);

4. Globalización de la explosión carcelaria (el fenómeno de expansión de la cantidad de personas encarceladas se favorece por la estructura de la sociedad

²⁰ En su trabajo “*Globalización y derecho penal*”, pub. en la obra colectiva “El derecho penal del Siglo XXI. Homenaje al Doctor Manuel de Rivacoba y Rivacoba”, dirigida por Eugenio R. Zaffaroni y coordinada por Marco A. Terragni, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2005, págs. 202/203.

²¹ Cf. su obra “*El enemigo...*”, ya citada, pág. 29.

²² Gomes, ob.cit., págs. 205/208.

globalizada que, acentuando las desigualdades de ingresos, produce que “la distribución de renta es inversamente proporcional a la distribución de los castigos. A los globalizados mejor renta y menos castigos; a los excluidos menor renta y más castigos”);

Vinculado al fenómeno de profundización de la desigualdad de ingresos y relacionándolo con el de expansión del discurso único del nuevo autoritarismo, plantea Zaffaroni una hipótesis a investigar: “pareciera que a medida que la riqueza se polariza, avanza la anomia en el sentido originario de Durkheim y el discurso populachero grosero y primitivo tiene mayor aceptación porque parece compensar la seguridad perdida a causa de la globalización: la sociedad pierde cohesión y está ávida de un discurso que se la devuelva, por primitivo, vindicativo y *völkisch* o populachero que sea; se cohesiona detrás de un discurso simplista que clama por la venganza lisa y llana. Dado que el mensaje es fácilmente propagado; que se facilita desde el exterior; que es rentable para los empresarios de la comunicación social; que es funcional para el control de los excluidos; que tiene éxito entre ellos mismos; y que satisface a las clases medias en decadencia, no es raro que los políticos se apoderen de él y hasta se lo disputen. Como el político que pretende confrontar con este discurso es descalificado y marginado de su propio partido, si no lo asume por cálculo electoralista lo hará por temor, y, de este modo, por oportunismo o por miedo, se impone el discurso único del nuevo autoritarismo”²³.

5. Globalización en la desformalización de la Justicia penal (flexibilización de las garantías penales y procesales bajo el paradigma del pragmatismo efficientista);

6. Agravamiento incesante de la hipertrofia del Derecho penal (este rasgo clásico e histórico se enfatiza con la globalización que, no es su exclusiva responsable, pero sí un nuevo factor de multiplicación e impulso de la expansión)²⁴.

De tal suerte, el “Derecho penal en la era de la globalización”, que es el reflejo de todas estas transformaciones del Derecho penal tradicional, presenta estas características de “modernidad”, según enuncia el profesor paulista:

a) Deliberada política de “criminalización”, antes que de “descriminalización” o de “despenalización”;

b) Frecuentes y parciales alteraciones por el legislador de la Parte Especial del Código Penal o la edición de leyes penales especiales;

c) Aumento de los marcos penales de los delitos clásicos;

d) La protección institucional (o funcional) de los bienes jurídicos (preferencia de los supraindividuales, delineados en forma vaga y porosa);

e) Amplia utilización de la técnica de los delitos de peligro abstracto;

f) Menosprecio patente al principio de lesividad u ofensividad;

g) Erosión del contenido de la norma de conducta (de lo que está prohibido: incumplimiento de taxatividad, ley penal en blanco), así como de la norma de sanción (del contenido de la sanción penal);

h) Uso del Derecho penal como instrumento de “política de seguridad” (en flagrante contradicción con su naturaleza subsidiaria);

i) Poca preocupación con los principios de igualdad y de proporcionalidad;

j) Transformación funcionalista de clásicas diferenciaciones dogmáticas (autoría y participación, consumación y tentativa, dolo e imprudencia, etc.) fundadas en la imputación objetiva y subjetiva del delito, incluso porque la imputación

²³ En “El enemigo...”, pág. 71.

²⁴ Ob.cit., págs. 209/211.

individual acaba constituyendo un obstáculo para la eficacia de la nueva Política criminal;

l) Responsabilidad de las personas jurídicas;

m) Endurecimiento de la fase ejecutiva de la pena, incluso mediante inconstitucionales medidas provisionales del Presidente del país;

n) Privatización y tercerización de la Justicia (por ejemplo, en fase de la ejecución penal);

ñ) En el área procesal con la meta de la efectividad se introducen profundas alteraciones con recorte de derechos y garantías fundamentales para acelerar procedimientos, agilizar la instrucción y dar rapidez a la intervención penal²⁵.

Complementando este elenco de características, podemos retornar a la opinión de Cancio, quien al apuntar la existencia en el debate político de un verdadero “clima punitivista” (el recurso a un incremento cualitativo y cuantitativo en el alcance de la criminalización como único criterio político-criminal), ambiente que no carece de antecedentes, destaca que “...*estos procesos de criminalización —y esto es nuevo— en muchas ocasiones se producen con coordinadas políticas distintas al reparto de roles tradicional que podría resumirse en la siguiente fórmula: izquierda política-demandas de descriminalización/derecha política-demandas de criminalización. En este sentido, parece que se trata de un fenómeno que supera, con mucho, el tradicional “populismo” en la legislación penal*”²⁶. En dicha línea, señala que “*El modo más claro de apreciar la dimensión de este fenómeno quizás esté en recordar que incluso conduce a la rehabilitación de nociones... como la de inocuidad... en los Estados Unidos de América... mediante la legislación de “three strikes” puede llegar a suceder que un autor que bajo aplicación del Código Penal español ni siquiera ingresara en prisión, en algunos Estados de los EEUU sufra cadena perpetua, entendida además en sentido estricto (hasta la muerte del condenado)*”²⁷.

3. Violencia urbana y globalización

Habiendo sentado algunas líneas centrales respecto de la conexión del Derecho Penal con el fenómeno de la globalización, así como con la Política criminal, como un modo de aproximación que, desde la realidad, nos permita reflexionar sobre el marco teórico delineado antes, vamos a realizar un breve trabajo de comparación entre hechos de violencia urbana recientes.

Según se aclarara en una de las notas al pie iniciales, unos meses atrás, Luis Ohman y Alfonso Carofile invitaban a pensar sobre dos hechos de estas características que cobraron singular trascendencia pública, uno en escala de repercusión mundial (París), el otro en el nivel nacional o local argentino (Haedo). Su propuesta era tomarlos como analizadores sociales de la violencia contenida en la estructura de la sociedad capitalista avanzada. Por nuestra parte, seguramente producto de las propias limitaciones para avanzar en el plano sociológico, el tema

²⁵ Ob.cit., págs. 211/219.

²⁶ Ob.cit., págs. 80/81. Allí individualiza como ejemplos de la línea que descubre las pretensiones de neocriminalización específicamente de izquierdas, a los delitos de discriminación o aquellos en que las víctimas son mujeres maltratadas.

²⁷ Ob.cit., págs. 81/83. Puede agregarse con relación a este discurso del actual autoritarismo norteamericano, siguiendo a Zaffaroni, que siendo el más difundido del mundo (globalizado), más que populista lo define como de un simplismo “populachero (völkisch)” (en “*El enemigo...*”, pág. 70).

surgió como un atractivo punto de partida para abordarlo desde alguna de sus perspectivas político-criminales, básicamente, como una expresión violenta del fenómeno de globalización con repercusiones de naturaleza penal. En ese tránsito, resulta oportuno recordar brevemente los hechos referidos.

3.A. Haedo²⁸

Entre las 9,00 y las 15,00 horas del martes 1° de noviembre de 2005, miles de pasajeros-manifestantes, enervados por una demora en el servicio y la posterior cancelación de un tren procedente de Moreno (Provincia de Buenos Aires, Argentina), les prendieron fuego a 15 vagones y a la estación de Haedo. La Policía Bonaerense se limitó a hacer un cordón en torno del área ocupada por un aluvión humano que se llevó todo por delante. La protesta, que al comienzo se centró en el ataque a los bienes que administra la concesionaria Trenes de Buenos Aires (TBA), a cargo del ex ferrocarril Sarmiento, derivó luego en el accionar aislado de un grupo de unas 100 personas que saquearon comercios y destrozaron los vidrios de los bancos Itaú y Supervielle. Hubo 113 detenciones y 29 personas sufrieron heridas, ninguna de gravedad.

Las autoridades nacionales y provinciales aseguraron que se trató de “*un acto deliberado cometido por activistas de izquierda*” que siguió a lo que, en principio, era una “*exasperación colectiva*”. Los manifestantes volcaron y quemaron dos patrulleros. Dos bomberos fueron golpeados. También fueron destruidas las boleterías –previo robo del dinero que había allí–, la sala de espera, el lugar destinado a las encomiendas y el resto de las instalaciones.

El artículo periodístico mencionado en nota al pie, describía lo acontecido refiriendo el testimonio de dos personas que estuvieron en el lugar, en los siguientes términos: “*Antonio y Mabel, luego del vendaval que destruyó la estación como si hubiera pasado el huracán Katrina, están convencidos de que todo lo ocurrido fue “obra de los piqueteros”...*”.

Desde otra perspectiva²⁹, la noticia se presentó afirmando: “*Criminalizar la protesta y el descontento, estas son las consecuencias de los sucesos de Haedo, el 1° de noviembre del 2005*”. Allí, “*explotó el hartazgo por el abuso y la ausencia de derechos humanos que debieran ser respetados para todos aquellos que se desplazan en cualquier medio de transporte*”. Se informaba que, a un mes del hecho, seguían presos 7 jóvenes imputados por sedición, alojados en las cárceles de Marcos Paz y Ezeiza, además de unas 70 personas procesadas, a las que se les imputaban los delitos de lesiones agravadas, atentado a la autoridad e incendio agravado. La síntesis de esta línea de análisis sería que “*Las voces del poder son siempre condenar a los pobres. La condena a la actitud criminal de la empresa concesionaria, responsable del estado de nuestros ferrocarriles, que siguen siendo parte de un patrimonio nacional que ellos, los TBA y los otros han dilapidado cruelmente, que lo destruyen diariamente en beneficio de la ganancia máxima, no apareció, ni aparecerá*”.

3.B. París³⁰

²⁸ Fuente: diario “Página 12”, edición del miércoles 2 de noviembre de 2005, nota de Carlos Rodríguez titulada “Fuego, protesta y saqueos en el Oeste. La furia en la Estación del Tren Sarmiento derivó en violentos incidentes”.

²⁹ Nota periodística para “Argenpress.info” firmada por Elena Luz González Bazán bajo el título “Derechos Humanos para los presos de la Estación Haedo”.

³⁰ Síntesis obtenida en el medio virtual “Wikipedia. La enciclopedia libre” (www.es.wikipedia.org). Más allá de que, en términos generales, se debe manejar con cuidado y, en muchos temas, pudiera ser conveniente chequear la información que provee la enciclopedia atendiendo a su singular modo de

Los disturbios de Francia de 2005 se iniciaron el jueves 27 de octubre de 2005 cerca de París pero se extendieron rápidamente al resto del país (Seine-et-Marne, Val-d'Oise, Lille, Ruán, Dijón, y Marsella) y a otros países de Europa (Bélgica, Dinamarca, Alemania, Grecia, Holanda, Suiza).

Se caracterizaron por el incendio de autos y por violentos enfrentamientos entre cientos de jóvenes y la policía francesa. Los incidentes comenzaron tras la muerte de dos jóvenes musulmanes de origen africano mientras escapaban de la policía en Clichy-sous-Bois, una comuna pobre en una banlieue (suburbio) del este de París, y fueron exacerbados por las declaraciones del ministro de Interior Nicolas Sarkozy, que llamó a los manifestantes iniciales "escoria". Solo en la noche del 3 de noviembre, 500 coches fueron quemados y varios incendios provocados en Aulnay-sous-Bois, Neuilly-sur-Marne, Le Blanc-Mesnil e Yvelines.

Los adolescentes fallecidos huían de la policía y tras trepar a una subestación eléctrica se electrocutaron. Un tercer joven también fue afectado en el mismo hecho pero logró sobrevivir. Los disturbios comenzaron tras conocerse que los adolescentes muertos pertenecían a una minoría étnica de un distrito de bajos ingresos. Según la mayoría de los análisis iniciales, estas muertes parecen haber agravado tensiones preexistentes. Manifestantes declararon a la prensa que los disturbios eran una forma de expresar la frustración por el desempleo y el acoso policial en la zona.

En total, en 19 noches de disturbios, se quemaron 8.700 vehículos y fueron arrestadas 2.700 personas. Fueron agredidos decenas de civiles, policías y periodistas.

3.C. Algunos denominadores en común

Si bien es posible realizar, de inicio, una larga lista de diferencias contextuales entre ambas expresiones de violencia urbana, para lo que bastarían referencias superficiales al distinto grado de desarrollo de los países en que sucedieron, tomando para ello los más diversos indicadores generales, así como la distinta intensidad que cobraron tanto en su duración como en los daños producidos, es igualmente factible, a poco que se profundice el análisis, hallar varios denominadores en común.

Los suburbios parisinos concentran la inmigración laboral poscolonial que proveyó de una mano de obra barata y cubrió los trabajos menos deseados en una economía de pleno empleo. Conformaron barrios con muy bajas condiciones de vida, con unos 5 millones de habitantes (Francia tiene 61), la mayoría no votantes. Un trabajo que abordó similar comparación (aunque desde otra perspectiva)³¹, indica que desde 1984 estas barriadas periféricas han pasado de 148 a 751. Asimismo, que sus indicadores de calidad de vida son similares a los de los países tercermundistas: desempleo del 21% (40% si son jóvenes entre 18 y 30 años). En la

compilación, tratándose de un hecho de tan extendida repercusión en todos los medios de comunicación y grandes cadenas de noticias internacionales, la compilación de Wikipedia luce como fuente suficiente para la descripción a grandes rasgos realizada en el texto principal.

³¹ Bajo el título "Parias Globales. De Haedo... a París", obra un trabajo en el sitio web "Colectivo Nuevo Proyecto Histórico" (www.colectivonph.com.ar), cuya autoría se asigna a "Prokla 8 PROblema de la Lucha de KLAses".

Argentina en los sectores críticos del conurbano es del 26% (aunque un 53% de los jóvenes no participa del mercado de trabajo). El desempleo es de larga data, acompañado de una actividad ocupacional precaria o falsamente autónoma, flexibilidad, trabajo en negro o infantil.

Sin ir más lejos, ya en 2006, la flexibilidad laboral ha tenido nuevas repercusiones públicas violentas en París al tratarse las nuevas pautas de primera experiencia laboral para jóvenes bajo la receta de “reducir” sus derechos para abaratar los costos patronales e incentivar la generación de nuevos puestos de trabajo. Según se verá, esta flexibilización, precarización en realidad, sería un producto más del nuevo orden globalizado.

En definitiva, cuando se despejan datos genéricos y se focaliza en los sectores sociales concretos en que sucedieron los hechos referidos, no son demasiadas las diferencias entre el primer y el tercer mundos. Insistimos entonces que, en ese contexto, surge fluido el enlace entre fenómenos de explosiva violencia en lugares que, pese a la distancia y diferencias de marco general, ofrecen singulares factores comunes. Los adelantos telemáticos que llevaron a muchos a hablar de la “aldea global”, permiten acceder con celeridad al conocimiento de la información y advertir, de algún modo, problemáticas “globales”. En esta última dirección, se brindará seguidamente una sintética visión sobre lo que significa la “globalización”, también llamada “aldea global” o la “mundialización”³², básicamente a partir de una presentación en grandes pinceladas de algunas reflexiones al respecto que ha formulado el sociólogo polaco Zygmunt Bauman, que servirán de útil plataforma para la aproximación entre aquella y los campos político-criminal y penal.

3.D. Algunas notas sobre la globalización

Carlos J. Lascano (h) señala que el fenómeno de la globalización, como “proceso multidimensional”, se caracteriza por la aparición de nuevas formas de establecer vínculos y por la interdependencia entre las sociedades y los actores sociales, en todos los ámbitos de la vida –político, social, económico, cultural y jurídico– y por la facilidad y celeridad de los medios de transporte de personas y bienes, al igual que de las comunicaciones de imagen, sonido, informaciones y datos³³.

Sidney Guerra, siguiendo la opinión de Octavio Ianni, indica que, de hecho, la globalización expresa un nuevo ciclo de expansión del capitalismo como modo de producción y proceso civilizatorio de alcance mundial, tratándose de un proceso de amplias proporciones que envuelve a naciones y nacionalidades, regímenes políticos, grupos y clases sociales, economías y culturas. Es decir, no sólo incide en lo económico, sino que se trata de la globalización de la moda, la cultura, los hábitos alimentarios, la música, el terrorismo, la información y otros tantos asuntos que

³² Menciona al término “mundialización” como una expresión de moda y utilizada en varios segmentos sociales Sidney Guerra, en su trabajo *“A quarta onda globalizante e os desafios para o direito internacional”*, pub. en la “Revista da Faculdade de Direito de Campos”, año IV, N° 4 y año V, N° 5, 2003/2004, pág. 341.

³³ En su trabajo *“Funcionarios públicos corruptos, empresarios corruptores y derecho penal”*, pub. en la obra colectiva *“El derecho penal del Siglo XXI. Homenaje al Doctor Manuel de Rivacoba y Rivacoba”*, dirigida por Eugenio R. Zaffaroni y coordinada por Marco A. Terragni, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2005, pág. 901.

puedan tener alguna influencia sobre el comportamiento de los Estados y, obvio, de la persona humana. En ese contexto, entiende que la capacidad instrumental del Estado-Nación está comprometida por la globalización y que gana relevancia el estudio de esta materia para el Derecho Internacional Público³⁴.

En el plano social, Bauman señala que la globalización, entre muchas otras consecuencias, marca nuevas pautas en las divisiones entre “los de arriba” y “los de abajo”. Para el habitante del primer mundo (ese mundo cada vez más cosmopolita y extraterritorial de los empresarios, los administradores de cultura y los intelectuales globales), se desmantelan las fronteras nacionales tal como sucedió para las mercancías, el capital y las finanzas mundiales. Para el habitante del segundo (¿tercero?), los muros de controles migratorios, leyes de residencia, políticas de “calles limpias” y “aniquilación del delito” se vuelven cada vez más altos; los fosos que los separan de los lugares deseados y la redención soñada se vuelven más anchos, y los puentes, al primer intento de cruzarlos, resultan levadizos. Los primeros viajan a voluntad, se divierten mucho (sobre todo, si viajan en primera clase o en aviones privados), se les seduce o soborna para que viajen, se les recibe con sonrisas y brazos abiertos. Los segundos lo hacen subrepticamente y a veces ilegalmente; en ocasiones pagan más por la superpoblada tercera clase de un bote pestilente que otros por lujos dorados en la business class; se les recibe con el entrecejo fruncido y, si tienen mala suerte, los detienen y deportan apenas llegan³⁵.

En otras palabras, la globalización ofrece un grupo reducido de los verdaderos “globales”, a la vez que incrementa y acentúa el estatismo de un grupo mayoritario, los “locales”. La “movilidad” es el factor estratificador más poderoso y codiciado de todos. La alta movilidad de los que invierten, los que disponen del capital, del dinero para invertir, es la razón que les permite una inédita desconexión de anteriores obligaciones, los libera del deber de contribuir a la vida cotidiana y a la perpetuación de la comunidad³⁶. El avance tecnológico en materia de telecomunicaciones, la posibilidad de disponer de inmediato y en cualquier lugar la información, haciendo desaparecer las distancias de tiempo y espacio, “*lejos de homogeneizar la condición humana... tiende a polarizarla*”³⁷.

Recuerda el nombrado que, a fines de la década del noventa del siglo pasado, un “*Informe sobre el desarrollo humano*” de la ONU, señaló que la riqueza total de los primeros 358 multimillonarios globales equivale a la suma de ingresos de los 2300 millones de personas más pobres, es decir, el 45% de la población mundial. El 22% de la riqueza global pertenece a los países “en desarrollo”, que concentran el 80% de la población mundial. Este no es el límite de la polarización ya que la parte de los ingresos globales que reciben los más pobres es aún menor: en 1991 el 85% de la población mundial recibía el 15% de los ingresos. El 20% de los países más pobres recibían el 2,3% de la riqueza global y al cerrar la década había bajado el 1,4%³⁸.

La destrucción de los puestos y la volatización de los lugares de trabajo, la concentración de riqueza en un marco de “goteo” o “derrame” inexistentes, son todos frutos del proceso de “glocalización”, de las nuevas presiones “glocalizadoras” de un poder desterritorializado.

³⁴ Op.cit., págs. 342/343.

³⁵ En su obra “La globalización”, págs. 117/118.

³⁶ Ídem, págs. 16/17.

³⁷ Ídem, pág. 28.

³⁸ Ídem., pág. 95.

Volvamos la mirada hacia las mencionadas nuevas expresiones de protesta parisinas ante la precarización laboral para el primer empleo (con obvias repercusiones para el empleo en general: si puedo tomar a alguien de menos de 26 años en condiciones precarias, no voy a darle trabajo a alguien de más años que no participa de tal régimen). Parece indudable que asiste razón a Baumann cuando resalta que en este mundo globalizado, la globalización no significa lo mismo para los bienes, para el capital, que para las personas. La movilidad es una característica de los primeros, pero no de las últimas. Sólo algunas personas participan de la “movilidad” de la “sociedad globalizada”. La mayoría, están “localizados”. El capital global muda con facilidad, las fábricas se trasladan sencillamente en búsqueda de mayor rentabilidad. Los localizados se quedan. La pérdida de fuentes laborales en los países desarrollados es una realidad producto de la movilidad mencionada, que logra mayor renta en lugares donde las condiciones de empleo son más precarias. Pareciera que se busca el retorno de esos puestos, justamente, brindando el marco “precario” que favoreció la radicación del trabajo en otros lugares. Es difícil aventurar qué debieran ofrecer estos últimos para evitar una nueva “fuga” (o, si se quiere, un “retorno”), así como cuáles serán las consecuencias sociales de esta suerte de “espiral” hacia abajo. En cualquier caso, lo que no parece difícil arriesgar es que los “glocalizados”, estén donde estén, tratarán de ser incluidos, “globalizados”, y que la resistencia a este fenómeno dará seguramente mucha ocupación a las agencias penales.

Para ir cerrando este punto, volvemos a destacar que, al igual que se verá al avanzar sobre la problemática del llamado “derecho penal del enemigo”, cuando nos referimos a la globalización, no estamos realmente frente a algo nuevo. Podría decirse que hoy, por distintas razones (particularmente, el avance tecnológico), sus notas podrían percibirse con mayor intensidad y cubriendo una mayor extensión. No obstante, forman parte de un fenómeno que se viene experimentando en sucesivas “ondas” desde la Antigüedad³⁹.

En efecto, como sostiene Guerra, ejemplo de ello son las diversas manifestaciones de globalizantes que significaron los expansionismos territoriales de ciertos pueblos a extensiones globales (así, los persas, los griegos y macedonios, los romanos, etc.). Otro tanto puede afirmarse de los descubrimientos marítimos hechos por Portugal y España durante los siglos XV y XVI, una globalización promovida por el imperialismo militar que pasó a revestirse de intereses económicos, tras los que adhirieron Francia, Inglaterra y Holanda. Ello se evidenció, primero, en el surgimiento del capitalismo mercantil en Europa y, luego, la configuración de todo el sistema colonialista para el enriquecimiento de las monarquías europeas producto de la Revolución Industrial entre los siglos XVII (América) y XIX (incorporando a África, Asia y Oceanía). En el siglo XX, sin ir más lejos, las “Guerras Mundiales” fueron expresiones globalizadas de lucha armada y la creación de Naciones Unidas en 1945, preconizó un gobierno mundial y la globalización política, quedando el mundo dividido por casi cinco décadas en dos ejes, el capitalista y el comunista, dando paso a la llamada “Guerra Fría” entre ambos bloques⁴⁰.

En opinión del citado profesor Guerra, la revolución industrial tecnológica de la década del sesenta fue la tercera onda que profundizó la desigualdad económica entre los países ricos y los pobres, mientras que en la década del ochenta el mundo asistió a la más poderosa onda globalizante de la que se tenga noticia, que es la hoy llamada cuarta globalización, concretada en el mercado global y auxiliada por la

³⁹ Así, lo sostiene Guerra, ya citado, pág. 344.

⁴⁰ Trabajo citado, págs. 345/346.

revolución telemática de Internet y de los medios de comunicación, resultando de ello un proceso homogeneizador de la cultura a escala mundial⁴¹.

4. Lucha contra el crimen, la globalización y su discurso⁴²

A comienzos del tercer milenio, una sucesión de hechos terroristas de gran escala en distintos países ha provocado la adopción de medidas contra el crimen en general y el terrorismo en particular, que ponen en crisis reconocidas garantías de raigambre constitucional. Como se anticipó, es el nuevo escenario de una vieja tensión entre el derecho penal democrático y el autoritario (garantías/eficacia por una lado, interés individual/interés social, por el otro). El derecho a la intimidad, la privacidad y la protección de datos personales no resultan ajenos al fenómeno y son afectados no sólo por ataques ilegales sino también por la cuestión de los límites a la injerencia estatal legal a su respecto.

El Derecho Penal y el Procesal Penal se encuentran en pleno proceso de reforma y los principios rectores de orden constitucional que imponen la vigencia de un derecho sustantivo liberal de acto y un modelo de trámite adjetivo de corte acusatorio en el marco del “debido proceso”, son jaqueados por las demandas de eficacia que llegan a justificarse desde el plano teórico con la distinción entre un “derecho penal del ciudadano” y un “derecho penal del enemigo”, siendo en este último inoperativas las garantías que se reconocen vigentes en el primero.

Esta discusión que, en principio, pudiera parecer como propia de la posmodernidad, forma parte de una disputa histórica entre estructuras discursivas del derecho penal que, en pocas palabras, al decir de Zaffaroni, Alagia y Slokar, se viene manteniendo desde el última confiscación del conflicto a las partes, o sea, el paso de la “*disputatio*” (la lucha, es decir, el duelo) a la “*inquisitio*” (el interrogatorio, por un juez que actúa en nombre de Dios y del señor, por lo que no se necesita ni acusador ni defensor, tampoco límites para aquél), como procedimiento para saber la verdad, lo que sucedió hace aproximadamente unos ocho siglos. A partir de allí, señalan, pueden identificarse tres grandes estructuras básicas:

1) el discurso legitimante que elude las preguntas fundamentales, fundado en los balbuceos del saber penal por el glosador Bártolo de Sassoferrato (1313-1357), con vertientes que culminan en el siglo XX en las obras de Manzini en Italia y de Mezger en Alemania;

2) el discurso legitimante de la emergencia, “*que responde con grosería las preguntas fundamentales*”, que alcanza su primera expresión altamente orgánica en 1484 con el “*Malleus maleficarum*” o “El martillo de las brujas” de Heinrich Kraemer y James Sprenger;

3) el discurso o reacción crítica, que se prefigura por primera vez como estructura reductora y deslegitimante en 1631 con la “*Cautio Criminalis*” de Friedrich Spee von Langenfeld⁴³.

⁴¹ Ya citado, págs. 346/347.

⁴² En este punto y el siguiente, vuelvo en forma ampliada sobre algunas ideas expuestas inicialmente en el trabajo de “*Protección de datos y lucha contra el crimen*”, colaboración para AAVV “Desafíos del derecho a la intimidad y a la protección de datos personales en los albores del siglo XXI. Perspectivas del derecho latinoamericano, europeo y norteamericano”, coordinado por los Dres. María Verónica Pérez Asinari y Pablo Palazzi, con auspicio del *Centre de Recherches Informatique et Droit* (CRID), Universidad de Namur, Bélgica y el *Foro Habeas Data*, Buenos Aires, editorial Heliasta, Bs.As., en prensa.

Como se ve, la invocación de la emergencia y la necesidad de medidas excepcionales para combatirla (así como su inutilidad para resolverla), tiene una larga tradición de la que forman parte desde las brujas, el demonio y la degeneración de la raza, hasta la criminalidad nuclear, la criminalidad organizada o el terrorismo⁴⁴. Con relación a la primero, Binder indica a Wyer y los movimientos vinculados a Erasmo de Rotterdam como los primeros en considerar al “Malleus” (y demás obras de ese estilo), así como la persecución que provocaba, el mejor ejemplo del interés en mantener la superstición y lucrar con ella⁴⁵. Con relación al último eslabón de las “emergencias” (terrorismo), es, precisamente, central en lo que aquí nos ocupa y la propuesta del “derecho penal del enemigo”, sin mayores esfuerzos, puede calificarse como un remozado retorno de su “grosero” discurso legitimante.

Según se indicó en nota al pié, hemos con anterioridad abordado estas cuestiones a partir de su facilitación por el avance en materia de tecnologías de la comunicación. En efecto, estimamos que una de las problemáticas clave en materia de nuevas tecnologías de la información, desde la perspectiva del sistema punitivo, es el enfrentamiento entre dos cuestiones vinculadas como la delincuencia informática y el control social. Es con evidencia en este último, en la delimitación de sus alcances compatibles con un Estado de Derecho, donde mayormente se desarrolla la temática que ahora se pretende abordar, en la que sin soslayar la incidencia de la delincuencia informática sobre la protección de datos, se pretende hacer hincapié en que esta última se ve singularmente conmovida por las pretensiones de injerencia estatal legalizada, ello a partir del imperativo político-criminal de lograr eficacia en la lucha contra el delito en uno de sus exponentes actuales que provoca más grave conmoción, cual es el fenómeno del terrorismo.

En esta dirección, Carolina Morales Deganut indica que si bien es cierto que el origen de éste tipo de ataques es muy antiguo, es posible que la preocupación de la comunidad internacional se haya incrementado últimamente por ser una práctica que no reconoce fronteras y que ha progresado significativamente al calor de las facilidades que brinda la nueva tecnología y la utilización de herramientas propias de un mundo globalizado, ya sea en el plano de las comunicaciones o en el marco financiero, lo que lleva a la necesidad de ampliar la operatividad del principio de universalidad en la aplicación del derecho punitivo en virtud de que no siempre la preparación, ejecución y resultado se producen en un mismo territorio⁴⁶. Esto no significa que se pase por alto la complicada relación entre derecho internacional y derecho interno que, atendiendo al fenómeno ya mencionado, parece imprescindible

⁴³ Cf. su “Manual de Derecho Penal. Parte General”, Ediar, Bs.As., 2005, parágrafos 61/64, pág. 189 y ss.

⁴⁴ Ob.cit., págs. 198/199.

⁴⁵ Alberto Binder, “La fuerza de la inquisición y la debilidad de la República”, pub. en “Cuadernos de Derecho Penal”, revista del Instituto de Derecho Penal y Procesal Penal del Colegio de Abogados y Procuradores de Neuquén, Año 1, Nº 1, 2003, Gral. Roca, Río Negro, pág. 20.

⁴⁶ En su trabajo titulado “*Algunas respuestas del Derecho Penal Internacional al terrorismo*”, ponencia presentada en el IV Encuentro de Profesores de Derecho Penal “Derecho Penal Internacional. Seguridad, Garantías y Exclusión Social”, organizado por la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Santa Fe, 14 al 16 de octubre de 2004. Lo dicho, sin soslayar que hay casos en que la conducta podría provenir del mismo Estado o de otro, en cuyo caso podría habilitarse supuestos de intervención del Tribunal Penal Internacional, con sus naturales limitaciones. Dice, más adelante, Morales Deganut que “...La conexión estrecha de éste ilícito y la delincuencia transnacional organizada ha sido reconocida en varios instrumentos entre los que cuentan la Resolución 1373 de Naciones Unidas, realizada con motivo de los atentados ocurridos el 11 de septiembre de 2001...”.

coordinar y articular adecuadamente a efectos de su aprehensión por el poder punitivo⁴⁷.

Sentado el punto, queda claro que no se pretende ahora abordar la problemática inherente a la configuración del Estado de Derecho, las razones históricas, políticas, económicas y sociales que condimentan su concepto y alcances, así como su actual crisis. Tampoco profundizar sobre nociones jurídicas como la del delito político, sus posibles clasificaciones y las distintas concepciones filosóficas contrapuestas que detrás anidan (idea de razón de estado y derecho a la resistencia⁴⁸), o la del terrorismo. No obstante, la anticipada renuncia a extendernos sobre todas estas cuestiones (sin dudas, pertinentes), no vacían de contenido y fundamentos lo que sigue, donde nos ceñiremos a partir de una sencilla presentación de líneas básicas de aproximación al tema específico, a formular algunas conclusiones de ribetes generales.

Se parte del reconocimiento de una situación de hecho que no admite discusiones en orden a su existencia y que viene signando el proceso de globalización en estos primeros años del siglo XXI, cual es la concreción de una serie de atentados terroristas de gran escala en distintos lugares del planeta a los que, además, según la ubicación o región geográfica en que se perpetraran, se les ha dado, a su vez, desigual consideración. En efecto, entre la última década del siglo pasado y el lustro actualmente en curso se perpetraron hechos de terrorismo en ciudades como Buenos Aires, Nairobi, Jerusalén, Estambul, Karachi, Nueva York, Washington, Tel Aviv, Dar-es-Salaam, Bagdad, Madrid, Londres y, por último, Sharm el-Sheik⁴⁹. Ha sido evidente que las proyecciones globales de los ataques simultáneos el 11 de septiembre de 2001 a las mencionadas ciudades norteamericanas, así como los posteriores a las enumeradas capitales europeas, han tenido una repercusión mucho mayor que los restantes⁵⁰.

⁴⁷ Al respecto, resalta Gustavo D. Franceschetti la posición asumida en forma reciente por nuestro más Alto Tribunal en orden a dicha relación en las causas “Priebke”, “Videla” y “Arancibia Clavel”, particularmente en lo atinente a las garantías de índole penal y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En su consideración, tal derrotero jurisprudencial, así como la reforma constitucional de 1994, en lo que a relaciones entre derecho internacional y derecho interno respecta, *“permiten afirmar que se ha aceptado la teoría monista; pero surge ahora la discusión acerca de la jerarquía a atribuir a las normas internacionales en relación a las internas...”*. A su vez, en orden a este interrogante concluye, apartándose de la doctrina de tales fallos que, a partir de una interpretación armónica de los arts. 27 y 75, inc. 22 de la C.N., junto a nuestra tradición de poner la vigencia la Carta Magna por encima de todo tratado internacional, *“que no es jurídicamente posible afirmar que un tratado internacional, mucho menos una norma de jus cogens de origen consuetudinario, pueda ser válidamente aplicado en nuestro país en tanto importen una violación de principios constitucionales. Corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la Nación ejercer dicho control de constitucionalidad y declarar la nulidad de la cláusula convencional, norma de jus cogens o acto administrativo que en ella se base...”* (cf. su ponencia titulada *“Las garantías de índole penal ¿frente? al Derecho Internacional de los Derechos Humanos”*, presentada en el citado IV Encuentro de Profesores de Derecho Penal, Rosario, 2004, la cita corresponde a los puntos I y II).

⁴⁸ Al respecto es recomendable la lectura del trabajo de Analía V. Ploskenos titulado “La dialéctica amigo-enemigo: algunos comentarios sobre excepción, emergencia y el llamado fenómeno terrorista”, pub. en el Suplemento de Derecho Penal del portal jurídico “elDial” (www.eldial.com.ar), correspondiente al mes de octubre de 2003.

⁴⁹ El orden recordatorio ha sido tomado parcialmente y actualizado del trabajo del periodista y analista político James Neilson titulado “La guerra santa continúa”, pub. en la revista “Noticias”, ejemplar del 15 de julio de 2005, págs. 24/25.

⁵⁰ Sin ir más lejos, a pocos días de los atentados londinenses, los sufridos por la ciudad turística egipcia merecieron una cobertura periodística mucho menor aunque en su dañosidad concreta fueron mayores en cuanto a víctimas fatales (52 en los primeros y de 90 en los segundos, cf. diario “Clarín”, ejemplar del 24

Así, refiriéndose a las concernientes a nuestra materia, asiste razón a Ploskenos cuando afirma: *“Si bien el 11 de setiembre de 2001 constituye —y constituirá— una fecha clave en lo que se refiere, entre otras cosas, a la redefinición de los conflictos intersubjetivos, es claro que uno de los impactos más importantes fue el maximizar la figura del Estado/Leviatán como centro neurálgico del poder, aumentando sus capacidades de perseguir, reprimir y, eventualmente, punir ideologías, personalidades, razas, aludiendo a un claro derecho penal de autor, y objetivando en tipos penales a supuestas víctimas que no han solicitado ser incluidas como tales. Ya que, tal como lo indica Ferrajoli, en el horizonte de la política ha cambiado nuestra subjetividad de ciudadanos de Occidente. De esta forma el derecho penal se transforma en la prima ratio, olvidando el carácter subsidiario y de última ratio que le asignan los postulados garantistas”*⁵¹. Con otras palabras, Carlos Julio Lascano señala que la situación internacional posterior al “11-S”, importó el resurgimiento de la “imagen bélica” del derecho penal y su utilización política *“que se nos pretende imponer desde la “superpotencia” hegemónica en su cruzada contra el terrorismo”*⁵².

Con esto no se está queriendo significar que los hechos apuntados fueran únicas y exclusivas situaciones de emergencia y excepción que llevaran a conmovir principios cardinales de un derecho penal democrático con base en el constitucionalismo propio de un Estado de Derecho, ya que no es menos claro que antes y ahora se verifican otras muchas que se enarbolan para justificar el apartamiento del orden punitivo del esquema de garantías (sin ir más lejos, las multiplicadas campañas de “ley y orden” se articulan sobre la sensación de inseguridad generada a partir de hechos delictivos comunes singularmente crueles o socialmente conmocionantes)⁵³. No obstante, muchas de las legislaciones y propuestas anti-terroristas lanzadas luego de los actos aludidos, han profundizado

de julio de 2005, pág. 1, y diario “La Razón” del 10/08/06, pág. 2). También debe tenerse en cuenta que los centros turísticos egipcios habían sido objeto de numerosos ataques previos de distinta intensidad. Según enumera el diario “La Nación” (ejemplar del 23 de julio de 2005, pág. 2): el 18/4/96 en las pirámides, el 18/9/97 cerca del Museo del Cairo, el 17/11/97 en Luxor y el 07/10/04 en el Hotel Taba Hilton, cerca de la frontera con Israel. No obstante, queda claro que no se trata de bajo ninguna perspectiva de minorar la gravedad de lo acontecido, ni formular una suerte de ranking de horrores. La magnitud de los ataques del “11/S” queda patentizada en los tres mil muertos producto de los impactos de los aviones en las Torres Gemelas y el Pentágono, mientras que el “11/M” dejó 192 muertos y cerca de 1500 en la estación de Atocha (cf. diario La Razón, ejemplar citado).

⁵¹ Trabajo antes citado, punto 1. Allí recuerda a Baratta, cuando afirmaba que la política de seguridad puede tener dos direcciones opuestas: puede estar orientada al modelo del “derecho a la seguridad” o al modelo de la “seguridad de los derechos”, siendo el primero el dominante en Europa y los Estados Unidos, mientras que el segundo constituye un modelo alternativo legítimo, posible, pero improbable, siendo el que correspondería a una política integral de protección y satisfacción de todos derechos humanos y fundamentales.

⁵² En su trabajo *“La insostenible “modernización del derecho penal” basada en un “derecho penal para enemigos” (como manifestación de un nuevo derecho penal autoritario)”*, pub. en “Pensamiento Penal del Sur”, N° 1, 2004, FJD Editor, Bs.As., pág. 180.

⁵³ Interesante síntesis de este problema formula José Daniel Cesano, diciendo que: *“...los medios de comunicación han instalado en nuestra sociedad un mensaje cuya ecuación podemos bosquejar de la siguiente manera: hay un incremento de las formas convencionales de la criminalidad violenta; incremento que hace cundir la inseguridad y que, como respuesta, exige del Estado la construcción de respuestas punitivas “duras”... Esta explosiva combinación entre aumento de la sensación de inseguridad y necesidad de dar respuestas institucionales urgentes y supuestamente efectivas a semejante percepción, está tiñendo las preocupaciones político criminales de nuestro tiempo... el derecho penal común está siendo objeto (a partir de estos discursos de emergencia) de permanentes reformas coyunturales que, orientadas a la satisfacción de aquellas inquietudes, provocan una disfunción de los fines del viejo y buen derecho penal liberal...”* (en su trabajo *“El expansionismo penal argentino en los albores del siglo XXI”*, pub. en PPS, N° 1, 2004, págs. 662/664).

severamente el quebrantamiento de garantías individuales en procura del “eficaz” combate de tal fenómeno⁵⁴. La convergencia de todos estos factores generadores de “excepcionalidad” terminan dándole a ésta una extensión que empieza a sugerir una inversión de términos donde la generalidad de la excepción termina transformándola en lo normal, lo común y habitual, mientras que lo que debiera ser esto último (el derecho penal de garantías) pasa a ser lo excepcional.

Ha sido frecuente la filtración de institutos de cuestionable constitucionalidad, incorporados en su momento en leyes especiales bajo la premisa de ser el único modo de lograr algún éxito en la “desigual” lucha contra el crimen grave e incontrolable, hacia la legislación sustantiva y adjetiva común. Un ejemplo clásico, no sólo a nivel local sino de extendida recepción en el derecho comparado, es la legislación especial de estupefacientes, que introduce para la persecución del narcotráfico las figuras del testigo protegido, el arrepentido, el agente encubierto y la confabulación⁵⁵, entre otras. Esta opera como “puerta de entrada” y luego sólo queda ver como, por “efecto derrame”, estos institutos de matriz inquisitorial empiezan a ser extendidos a otros ámbitos de conflicto.

Nos detenemos con brevedad en estos instrumentos incorporados al derecho argentino a mediados de la década pasada, con base en un discurso que, centralmente, los presentó como único modo de poder avanzar en la contención del grave problema del narcotráfico (lo que, evidentemente, no se logró). Las cuestiones críticas de una figura como la del “agente encubierto” fueron muy bien sintetizadas en un artículo publicado irónicamente bajo seudónimo en la revista “Nueva Doctrina Penal”⁵⁶, en el marco del comentario a la nueva legislación (Ley 23737 modificada por Ley 24.424⁵⁷ del 9/1/95). Se planteaba la existencia de dos órdenes de problemas:

1º cuestión o problema básico: de índole *intrasistemático*, del Derecho Procesal Penal. Se visualiza un desplazamiento de garantías individuales en la persecución penal estatal para privilegiar un nuevo método de investigación y prueba dirigido a convertir en valor primario la eficiencia en la represión penal. Ejemplos: el agente encubierto ingresa a un domicilio sin orden de allanamiento o recibe declaraciones (participa y escucha “conversaciones” que son elemento de cargo en el expediente) sin las formalidades de una indagatoria (que por otra parte, no tendría capacidad para realizar).

2º cuestión o problema básico: de índole *extrasistemático*, de Política Criminal, referido a la ley penal al regular causas de impunidad. Se autoriza al agente encubierto a cometer hechos punibles o participar de ellos: no lo podrían hacer un Juez o un Fiscal sin ser enjuiciados por ello. Además, si la función del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos, exceptuando los casos de legítima defensa y estado de

⁵⁴ Sin perjuicio de lo dicho, es claro que hay numerosísima legislación internacional que se ha preocupado del tema desde mucho antes. En este sentido, recuerda la citada Morales Deganut una serie de instrumentos de derecho internacional que operan como marco normativo básico en la cuestión del terrorismo, siendo en nuestro margen uno de los más recientes la Convención Interamericana contra el Terrorismo de Bridgetown, Barbados, 3/6/02 (cf. trabajo citado, al que para no fatigar me remito en orden al detalle de los numerosos instrumentos). Puede agregarse como de interés la “Convención internacional contra la toma de rehenes”, ratif. por Ley 23.956 (B.O. del 7/8/91).

⁵⁵ Al decir de García Vitor y Goyeneche, una irracionalidad político-criminal que compromete seriamente el perfil ético que debe rodear toda investigación criminal en un Estado de Derecho (ob.cit., pág. 37).

⁵⁶ Cf. Dr. Jeckyll y Mr. Hyde, “La introducción del llamado agente encubierto a la legislación argentina”, pub. en NDP T. 1996/A, Editores del Puerto S.R.L., Bs.As., Sección Legislación, págs. 273/278.

⁵⁷ Con relación a esta reforma, que consideraban producto de una incorrecta política criminal, sintetizaron García Vitor y Goyeneche, diciendo que “La política criminal en materia de drogas es el problema, no la droga”, en su obra citada, pág. 13.

necesidad, ¿cómo es posible consentir que para ello el Estado vulnere otros bienes jurídicos sin otra condición que su necesidad de eficiencia en la persecución penal?

En este orden de ideas, es claro que la suerte de “cláusulas placebo”⁵⁸ como el primer párrafo del art. 31 ter de la ley argentina⁵⁹, nada limitan aunque lo pretendan tratando de llevar tranquilidad de conciencia (al propio legislador), diciendo que no debe tratarse de delitos que pongan en peligro cierto la vida o la integridad física de una persona, lo que haría el texto públicamente impresentable (por lo menos, para la mayoría). Justamente, legítima defensa o estado de necesidad concurrirán a excusar o, en su caso, exculpar, la conducta de quien se vea compelido a “matar/lesionar/imponer padecimientos de graves sufrimientos físicos o psíquicos” o morir al desarrollar su tarea encubierta.

Si seguimos con las “cláusulas placebo”, aún en casos en que su redacción permitiría un acotamiento cierto del uso del instrumento excepcional (“regla de subsidiariedad”), su denunciada vocación expansiva puede surgir de la preferencia de una interpretación amplia sobre la restrictiva. Así, por ejemplo, mientras el art. 31 bis de la citada ley 23.737 dice que “*el Juez por resolución fundada podrá disponer, si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo, que agentes de las fuerzas de seguridad en actividad, actuando en forma encubierta...*” (el destacado es personal), la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa “*Sanabria, Virgilio*”⁶⁰ decidió que no surge ni de la letra ni del espíritu del art. 31 bis de la Ley 23.737 la necesidad de que se hubieren agotado todas las medidas de prueba comunes u ordinarias para disponer la utilización de agentes encubiertos, sino que dicha decisión debe surgir de la propia discrecionalidad del magistrado instructor, sin que por ello se desvirtúe el carácter excepcional de este medio investigativo, ni pueda inferirse que se lo utilice en modo indiscriminado e imprudente. De tal suerte, el juez que dirige la instrucción es quien debe ponderar la posibilidad de lograr su cometido mediante las modalidades tradicionales de prueba y, en el supuesto de estimar que resultarían ineficaces, ordenar el uso de los agentes encubiertos conforme la norma citada. El Dr. Hornos, en su voto, recordó que la Corte Suprema en el caso “*Fiscal c/ Fernández*” estableció que el empleo de agentes encubiertos no resulta por sí mismo inconstitucional, salvo que el infiltrado hubiese producido el crimen persuadiendo a inocentes a cometerlo, adhiriendo sustancialmente de tal modo “a la nutrida jurisprudencia norteamericana acerca de la doctrina del “*entrapment*” (vgr. “*Hampton*”, 1976), que se remonta a los tiempos de la llamada “ley seca” (Sorrels vs. U.S., 1932)⁶¹.-

Guariglia, luego de recordar las tradicionales objeciones en materia de afectación a las garantías constitucionales a la intimidad, la autodeterminación informativa, la inviolabilidad del domicilio e incoercibilidad autoincriminatoria de la persona investigada, señala que “*En el mejor de los casos, si el agente encubierto decide mantener una actitud de observador pasivo de la actividad de la persona investigada, esto constituye, de todos modos, una caso de vigilancia secreta estatal, que inevitablemente afectará el derecho a la vida privada consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos... art. 11; este derecho debe ser comprendido no sólo como la facultad de establecer un ámbito de intimidad no sujeto a injerencias de terceros, sino que también abarca el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos, llegando a incluir ciertas relaciones personales en el contexto profesional o de negocios. Si bien la vigilancia secreta no vulnera necesariamente en forma intolerable este derecho, el potencial que*

⁵⁸ Utilizamos el calificativo de “placebo”, aludiendo a su concepto como “*Preparado farmacéutico de sustancias inertes que se prescribe con efectos psicoterápico*” (Gran Diccionario Salvat, Ed. La Nación, Tomo 3, Bs.As., 1992, pág. 1082).

⁵⁹ Cuyo texto reza: “*No será punible el agente encubierto que como consecuencia necesaria del desarrollo de la actuación encomendada, se hubiese visto compelido a incurrir en un delito, siempre que éste no implique poner en peligro cierto la vida o la integridad física de una persona o la imposición de un grave sufrimiento físico o moral a otro*”.

⁶⁰ Fallo unánime de la Sala IV (Dres. Capolupo de Durañona y Vedia, Hornos y Berraz de Vidall), del 11/09/97, pub. en “Suplemento de Jurisprudencia Penal a cargo de Francisco J. D’Albora”, La Ley, ejemplar del 30/03/98, págs. 19/34.-

⁶¹ Op.cit., pág. 33.-

ella presenta para su utilización abusiva reclama salvaguardas específicas y, más allá de que ellas resulten adecuadas o no, la ley argentina prevé para tal fin, en el caso de utilización de un agente encubierto, el requisito de orden judicial fundada, el limitado ámbito de intervención (organizaciones delictivas vinculadas al tráfico y comercio de estupefacientes) y la regla de subsidiariedad (“si las finalidades de la investigación no pudieren ser logradas de otro modo”), todo ello incluido en el art. 31 bis de la ley de drogas”⁶².-

También resulta difícil ensayar justificaciones de conformidad constitucional para institutos como el testigo protegido o secreto. Así, señala Yesid Reyes Alvarado: “A la luz de los postulados de un Estado Social y Democrático de Derecho resulta válido sostener que la figura de los denominados testigos secretos es contraria a la constitución política de países como Colombia, por quebrantar de manera flagrante el derecho fundamental que todo ciudadano tiene a ser juzgado con estricta sujeción al debido proceso, concepto éste dentro del cual debe ser comprendido el universalmente reconocido principio de contradicción de la prueba”⁶³. No puede soslayarse, como destaca el nombrado, que este último principio incluye no sólo la posibilidad de discutir sobre el valor probatorio (fase posterior), sino igualmente la facultad de solicitar pruebas (fase anterior) y también el derecho a intervenir en su práctica⁶⁴. Cuando no existe la posibilidad en ningún momento del proceso de contradecir o controlar el testimonio mediante interrogatorio directo, no puede evaluárselo plenamente, conforme las reglas de la sana crítica⁶⁵.-

Volviendo a Guariglia, en consideración formulada respecto del agente encubierto pero válida para el tema del testigo protegido, señala que: “El acceso a la información del agente encubierto por parte de la defensa genera varios problemas, pero el principal se vincula al inalienable derecho del imputado de obtener la comparecencia del agente encubierto como testigo durante el juicio, y de poder someterlo a contradicción, lo que presupone necesariamente la revelación previa de su identidad (Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8 f)... clara jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otros, *Unterperinger v. Austria* (1986) y *Kostovsky v. Netherlands* (1989)), ...afirma que si las manifestaciones de los testigos reservados se van a convertir en prueba frente a un tribunal de juicio, la defensa está facultada a conocer su identidad e interrogarlos, ya sea durante la etapa de la investigación preliminar o durante el juicio, para contradecir la credibilidad del testigo y la confiabilidad de la prueba”⁶⁶.-

En cuanto al llamado “arrepentido” (art. 29 ter, Ley 23.737), indica Hendler como antecedentes nacionales el proyecto Tejedor de 1865, que enumeraba como causa genérica de atenuación de la pena “Si (el culpable) revela la existencia de nuevos culpables desconocidos a la justicia, o da de motu proprio los medios y la ocasión de prenderlos”, previsión que no fue receptada en el código vigente, en el que puede observarse por su parte la disposición que exime de castigo en el delito de conspiración para la traición a quien “revela la conspiración a la autoridad antes de haberse comenzado el procedimiento” (art. 217), que fuera raramente aplicada y a la que Jiménez de Asúa calificó como “premio a la delación”, incluyéndola en la categoría de las “excusas absolutorias posteriores”, que corresponde a la que los autores alemanes designan como “causas personales de cancelación o levantamiento de pena”⁶⁷.-

La disposición de la Ley de Estupefacientes establece atenuaciones de penalidad (hasta la mitad del mínimo y el máximo o eximirla de ella) para quien revele la identidad de otros autores, partícipes o encubridores de los hechos investigados o

⁶² Fabricio Guariglia, “El agente encubierto se vuelve provocador. Un nuevo desacierto de la Casación”, nota al fallo “Sanabria” de la Sala IV, C.N.C.P., pub. en “Suplemento de Jurisprudencia Penal a cargo de Francisco J. D’Albora”, La Ley, ejemplar del 30/03/98, págs. 22/23.

⁶³ Reyes Alvarado, en su trabajo “Arrepentidos y Testigos Secretos: remembranzas de la Santa Inquisición”, pub. en AAVV “Teorías Actuales en el Derecho Penal. 75° Aniversario del Código Penal”, Edit. Ad-Hoc, Bs.As., 1998, pág. 379.

⁶⁴ Trabajo citado, pág. 382.

⁶⁵ Ob.cit., pág. 388.

⁶⁶ Trabajo citado, págs. 23/24, nota N° 13.-

⁶⁷ Edmundo Hendler, “La razonabilidad de las leyes penales: la figura del arrepentido”, pub. en AAVV “Teorías Actuales en el Derecho Penal. 75° Aniversario del Código Penal”, Edit. Ad-Hoc, Bs.As., 1998, págs. 400/402.

conexos, o aporte información que permita secuestrar sustancias, materias primas precursoras, transportes, valores, bienes, dinero o cualquier otro activo de importancia, provenientes de los delitos previstos en la ley. Como dice Hendler, en rigor, no se trata verdaderamente del arrepentimiento sino de la delación. La condición establecida en la norma es la utilidad de la revelación o el informe, no la voluntad de desistir ni el arrepentimiento. Así, evoca: “*La reminiscencia que sugiere nos retrotrae indudablemente a la práctica medioeval anglosajona del approver*”⁶⁸. Pero ahora, claro está, sin el riesgo para el delator de tener que batirse a duelo con los acusados, como podía ocurrir en aquél entonces y sin que tampoco se le imponga la exigencia de aquella época de que abandone el territorio del reino”⁶⁹.

En la perspectiva comparada, Hendler recuerda que en el Derecho norteamericano, la cuestión con las confesiones de un inculpado que sirven de prueba contra otro está planteado como un conflicto entre las atribuciones del fiscal de obligar a alguien a prestar declaración como testigo de cargo y el privilegio de no ser obligado a declarar contra sí mismo. El principio generalmente aceptado es que el otorgamiento de inmunidad hace desaparecer el privilegio y permite obligar a declarar, aunque lo que se discute es el alcance de la inmunidad: si tiene que abarcar el hecho sobre el que se declara (“*inmunidad de transacción*”) o alcanza con asegurar que lo declarado no será utilizado (“*inmunidad de uso*”). En el ámbito federal, la Corte en el caso “*Kastigar v. United States*” (1972) fijó una posición intermedia: aunque no es necesario una inmunidad de transacción, se requiere la seguridad de que lo declarado no pueda utilizarse y de que tampoco pueda utilizarse ninguna prueba derivada de la misma declaración (“*inmunidad de uso derivativo*”), lo que implica que la persona favorecida por el otorgamiento de la inmunidad sólo puede ser acusada por el hecho al que se refiere su declaración cuando la acusación demuestre que la prueba de cargo ha sido obtenida de una fuente totalmente independiente⁷⁰.

Finalmente, respecto de la “confabulación” de dos o más personas para cometer algunos de los delitos enumerados en el art. 29 bis de la ley citada, si bien cercano a la asociación ilícita, como indican García Vitor y Goyeneche, con más propiedad se asemeja a la conspiración que recepta el C.P. en los delitos de traición y sedición, pero en el caso concreto importa la criminalización de actos muy próximos a la ideación, además de la inseguridad por difusa de la fórmula “actos reveladores”⁷¹.

Retomando la idea de la vocación expansiva de estos institutos, sin ir más lejos, la ley 25.241⁷², que vino a definir los hechos de terrorismo para el derecho argentino, consagró una escala penal reducida para el “*imputado que colabore eficazmente con la investigación*”⁷³, a la vez que introdujo un nuevo tipo penal por el que se impone

⁶⁸ Aclara el autor citado en modo previo que el “*approver*” era el imputado de un delito que admitía su culpabilidad y delataba a sus cómplices, siendo atribución del monarca suprimirle el castigo y acordarle la gracia de por vida, a condición de que su testimonio sirviera para ajusticiar a cierto número de malhechores. Caso contrario, se lo ahorcaba inmediatamente. Era una práctica característica de la justicia inglesa de los siglos XII y XIII, que fue desapareciendo con la difusión del juicio por jurado y fue derogada recién en 1819. Se la criticó por provocar numerosas acusaciones falsas y algunos la calificaron como el menos respetable y más despreciable de los combates a duelo de aquellos tiempos, ya que uno de sus mecanismos procedimentales era precisamente el combate caballeresco o duelo judicial entre denunciante y denunciado. En algunos casos, resalta Hendler, que se requería que el delator para ser perdonado, venciese en no menos de cinco combates y aún así, había veces en que igualmente era ahorcado (op.cit., págs. 398/399).

⁶⁹ Trabajo citado, pág. 402.-

⁷⁰ Op.cit., págs. 403/404.-

⁷¹ Ob.cit., págs. 39/41.

⁷² Pub. en el B.O. del 17/03/00.

⁷³ En el art. 2, que dice: “*En los supuestos establecidos en el artículo anterior, podrá excepcionalmente reducirse la escala penal aplicando la de la tentativa o limitándola a la mitad, al imputado que, antes del dictado de sentencia definitiva, colabore eficazmente con la investigación. Para obtener el beneficio se deberá brindar información esencial para evitar la consumación o continuación del delito o la*

pena de prisión de uno a tres años para quienes, habiéndose acogido al beneficio anterior, *“formulen señalamientos falsos o proporcionen datos inexactos sobre terceras personas”* (art. 6).

De tal suerte, se impone insistir en que no parece existir margen de discusión cuando Zaffaroni anuncia que, cuando parecía luego de la Segunda Guerra Mundial que la modernidad había consagrado principios con general consenso en la cultura europea y americana, cuando las disputas entre penalistas giraban por regla general sobre la mejor realización del derecho penal de garantías y se dedicaban oraciones fúnebres al derecho penal autoritario, en la última década del siglo pasado y los primeros años del actual se verificó que el autoritarismo penal goza de muy buena salud y de increíble vigor, produciéndose la planetarización del discurso de publicidad del sistema penal de las administraciones republicanas en los Estados Unidos, a través de los medios masivos de comunicación⁷⁴. Creemos, justamente, que ese *“discurso único del autoritarismo publicitario cool”* ha encontrado grandes facilidades para su difusión bajo la premisa de que se trata de la única forma de enfrentar a la actividad terrorista que es, para el momento, el “enemigo” de turno⁷⁵.

Previo a ocuparnos de la renovada discusión sobre el enemigo en el derecho penal que provocó la mencionada distinción entre un derecho penal para ciudadanos y uno para enemigos, propuesta y descripta por Jakobs, pasamos a la consideración de las nuevas tecnologías de la comunicación como medio de incrementar el control social ya que, reiteramos, se advierte que gran parte del reciente arsenal legislativo “contra el enemigo”, ha canalizado en medidas que utilizando aquéllas ha recaído sobre todos los “ciudadanos” que, a su vez, por natural derivación, lucen ciertamente “devaluados”. En este sentido, es evidente que cuando se admite un trato diferencial para enemigos que no pueden individualizarse o identificarse físicamente, sólo traduce en que tras la tarea de tratar de hacerlo se implemente un sistema de control más autoritario como único modo de lograrlo, con lo que las limitaciones al ámbito de libertad se les imponen a todos y son todos los que corren también con el riesgo del error y la eventual condena al inocente⁷⁶.

Paradigma de esta posibilidad de error provocando víctima inocente recuerda Carlos Parma al referirse al caso Menezes. En efecto, luego de afirmar que *“...los latinoamericanos (y otros tantos habitantes del planeta) hemos llegado tarde al banquete de la posmodernidad. Esto nos hizo irremediablemente diferentes. Europa ha sido entrenada para ver en*

perpetración de otro, o que ayude a esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos, o suministre datos de manifiesta utilidad para acreditar la intervención de otras personas, siempre que el delito en que se encuentre involucrado el beneficiario sea más leve que aquél respecto del cual hubiere brindado o aportado su colaboración”. A su vez, el art. 3 indica que: *“En los mismos supuestos podrá aplicarse el mínimo legal de la especie de pena, cuando la información brindada hubiere permitido acreditar la existencia de la asociación ilícita, desbaratar sus actividades o acreditar la intervención de alguno de sus miembros en el hecho delictivo, determinando así el respectivo sometimiento a proceso de quienes no hubieran sido imputados hasta entonces”*.

⁷⁴ Eugenio Raúl Zaffaroni, en su “Presentación” a la revista “Pensamiento Penal del Sur”, N° 1, 2004, Fabián J. Di Plácido Editor, Bs.As., págs. 15/16.

⁷⁵ Esta premisa, naturalmente, es instalada por la hegemónica utilización de los medios masivos de comunicación, generándose una legislación penal que, como dice Zaffaroni, *“responde hoy al miedo, pero no a amenazas reales, son al miedo de los políticos a la crítica de los medios, que —como todo autoritarismo— reconocen como principal y único enemigo permanente a quien tenga la osadía de enfrentar su discurso publicitario y desprestigiar el producto que ofrecen en el mercado: el castigo y la violencia, aún contra inocentes”* (ob.cit., pág. 16).

⁷⁶ Con esta última inteligencia se expide Zaffaroni en su obra *“El enemigo...”*, pág. 116.

*el prójimo una amenaza y no una promesa. La política y la academia están sirviendo “funcionalmente” a un proceso de discriminación global sin precedentes, cuya comprobación con la realidad es irrefutable*⁷⁷, memora lo sucedido el 22 de julio de 2005, cuando agentes con ropa de civil, asesinaron de once disparos a quemarropa a Jean Charles de Menezes, ciudadano brasileño que llevaba tres años trabajando en el Reino Unido, declarando de inicio la policía que era sospechoso de participar en los atentados con explosivos perpetrados en Londres el día 7 de ese mes y año, en los que murieron 52 personas, dos días después se tuvo que reconocer que fue abatido por error. Señala, comentando la situación, que *“Esta eugenesia a ojo practicada por la policía londinense, demostrativa de prejuicios biológicos y sociales, sería imposible que se dé ante un hombre rubio, de ojos azules, de saco y corbata y con olor a perfume fino. Si ese “buen inmigrante” estaba sentado en el vagón del subte jamás hubiese sido atacado y asesinado por la policía... Scotland Yard es tan discriminatoria como cualquier policía del mundo... contra el “diferente” se opera en forma unánime*⁷⁸.

5. La informática y sus facilidades para potenciar el control social: hacia un nuevo modelo de panóptico

Desde que por el año 1944 el profesor húngaro de la Universidad de Princeton, John Von Neumann, lanzara su idea de un ordenador con programas internos, el desarrollo informático ha pasado por al menos cinco etapas signadas por alguna innovación tecnológica, siendo común hablar de “generaciones”⁷⁹. Con el nuevo milenio, para muchos, se estaría comenzando a transitar una sexta etapa, que estaría signada por los avances en materia de “inteligencia artificial”.

Sin ir más lejos, comenzamos a enfrentar la problemática de aspectos más sencillos técnicamente, pero de complejidad en lo jurídico, como las obligaciones inherentes a un usuario por las acciones o transacciones que tome o decida en el ciberespacio un “delegado de software” (software agents, también llamados “clones sapientes”, knowbots, o simplemente “clones”, bots)⁸⁰.

Recordando la opinión de Stefano Rodotà, señala Lorenzetti que el surgimiento de la era digital ha suscitado la necesidad de repensar importantes aspectos relativos a la organización social, la democracia, la tecnología, la privacidad, la libertad y que, en muchos casos, se observa que la aproximación a tales problemas carece de la profundidad y complejidad teórica que estos presentan, verificándose una cantidad significativa de opiniones acríicas, de corte entusiasta, más propias de traslucir su admiración seducidas por la novedad, brindándose así una visión ingenuamente feliz sobre el mundo informático⁸¹.

⁷⁷ Parma, *“Derecho Penal Posmoderno”*, ARA Editores, Lima, Perú, 2005, págs. 20/21.

⁷⁸ Ob.cit., págs. 38/39.

⁷⁹ En los cuarenta, la primera con las “válvulas”; a fines de los cincuenta y comienzos de los sesenta, la segunda con los “transistores”; en 1964 comienza la tercera con la aparición del “circuito integrado”; diez años después la cuarta con el surgimiento del “microprocesador” y, a comienzos de los ochenta, la quinta, con el desarrollo de la interconectividad o intercomunicabilidad, que es la que lleva a vivir esa situación global que suele definirse sintéticamente como “computer dependency”.

⁸⁰ Cf. resalta Whitaker, son programas de software personalizados para las necesidades específicas de un usuario individual, suerte de representantes digitales de éste, que le permiten actuar en diversos lugares del ciberespacio realizando tareas que van desde organizar su agenda, concertar citas, filtrar o buscar información, hasta consultar ofertas, regatear precios y cerrar la operación más conveniente. Se plantea para un futuro cercano la posibilidad de reemplazar a un agente de bolsa por un “clon de bolsa” o agente de bolsa virtual (en *“El fin de la privacidad. Cómo la vigilancia total se está convirtiendo en realidad”*, Paidós Comunicación, Colección Debates, N° 109, Barcelona, España, 1999, págs. 75/78).

⁸¹ Lorenzetti, Ricardo L.: *“Comercio electrónico”*, Abeledo-Perrot, Bs.As., 2001, págs. 9/10.

Al decir de Rodotá, el problema de las relaciones entre las nuevas tecnologías y la democracia ofrece, por un lado, una visión utópica positiva (la imagen de la plaza electrónica, nueva ágora; la realización de la democracia directa, la plena participación de los ciudadanos en las decisiones públicas), pero también una negativa (la imagen del gran hermano orwelliano, del Estado Panóptico, el sistema de vigilancia total). Ello lleva a que plantee el interrogante frente a la imagen bifronte de la tecnología, cual Dios Jano, si estamos frente a tecnologías de la libertad o tecnologías del control⁸². En otras palabras, “¿Se encuentra tal vez al alcance de nuestra mano el ideal mil veces perseguido de la democracia directa? ¿Está por materializarse dramáticamente la sociedad de la vigilancia total? ¿O tendremos que acostumbrarnos a una convivencia singular: la de un Orwell que reside en Atenas?”⁸³.

En este orden de ideas, indica Lorenzetti con acierto que desde hace mucho la literatura y la filosofía anticiparon sus observaciones a la ingenua representación de un mundo tecnológicamente desarrollado y democrático, alertando sus enormes riesgos en materia de concentración y control social, pasándose por alto en la actualidad la tendencia verificada en Internet hacia la creación de grandes grupos que establecen alianzas que terminan guiando al “navegante” por caminos señalizados según conveniencias predeterminadas⁸⁴. No menos relevante resulta el impacto sobre los excluidos tecnológicos, es decir, los que no están conectados⁸⁵. Podría agregarse ciertamente el impacto sobre aquellos que estando conectados, lo hacen en condiciones de relativa inferioridad al ser participados de contenidos generados desde otros ámbitos culturales (que buscan instalar su modelo, incentivan una estandarización de conductas, utilizan publicidad inductiva, etc.), y sin suficiente capacidad para producir los propios o criticar los ajenos⁸⁶. En este último sentido, se destaca el empobrecimiento del lenguaje (basta con ver los reducidos textos de los mails y los simplificados diseños y textos de las páginas web), la pérdida de contacto social y el consiguiente aislamiento. Recordando el término de Anne Branscomb y correlacionándolo con Huxley, dice Lorenzetti que el moderno “netcitizen” es un “navegante feliz” porque en este mundo nadie es consciente del control social y los sujetos toman decisiones inducidas por otros, pero creyendo firmemente que son propias, contexto en el que la pérdida de libertad y vulnerabilidad naturalmente se incrementan⁸⁷.

La idea de que no sólo es importante la conectividad, o mejor dicho, que la conectividad por sí sola no soluciona el problema de la brecha digital, sino que

⁸² Stefano Rodotá, *Tecnopolítica. La democracia y las nuevas tecnologías de la comunicación*, ed. Losada, Bs.As., 2000, págs. 43/44. En la nota al pie N° 2, indica la referencia a dos libros donde se abordaron muchos de los argumentos que trata en su propia obra. Se trata de “Technologies of freedom” de I. de Sola Pool y “Technologies of control” de K.G. Wilson.

⁸³ Rodotá, ob.cit., pág. 7.

⁸⁴ Ob.cit., pág. 10.

⁸⁵ Ob.cit., pág. 12.

⁸⁶ Ccte.: Zygmunt Bauman, quien dice: “La tan elogiada “interactividad” de los nuevos medios es una exageración grosera; sería más correcto hablar de “un medio interactivo unidireccional”. No importa lo que crean los académicos, que son miembros de la nueva elite global: la Internet y la Red no son para todos, y difícilmente serán algún día de uso universal. Los que obtienen acceso deben realizar su elección dentro del marco fijado por los proveedores, que son los que invitan a “gastar tiempo y dinero en la elección entre los muchos paquetes que ofrecen”. En cuanto al resto, relegado a la red de televisión satelital o por cable, sin la menor pretensión de simetría entre ambas caras de la pantalla, su destino es la observación lisa y llana. ¿Y qué observan?. Los más miran a los menos. Los menos, objetos de las miradas, son los famosos. Pertenecen al mundo de la política, el deporte, la ciencia o el espectáculo, o son célebres especialistas en información...” (en su obra “La globalización. Consecuencias humanas”, Fondo de Cultura Económica, Serie Sociología, Bs. As., 2005 (1° reimpresión), págs. 71/73).

⁸⁷ Ob. cit., págs. 23/24.

también son centrales los contenidos, luce como insoslayable frente a iniciativas que, aún con las mejores intenciones, pudieran no eludir este problema. Así, por ejemplo, el proyecto impulsado por Nicholas Negroponte, el gurú informático del MIT desde enero de 2005, desarrollando una laptop que cueste cien dólares y que prácticamente sea autosuficiente energéticamente, permitiría superar el obstáculo del acceso a la tecnología, favorecería la llegada a la conectividad, pero debiera ir acompañado de otras iniciativas que garanticen la pluralidad cultural, evitando el monopolio sobre los contenidos. El prototipo construido en Taiwán ya está siendo probado en el Departamento de Computación de la UBA y tiene el visto bueno del Ministerio de Educación de Argentina, que se comprometió a comprar un millón de estos equipos para las escuelas del todo el país (lo que recuerda la necesidad de capacitar a los docentes). Si bien se ha señalado que la máquina es un poco lenta, tiene como virtud que no gasta casi nada, su procesador no se recalienta y funciona con sólo un watt de energía que se genera mediante un sistema de pedaleo o maniobrando una manivela, de la que un niño podría sin esfuerzo obtener más de diez watts⁸⁸.

Así, es interesante ver cómo se ha ido pasando sucesivamente de la original idea del panóptico como modelo de estructura carcelaria de Bentham, a la fábrica panóptica con el desarrollo de la gestión científica de Taylor (el “taylorismo”⁸⁹) y, finalmente, modernas tecnologías mediante, a la configuración de un “Estado Panóptico”, según la visión del profesor de Ciencias Políticas de la York University de Toronto, Reg Whitaker. Destaca que en el interior de un Estado administrativamente eficiente, el poder panóptico puede reproducirse en varios lugares para observar distintas categorías de personas (las escuelas preparan para la disciplina de la oficina o del lugar de trabajo; los centros laborales, las empresas, disciplinan a sus empleados; para los desempleados o los jubilados, el Estado mantiene los sistemas de vigilancia e información mediante los programas de seguridad social, etc.). El principio fundamental del panóptico sigue funcionando: *“el inspector, ahora convertido en burócrata, controla a los prisioneros, ahora la sociedad, totalmente transparente a su mirada vigilante. Pero, de nuevo esta transparencia es monodireccional, ya que el Estado se mantiene celosamente escondido gracias al secreto administrativo... La diferencia entre el estado panóptico y el panóptico de Bentham sólo remite a distintos grados de complejidad: la sociedad es mucho más amplia y un fenómeno infinitamente más complicado que una cárcel, así como más escurridizo al saber y, en consecuencia, al control”*⁹⁰.

La relación entre la “opacidad” del controlador y la “transparencia” de los controlados como componente inherente a la organización de las modernas burocracias y su conexión con el modelo panóptico ha sido expuesta por el sociólogo polaco Zygmunt Bauman, en los siguientes términos: *“En su fecundo estudio sobre el*

⁸⁸ Fuente: nota periodística titulada *“Laptop de Negroponte. No es un Mercedes pero por cien dólares está bastante bien”*, pub. en diario “Perfil”, sección “Tecnología”, edición del 16/07/06. Se individualiza como países comprometidos al apoyo del proyecto, además de Argentina, a Brasil, Egipto, India, China, Nigeria y Tailandia.

⁸⁹ Su esencia se basa en el principio de la división del trabajo elaborado por Adam Smith para organizar de un modo efectivo la producción en todos los procesos laborales de los trabajadores. Conforme Taylor, todo trabajo puede descomponerse en distintos movimientos y se podría alcanzar una mayor eficacia mediante un análisis científico de tales movimientos que nos indicase el “mejor modo” de llevar a cabo cada trabajo. En este esquema, el carcelero o el inspector van a ser reemplazados por el experto en eficacia, pero los resultados son similares: una mirada ininterrumpida y vigilante que controla a todos los sujetos, donde el observador lo sabe todo pero se mantiene incognoscible para los vigilados. Como destaca Whitaker, el modelo ha sido más conceptual que real, básicamente por la resistencia de los trabajadores a ser simplemente aceleradores del trabajo mecanizado (cf. su obra citada, págs. 53/54).

⁹⁰ Ob.cit., págs. 58/59.

“fenómeno burocrático”, Michel Crozier ha mostrado la íntima conexión existente entre la escala de certidumbre/incertidumbre y la jerarquía del poder. El autor dice que, en cualquier colectividad estructurada (organizada), la posición dominante corresponde a las unidades cuyas situaciones son opacas, y sus acciones, impenetrables para los de afuera —aunque transparentes para ellos—, libres de brumas y a prueba de imprevistos. En el mundo de las burocracias modernas, la estrategia de todo sector existente o aspirante consiste, invariable y consecuentemente, en tratar de tener las manos libres y aplicar presión para imponer reglas estrictas y rígidas sobre todos los demás miembros de la organización. El sector que gana la mayor influencia es el que consigue hacer de su propia conducta una incógnita variable en las ecuaciones elaboradas por los otros sectores para hacer sus cálculos, a la vez que logra hacer de la conducta ajena un factor constante, regular y previsible... El modelo panóptico del poder moderno de Michel Foucault se basa en un postulado muy similar. El factor decisivo del poder que ejercen los supervisores ocultos en la torre central del Panóptico sobre los presos encerrados en las alas del edificio con forma de estrella es la combinación de la plena y constante visibilidad de los presos con la total y perpetua invisibilidad de los supervisores. El preso nunca sabe con certeza si los supervisores están observándolo... y por lo tanto debe actuar en todo momento como si estuviera bajo vigilancia. Supervisores y supervisados (sean presos, obreros, soldados, alumnos, pacientes o lo que fuere) residen en “el mismo” espacio, pero se encuentran en situaciones diametralmente opuestas. Nada obstruye las líneas visuales del primer grupo, en tanto que el segundo se ve forzado a actuar en un territorio brumoso y opaco”⁹¹.

Se puede decir que, a partir de las posibilidades que brindan las nuevas tecnologías de la comunicación, centralmente con el desarrollo del poder informático para el procesamiento de datos, nos enfrentamos ahora a un “nuevo panóptico” pero que, como refiere Whitaker, difiere del antiguo en dos aspectos fundamentales: está descentralizado y es consensual⁹². Antes de pasar al desarrollo de estas dos notas destacadas, conviene llamar la atención sobre el medio inicialmente referido, que llega incluso a dar lugar a su propio espacio, el “cibespacio”, con características que le son propias, entre las que menciona Lorenzetti el ser autónomo (funciona según las reglas de un sistema autorreferente), posorgánico (está formado por bits), desterritorializado (no está fijo sino que es puro movimiento y maleabilidad, no es localizable por el tacto), descentralizado (no hay relación centro-periferia, no conoce órdenes ni jerarquías, no hay autoridad central), anónimo y despersonalizado (un no-lugar al que el ingresante accede sin

⁹¹ Zygmunt Bauman, ya citado, págs. 47/48.

⁹² Sobre esta última nota de consensualidad puede citarse concordante la opinión de Mark Poster, según cita Bauman, en cuanto sostiene el primero que el almacenamiento de enormes cantidades de datos, que aumentan con cada uso de una tarjeta de crédito y prácticamente con cada compra, conducen a un “superpanóptico”, pero con una diferencia respecto del Panóptico: al proporcionar datos para su almacenamiento, el vigilado se convierte en un factor importante y *complaciente* de la vigilancia (ob.cit., pág. 68). También debe coincidirse, ahora con Bauman, en que si el punto se ciñera a la significación aislada del almacenamiento de datos “...la aparente similitud entre el Panóptico de Foucault y las bases de datos contemporáneas parece bastante superficial”. Ello así ya que “El propósito principal de aquél era inculcar la disciplina e imponer patrones uniformes de conducta a los internos; el Panóptico era, ante todo, un arma contra la diferencia, la elección y la variedad. No es ése el blanco asignado a la base de datos y sus usos potenciales. Al contrario, sus principales promotores y usuarios son las compañías de crédito y marketing, cuyo objetivo es asegurarse de que los archivos confirmen la “credibilidad” de las personas registradas: su fiabilidad como clientes que eligen, y que aquellos que no pueden elegir sean separados antes de que se produzca el daño y se derrochen recursos; en verdad, ser incluido en las bases de datos es la primera condición para acceder al crédito y a “todo lo que vale la pena”... La función principal del Panóptico era asegurarse de que nadie pudiera escapar del espacio rigurosamente vigilado; la de la base de datos es que ningún intruso pueda ingresar con información falsa y sin las credenciales adecuadas” (ídem., pág. 69). Como se verá en el texto principal, la postulación comparativa analógica se sustenta en una serie de factores de los que el procesamiento de datos es uno más, que unido a los restantes, permite adicionar notas de equiparación de mayor significación.

que interese su historia individual y donde prolifera el simulacro de identidades), globalizado (su transnacionalidad y atemporalidad hacen que parezca indiferente a la historia y el futuro)⁹³.

Ello permite captar mejor la primera característica del nuevo panóptico mencionada por Whitaker, ya que la descentralización aparece como paradójica porque en el mismo corazón de la idea de Bentham residía un poder rigurosamente centralizado, pero esa concepción es hoy tecnológicamente obsoleta⁹⁴. Como refiere el citado, Bentham necesitaba de la estructura arquitectónica propuesta porque no disponía de ninguna tecnología de vigilancia fuera del ojo humano al desnudo, por lo que requería un elaborado artificio para engañar a los prisioneros y hacerles creer en la omniscencia del inspector. Claro que hoy, progreso tecnológico mediante, aquella es real y no ficticia, al tiempo que sustituye al inspector por una multitud de ellos⁹⁵ que pueden actuar tanto al unísono como competitivamente: *“Las nuevas*

⁹³ Ob.cit., págs. 13/14. Rodotá, citando a L. Brown, relata que la era digital hasta tiene sus propios siete pecados capitales: 1) desigualdad; 2) explotación comercial y abusos informáticos; 3) riesgos para la privacidad; 4) desintegración de las comunidades; 5) plebiscitos instantáneos y disolución de la democracia; 6) tiranía de quienes controlan los accesos; 7) pérdida de valor del servicio público y de la responsabilidad social. Al respecto, se pregunta *“¿Será posible liberarse de ellos y recorrer, si no lo senda de la virtud, al menos la de un uso razonado y colectivo de los instrumentos informativos y comunicacionales que abruma cada vez más nuestros días?”* (ob.cit., pág. 50).

⁹⁴ No obstante, siguen presentándose en nuestros tiempos versiones actualizadas con incorporación de modernas tecnologías, que se ofrecen como el “sueño” incumplido de Bentham. El ejemplo más claro lo brinda Bauman con la referencia al penal de californiano de Pelican Bay. Esta unidad penitenciaria es citada como la “tecnología de punta” en la materia. Está totalmente automatizada y diseñada de manera tal que los presos no tienen casi ningún contacto cara a cara entre ellos o con los guardias. Los presos pasan casi todo el día en celdas sin ventanas hechas de bloques de hormigón y acero inoxidable, no trabajan en talleres ni tienen recreaciones, no tienen contacto entre sí. A su vez, los guardias están encerrados en garitas de control de vidrio, se comunican con los presos por medio de parlantes y rara vez aparecen frente a ellos. Su única labor es asegurarse que los internos permanezcan en sus celdas en un estado de ceguera e invisibilidad, incomunicados (Bauman, ob.cit., pág. 141, donde finaliza diciendo que *“Si no fuera que comen y defecan, uno confundiría sus celdas con ataúdes”*).

Como indica el nombrado, la impresión sobre esta “evolución” del panóptico, modernas tecnologías mediante, es sólo superficial. Para fundar la afirmación, recuerda Bauman que *“El control panóptico cumplía una función importante; sus instituciones eran concebidas ante todo como casas correccionales. Su propósito aparente era retirar al preso del camino de la perdición moral que había tomado por propia voluntad o al que se había visto arrojado sin culpa suya; inculcarle hábitos que le permitieran volver al redil de la “sociedad normal”... cualesquiera que fuesen sus otros objetivos inmediatos, las casas de encierro panópticas eran ante todo fábricas de trabajo disciplinado... Cualquiera que fuese su propósito declarado a largo plazo, la mayoría de los panópticos eran instituciones de trabajos forzados... Vista desde esta perspectiva, parece poco convincente la idea de la prisión de Pelican Bay como continuación de los correccionales de la era industrial temprana, cuyas experiencias, ambiciones y problemas no resueltos quedaron reflejados en el proyecto del Panóptico. Entre los muros de Pelican Bay no se lleva a cabo trabajo productivo alguno. Tampoco existe capacitación laboral: nada en el diseño de la prisión la prepara para semejante actividad. Para los condenados, Pelican Bay no es una escuela de nada, ni siquiera de disciplina formal. El objetivo del Panóptico, el propósito final de la vigilancia constante, era asegurarse de que el preso realizara ciertos movimientos, adhiriese a una rutina, hiciera determinadas cosas. Pero lo que hacen los presos de Pelican Bay dentro de sus celdas no tiene importancia. Lo que sí importa es que permanezcan allí. No fue diseñada como fábrica de disciplina ni de trabajo disciplinado, sino de marginación y de personas habituadas a su estado de marginados; la característica del marginado en la era de la compresión espacio-temporal es la inmovilidad. La cárcel de Pelican Bay se aproxima al ideal de la perfección en materia de inmovilización”* (ob.cit., págs. 142/147).

⁹⁵ Sobre este aspecto, arroja mayor luz Bauman con su referencia a la crítica de Mathiesen a Foucault. En efecto, señala lo siguiente: *“Según la frase memorable de Mathiesen, la introducción del poder panóptico significó la transición fundamental de una situación en la que los más vigilan a los menos a otra donde los menos vigilan a los más. En el ejercicio del poder, la vigilancia reemplazó al espectáculo. En épocas*

tecnologías hacen a los individuos “visibles” de un modo que Bentham no podría haber concebido, pero tal visibilidad está expuesta a una multitud de miradas desde direcciones muy diferentes, y en busca de cosas distintas... el primer desempleado de esta era es el inspector/Gran Hermano. El Centro de Mando y el Control o el Ojo Único ya no son necesarios... puede conseguirse el mismo efecto mediante una multitud dispersa, incluso competitiva, de ojos que, en su totalidad, forman una sistema de vigilancia más dominante y penetrante que el de Orwell”. En orden a la segunda característica, concluye que “La fuerza de este nuevo panóptico reside en la participación voluntaria de la gente gracias a los beneficios y ventajas que puede apreciar, con lo cual es menos propensa a percibir los inconvenientes y las amenazas...”⁹⁶. Evitando una innecesaria extensión sobre el punto, ejemplos como los de las tarjetas de salud inteligentes (suerte de historias clínicas informatizadas portátiles), las tarjetas de cajeros automáticos, los sistemas de telepeajes, etc., resultan útiles para percibir cristalinamente el potencial de información hoy disponible en manos públicas y también privadas.

En el contexto presentado, puede advertirse que la originaria puja entre “autorregulación” y “regulación”, parece haberse decidido por la última. Lejos del ideal un tanto romántico de la esencia libertaria, anárquica, del ciberespacio, de su visión como un ámbito de plena y absoluta libertad de expresión, es claro que existen una serie de conductas profundamente disvaliosas que resultan absolutamente refractarias a todo eventual “autocontrol”. Concordante, puede citarse a Feldstein de Cárdenas cuando señala su coincidencia con quienes sostienen que la “red” abrió una suerte de caja de Pandora en materia de cuestiones jurídicas, que más allá de visiones utópicas que ven en la comunidad virtual una forma de ayudar a los ciudadanos a revitalizar la democracia (Howard Rheingold), una era de la nueva Atenas sin esclavos, un espacio libre de interferencias, lejos de los controles gubernamentales, será finalmente aprehendida por las reglas del derecho. Una serie de iniciativas como instrumentos internacionales, códigos deontológicos, de conducta, leyes nacionales, fallos de tribunales estatales han sido demostrativos de esto⁹⁷. Sin ir más lejos, en Argentina la Ley 26032⁹⁸ declaró que la búsqueda, recepción y difusión de la información e ideas de toda índole, por medio de Internet, se considera comprendida dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión (art. 1º).

Otra idea vinculada. No hay dudas que la red comienza su período de vertiginosa expansión a partir de utilización como vehículo de interés económico y,

premodernas, el poder para imponerse al populus permitía que éste contemplara, sobrecojido de admiración y miedo, su pompa, riqueza y esplendor. En cambio, el nuevo poder moderno prefería permanecer en la sombra, observar a sus súbditos sin dejarse observar por éstos. Mathiesen critica a Foucault por no prestar atención al proceso moderno paralelo: el desarrollo de nuevas técnicas del poder que consisten –por el contrario– en que muchos (tantos como jamás en la historia) observan a unos pocos. Desde luego, se refiere al auge de los medios de comunicación de masas, sobre todo la televisión, que conduce a la creación, junto al Panóptico, de otro mecanismo de poder para el cual acuña otro nombre feliz: el Sinóptico... El Sinóptico es global por naturaleza; el acto de vigilar libera a los vigilantes de su localidad, los transporta siquiera espiritualmente al ciberespacio, donde la distancia no importa, aunque sus cuerpos permanezcan en lugar... El Panóptico obligaba a la gente a ocupar un lugar donde se la pudiera vigilar. El Sinóptico no necesita aplicar la coerción: seduce a las personas para que se conviertan en observadores” (ob.cit., págs. 70/71).

⁹⁶ Ob.cit., págs. 172/173.

⁹⁷ Cf. Sara Lidia Feldstein de Cárdenas, en su trabajo titulado “Internet y derecho aplicable”, pub. en www.diariojudicial.com.ar, sección “Artículos”. Allí recuerda que aquella visión romántica puede sintetizarse en la conocida “Declaración de la Independencia del Ciberespacio” de John Perry Barlow (“We are creating a world that all may enter without privilege or prejudice accorded by race, economic power, military force, or station of birth... Your legal concepts of property, expresión, identity, movement, and context do not apply to us. They are all based on matter, and there is no matter here”).

⁹⁸ Pub. en el B.O. del 17 de junio de 2005.

como apunta Rodotá, la lógica empresaria tiende a apoderarse también de los instrumentos que nacieron y se desarrollaron bajo la lógica opuesta, por lo que cita a Fiori y a Markoff plantea el nombrado que *“se podría concluir que el verdadero peligro, a esta altura, no es el del Gran Hermano, sino el del Gran Vendedor que, por otra parte, muy bien podría ser considerado como la reencarnación de la figura orwelliana en los tiempos de la mercificación de la esfera pública... si realmente debiera materializarse un Gran Hermano, no lo haría con las ropas de un policía, sino con las de un hombre de negocios”*⁹⁹.

Retomando la cuestión atinente al mayor grado de control social, es conveniente recordar que este orden de problemas siempre adopta formas que lo hacen más cercano de lo habitualmente percibido. Es claro, como enseña el profesor canadiense, que el ojo electrónico se ha transformado, haciéndose más penetrante, dominante y ubicuo, lo que patentiza, por ejemplo, en el creciente uso de cámaras de video teledirigidas por ordenadores para vigilar espacios públicos, oficinas, tiendas o bancos¹⁰⁰. A su vez, la creciente sensación de inseguridad fogueada intensamente por las campañas de “ley y orden” a través de los medios de comunicación masiva, alientan como nunca el “cambio libertad por seguridad” denunciado tiempo atrás por Hassemer.

En este marco, puede señalarse el caso varias pequeñas localidades bonaerenses como Dolores, Pinamar, Cariló o Miramar, donde se ha dado curso a programas de control monitoreado por la policía a través de cámaras de circuito cerrado de televisión instaladas en lugares estratégicos para controlar el delito en las calles. Curiosamente, no se repara sobre el efecto amplificador del control social que la medida importa en sí misma, siendo mínimas las voces levantadas en disenso respecto de una iniciativa que pudiera parecer desproporcionada en comparación con las características de los lugares en que se aplica. Como apunta Gabriela Urrutibehety, además de la dificultad natural en establecer quién es sospechoso (ya sea por cámara o en vivo), lo cierto es que se termina almacenando las rutinas de todos los habitantes de la ciudad que se trasladan habitualmente por los lugares controlados. Los impulsores del programa invocaron como precedente la utilidad de estos sistemas de monitoreo en el medio carcelario, pero sin explicar cuáles habían sido los estudios, investigaciones o aportes que avalaran la transposición del sistema del control de internos carcelarios a la vía pública de una ciudad¹⁰¹.

El nombrado Whitaker ilustra que en Estados Unidos se han observado algunas experiencias similares, concretadas precisamente en pequeñas poblaciones que hacían eco de una situación de inseguridad que era transmitida desde las grandes urbes

⁹⁹ Rodotá, ya citado, pág. 23.

¹⁰⁰ Ob.cit., pág. 103. Allí destaca, además, que la tecnología de reconocimiento facial y la digitalización de la información, conectada a una base central de datos, ofrecen la perspectiva de un desplazamiento: desde los propósitos defensivos o de seguridad pasiva (en los que hasta ahora se usó básicamente esa tecnología), hasta una nueva era de identificación activa y de localización de individuos. Una idea sobre el funcionamiento de este en un futuro no demasiado lejano se puede apreciar en una reciente película de Steven Spielberg, “Minority Report” (Sentencia Previa), donde el personaje principal (interpretado por Tom Cruise) es perseguido por toda la ciudad a partir de las cámaras de reconocimiento ocular y facial. También se observa un anticipo del “marketing” del futuro, ya que en un shopping, esa misma tecnología hace que la publicidad se le ofrezca en ese medio de tránsito público en forma personalizada.

¹⁰¹ Urrutibehety, en su nota publicada en el diario “La Capital” de la ciudad de Mar del Plata, ejemplar del 10 de mayo de 2004, pág. 13, bajo el título “Análisis sobre el sistema de cámaras de seguridad en Dolores. Entre 1984 y el ratón Mickey”. Esto último en alusión a la obra de Orwel y el conocido segmento de la película “Fantasía” en el que el personaje de Disney interpretaba al aprendiz de brujo.

pero que no respondía exactamente a lo que en realidad sucedía en el medio mismo en que el sistema se llevaba adelante. Naturalmente, en las ciudades centrales el tema se presenta con otra intensidad, que en nada modifica las prevenciones que despierta. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se ha anunciado hace poco que se implementará un sistema de cámaras de seguridad dentro del Puerto Madero, uno de sus barrios más exclusivos, bajo monitoreo de la Prefectura Naval Argentina, enfocando particularmente sus accesos. A su vez, para 2007, se prevé la instalación de 1700 cámaras en las líneas de subterráneos¹⁰².

Volviendo a la conexión de lo expuesto con la problemática surgida a partir de los sucesivos hechos terroristas referidos al comienzo, no puede soslayarse que como consecuencia de los recientes ataques en Londres, el gobierno francés anunció que aumentará el número de cámaras de video de seguridad y que reforzará los controles sobre teléfonos celulares para evitar similares atentados¹⁰³. Un dato interesante es la favorable repercusión de los ataques en la industria de la “seguridad”, cuyas acciones en la bolsa han subido significativamente (por ej., Isonics Corp., fabricante de equipos de detección de bombas, subió el valor de sus acciones de u\$s 1,82 a u\$s 3,14 en tres meses), sin que esta expansión se traduzca necesariamente en que las mayores medidas de “seguridad” traduzcan en efectividad: al momento de los atentados los parisinos eran “vigilados” por unas veinte mil (20.000) cámaras de circuito cerrado (330 en monitoreo policial y el resto privadas), mientras que los londinenses tenían instaladas medio millón (500.000), es decir, una cámara por cada catorce (14) personas, lo que lleva a que puedan ser filmados hasta trescientas (300) veces por día, siendo Inglaterra el país más vigilado del mundo según la ONG de derechos humanos “Liberty”¹⁰⁴.

6. Algunas consideraciones sobre el “derecho penal del enemigo”

Conforme se advierte de la serie de ejemplos que se han ido exponiendo, es claro que pasamos por un momento en que, con singular énfasis, determinados sectores promueven una mayor intromisión estatal en el ámbito de intimidad para ser eficaz en la prevención o represión del delito, lo que deriva en un relajamiento de las garantías individuales. Suele justificarse con el recurso de la excepcionalidad para delitos de suma gravedad, cuya manifestación extrema sería hoy el terrorismo. Se trata, en definitiva, de una renovada expresión del llamado “derecho penal y procesal penal del enemigo” que, como ilustra Portilla Contreras, es una acentuada tendencia que, basándose en el modelo del “enemigo”, en una legislación de guerra, justifica e intenta legitimar la estructura de un derecho penal y procesal penal sin garantías. En su consideración, es una dirección seguida por diversos autores (uno de los principales, Jakobs), que interpretan el derecho penal material y formal según la óptica del estructuralismo funcional de Luhmann, conforme lo que realmente importa es la conservación de los intereses del sistema, la capacidad funcional de sus órganos y la defensa del Estado a través de las garantías del propio Estado¹⁰⁵.

¹⁰² Fuente: diario “Clarín”, ejemplar del 28/07/06, pág. 47, nota titulada “¿Cámaras de control en Puerto Madero?”.

¹⁰³ Fuente: diario “La Nación”, ejemplar del 23/07/05, pág. 3.

¹⁰⁴ Fuente: diario “Clarín”, suplemento económico del 28/8/05, pág. 8, nota “Seguridad, un mercado en alza”.

¹⁰⁵ Guillermo Portilla Contreras, en su trabajo “El Derecho penal y procesal penal del “enemigo”. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos”, material de estudio facilitado por el catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Jaén en el marco del “Master de Derecho Penal” de la Universidad de Salamanca (2000/2002), módulo XIX.

No obstante, viene señalándose con insistencia que el discurso de Jakobs sólo superficialmente ofrece una aproximación a la teoría de los sistemas de Luhmann. Autores como Luis Gracia Martín indican que una indagación arqueológica del pensamiento de Jakobs, con mera diferenciación lingüística en el plano formal, revela claramente sus raíces más profundas en Kant y Hegel, en Rousseau parcialmente, y sobre todo, en Hobbes¹⁰⁶. A su vez, Zaffaroni formula una interesante precisión en materia de fuentes teóricas políticas: apunta que suele presentarse como garantes de la viabilidad del concepto jurídico de enemigo en el Estado de Derecho a Hobbes y Kant, planteando una disyuntiva polarizante nada común al mostrar como posiciones radicalizadas las de Rousseau y Fichte (para quienes todos los delincuentes serían enemigos), y como posiciones moderadas las de Hobbes y Kant (para quienes sólo algunos lo serían). Así, se apartan de la usual oposición que se presenta entre Hobbes respecto de Locke y Kant respecto de Feuerbach, a lo que agrega que, en realidad, las posiciones de Rousseau y Fichte no son tan radicales y que no surge de sus textos que hayan pretendido considerar enemigos a todos los delincuentes¹⁰⁷.

Portilla, en su profundo análisis crítico de la evolución del pensamiento de Jakobs entre una publicación de 1985 y otra de 1999 (así como el de sus discípulos, como Lesch, Müssig y Pawlik), indica que las modernas soluciones con las que se suplanta las tradicionales respuestas penales y procesales, se articulan sobre la noción de un derecho penal del enemigo como una categoría del derecho que considera enemigo a todo aquel que ha huido de modo duradero del derecho, frente a quien la sociedad reacciona, hasta el extremo de contraponer un *“derecho penal para ciudadanos”* y un *“derecho penal para enemigos”*. El primero se sujeta a un proceso penal garantístico, en tanto el segundo Jakobs lo resume en estas directrices: un adelantamiento de la punición equivalente al status de un hecho consumado sin que suponga, por tanto, una reducción de pena, y la transición de un derecho penal a una legislación de lucha que implica la reducción de las garantías procesales, descartándose otras alternativas ya que se trata de una guerra. En ese modelo, la función del derecho penal actual consistirá en separar el derecho penal del enemigo del de los ciudadanos, distinguiendo en la valoración entre las acciones de las *“personas”* y las de las *“no personas (enemigos)”* (más extremo, Lesch habla de *“criatura animal sin fundamento jurídico”*). En síntesis, *“El enemigo es un ciudadano que por su posición, forma de vida, o quizás su pertenencia a una organización, ha abandonado el Derecho, no de forma incidental sino duradera, déficit que expresa a través de su conducta. Si, como indica y asegura Jakobs, el número de enemigos aumenta, una sociedad que conoce tal riesgo no puede resolver el problema de la defectuosa seguridad cognitiva sólo con medios policiales. En otras palabras, no se encuentran otras alternativas al Derecho penal del enemigo porque el Ordenamiento jurídico no puede integrar a ciudadanos que no reúnen las mínimas garantías cognitivas imprescindibles para actuar como personas. Los enemigos actualmente no son personas”*¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Así, en su artículo *“Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho Penal del Enemigo”*, pub. en *“Revista de Derecho Penal”*, dirigida por Edgardo A. Donna, Rubinzal-Culzoni Editores, Bs.As., tomo 2005-1 *“Autoría y participación-I”*, pág. 122, nota al pie N° 163. En el trabajo dedica largos párrafos a la comparación entre Jakobs y Hobbes, a lo que remito.

¹⁰⁷ Zaffaroni, *“El enemigo en el Derecho Penal”*, Ediar, Bs.As., 2006, págs. 119/120.

¹⁰⁸ Trabajo citado, pág. 8. Vale la pena apuntar que en el medio argentino puede accederse al referenciado trabajo de Jakobs del año 1985, ya que integra la obra recopilatoria que bajo el título de *“Fundamentos del Derecho Penal”* publicó Ad-Hoc, Bs.As., noviembre de 1996. Se trata del Cap. IV *“Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”* (trad. de Enrique Peñaranda Ramos), págs. 179/240. La legitimación del derecho penal de enemigos como un derecho penal de emergencia a regir excepcionalmente, con la expresa sugerencia de ser apartado o separado en su presentación externa del *“Derecho Penal de ciudadanos”* para evitar que se infiltre en este último o lo contamine por vía de una

En el segundo trabajo de Jakobs referido, el de 1999¹⁰⁹, que es un comentario a la ponencia de Hassemer titulada “*La autocomprensión de la ciencia del Derecho Penal ante los desafíos del presente*”, puede afirmarse sin temor a equívoco que la presentación es de una crudeza extrema. De hecho, aún cuando no fuera la intención del distinguido profesor, termina adelantando explícitamente la fundamentación esgrimida luego por Estados Unidos para justificar su intervención en Irak, vale decir, la teoría de la legítima defensa anticipada o defensa frente a agresiones futuras¹¹⁰.

Haciéndose eco de las críticas generadas por la sinceridad de la descripción de este segundo trabajo, en obra posterior Jakobs realiza una serie de aclaraciones, de precisiones, introduce matices que, sin modificar lo anterior, han permitido una mejor comprensión de su posición. Esto lo refleja Zaffaroni cuando, refiriéndose a este debate, señala que no siempre se le ha reconocido a la construcción del profesor alemán el carácter de “táctica de contención”, aunque se la considere errada¹¹¹. Volviendo a las palabras de Jakobs, este señala: “*Cuando en el presente texto se hace referencia al Derecho penal del ciudadano y al Derecho penal del enemigo, ello en el sentido de dos tipos ideales que difícilmente aparecerán llevados a la realidad de modo puro: aún en el enjuiciamiento de un hecho delictivo cotidiano que provoca poco más que tedio —Derecho penal del ciudadano— se mezclará al menos una leve defensa frente a riesgos futuros —Derecho penal del enemigo—, e incluso el terrorista más alejado de la esfera ciudadana es tratado al menos formalmente como persona, al concedérsele en el proceso penal los derechos de un acusado ciudadano. Por consiguiente no se trata de contraponer dos esferas aisladas del Derecho penal, sino de describir dos polos de un solo mundo o de mostrar dos tendencias opuestas en un solo contexto jurídico penal. Tal descripción revela que es perfectamente posible que estas tendencias se superpongan, es decir, que se solapen aquellas conducentes a tratar al autor como persona y aquellas otras dirigidas a tratarlo como fuente de peligro o como medio para intimidar a otros*”¹¹², agregando luego que “*...la denominación “Derecho penal del enemigo” no en todo caso pretende ser peyorativa... un Derecho penal del enemigo al menos implica un comportamiento desarrollado con base en reglas, en lugar de una conducta espontánea e impulsiva*”¹¹³.

Sostiene Jakobs que la pena es coacción de diversas clases mezcladas en íntima combinación. En primer lugar, está la coacción portadora de un significado, de la respuesta al hecho (como producto de una persona racional) que atacó la vigencia de la norma. El hecho tiene un significado de desautorización de la norma y la coacción penal también: aquella afirmación del autor es irrelevante y la norma sigue vigente, manteniéndose la configuración de la sociedad. Así, hecho y coacción penal son medios de interacción simbólica y el autor es tomado en serio en cuanto persona (si fuera incompetente, no habría que contradecir su hecho). Pero la pena no es sólo esto, sino que también físicamente produce algo: por ejemplo, evita que el preso pueda cometer delitos fuera del centro penitenciario. En esta medida, la coacción no pretende significar nada, sólo ser efectiva, lo que implica que no se dirige contra la persona en Derecho, sino contra el individuo peligroso (ej.: la custodia de seguridad en cuanto medida de seguridad). “*...en lugar de una persona que de por sí es competente y a la que se contradice a través de la pena aparece el individuo peligroso, contra el cual se procede —en este ámbito: a través de una medida de seguridad, no mediante una pena— de modo físicamente efectivo: lucha contra un peligro en lugar de comunicación, Derecho penal del enemigo... en vez de Derecho penal del ciudadano*”¹¹⁴.

interpretación sistemática o por analogía, se desarrolla particularmente en el punto III “Derecho penal del ciudadano versus derecho penal del enemigo”, págs. 237/238.

¹⁰⁹ Tiene versión española coordinada por Francisco Muñoz Conde, AAVV “*La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*” (versión alemana coordinada por Eser, Hassemer y Burkhardt), tirant lo blanch, Valencia, 2004, págs. 53/64.

¹¹⁰ Ob.cit., pág. 58.

¹¹¹ Cf. “*El enemigo...*”, ya citada, pág. 153.

¹¹² Cf. expone en su obra junto a Manuel Cancio Meliá, “*Derecho penal del enemigo*”, Hammurabi, Bs.As., 2005, en la primera parte a su cargo, bajo el título “*Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*”, pág. 19.

¹¹³ En Jakobs-Cancio, ya citado, pág. 20.

¹¹⁴ En Jakobs-Cancio, ya citado, págs. 20/21.

No obstante, la buena fe del nombrado podría quedar exteriorizada en su declaración de confianza en que esta coacción física dirigida al enemigo puede quedar limitada en un doble sentido. En primer lugar, afirma, el Estado no necesariamente ha de excluir al enemigo de todos los derechos. En este sentido, el sujeto sometido a custodia de seguridad queda incólume en su papel de propietario de cosas. Y, en segundo lugar, el Estado no tiene por qué hacer todo lo que es libre de hacer, sino que puede contenerse, en especial, para no cerrar la puerta a un posterior acuerdo de paz¹¹⁵. Pero esto en nada cambia el hecho de que la medida ejecutada contra el enemigo no significa nada, sino sólo coacciona¹¹⁶.

Para Jakobs, “...quien no quiera privar al Derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho —control de las pasiones; reacción frente a hechos exteriorizados, no frente a meros actos preparatorios; respeto a la personalidad del delincuente en el proceso penal, etc.— debería llamar de otro modo aquello que hay que hacer contra los terroristas si no se quiere sucumbir, es decir, lo debería llamar Derecho penal del enemigo, guerra refrenada. - Por lo tanto, el Derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones. Por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad”¹¹⁷. A su vez, “Las tendencias contrarias presentes en el Derecho material —contradicción versus neutralización de peligros— encuentran situaciones paralelas en el Derecho procesal”¹¹⁸.

Su táctica de contención, calificada de “estática” por Zaffaroni, su voluntad de preservar en lo posible en el Estado de Derecho, queda manifiesta cuando concluye que “Un Derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar todo el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo”¹¹⁹. Por su parte, el profesor argentino (que, como se explicó al inicio, parte de una visión conflictivista entre estado de derecho y estado de policía, de una relación dialéctica de contención del poder punitivo por el estado de derecho, de colocar vallas a las continuas pulsiones que por perforarlo formula el estado de policía), señala que el planteamiento es coherente desde una visión totalmente estática de la realidad, pero no se percata de que la realidad es dinámica y de que en el poder todo fluye (dice que entre Parménides y Heráclito, Jakobs se decide por el primero y hace una mala evaluación de la eficacia contentora de su propuesta). En efecto, dice el catedrático de la UBA, desde una visión estática del poder (desde una fotografía), es posible pensar que si se concede al derecho penal del enemigo un espacio limitado, o sea, si se entrega un grupo de personas al poder conforme al modelo del estado de policía y en forma limitada, las pulsiones de este modelo cesarán. Esto no es lo que sucede en la realidad dinámica del poder, donde todo espacio que se concede al estado de policía es usado por éste para extenderse hasta llegar al estado absoluto: “La táctica de contención propuesta por Jakobs, inobjetable desde la perspectiva de la visión estática, se traduce en una desaparición del estado de derecho real y concreto en la realidad dinámica del poder”¹²⁰.

¹¹⁵ Aquí desnuda un error básico en su táctica de contención, que Zaffaroni indica destinada al fracaso, porque no reconoce que para los teóricos y, sobre todo, para los prácticos de la excepción, ésta siempre invoca una necesidad que no conoce ley ni límites (en “El enemigo...”, pág. 157). En esta línea, destaca el que estado *concreto* de Jakobs es inviable porque su soberano, invocando la necesidad y la emergencia, puede suspender el propio estado de derecho y señalar como enemigo a quien considere oportuno, con la extensión que en cada caso le permita el espacio de poder del que disponga (ob.cit., pág. 160).

¹¹⁶ En Jakobs-Cancio, ya citado, págs. 30/31.

¹¹⁷ En Jakobs-Cancio, ya citado, págs. 41/42.

¹¹⁸ En Jakobs-Cancio, ya citado, pág. 63.

¹¹⁹ En Jakobs-Cancio, ya citado, pág. 64.

¹²⁰ En “El enemigo...”, págs. 162/163.

Cabe destacar que mientras este modelo descripto se impone en diversas legislaciones tras el “11-S”¹²¹, se han pronunciado contrarios al planteamiento sistémico sobre el derecho penal-procesal del enemigo diversos autores que estiman inaceptable el método funcionalista de legitimación de la ausencia de derechos (por ej, cita Portilla a Schneider, Schünemann y Wolter)¹²². En nuestro margen, no puede dejarse de lado la aguda observación de Lascano cuando recuerda la necesidad de cuestionarnos qué sentido y utilidad tiene aquí intentar aplicar los criterios político-criminales que en las sociedades post-industriales se postulan frente al fenómeno de la “*expansión del derecho penal*”. En particular, siguiendo a Silva Sánchez, recuerda su postulación por un derecho penal de “*dos velocidades*” en el que se conecta el grado de exigencia de los principios garantistas con la gravedad de las consecuencias jurídicas del delito y, más inquietante, su pregunta por si puede admitirse una “*tercera velocidad*”, en la que el derecho penal de la cárcel concurre con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales, para hacer frente a fenómenos como la delincuencia patrimonial profesional, la criminalidad organizada y el terrorismo, que amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida como Estado. Se llega así a un “*derecho de guerra*” según Silva o “*derecho penal del enemigo*” según Jakobs, como instrumento de abordaje de hechos “*de emergencia*”, en el que la sociedad, ante la gravedad de la situación excepcional de conflicto, renuncia de un modo cualificado a soportar los costes de la libertad de acción. En este punto, compartimos plenamente la reflexión del profesor cordobés cuando recordando que, mientras Silva sostiene que la justificación del derecho penal de la tercera velocidad (que se ensaya en el sentido de tratarse de un “*mal menor*” frente a fenómenos excepcionalmente graves que no ofrezca peligro de contaminar al derecho penal de “*la normalidad*”), obliga a una revisión permanente e intensa de la concurrencia de los presupuestos de regulación de esa índole, en nuestro país decimos que “*no hay nada más permanente que lo transitorio*”¹²³. En el fondo, pareciera que nada demasiado distinto sucede en los países centrales. En recientes declaraciones, señaló Roxin: “*Siempre he lamentado las restricciones que ha sufrido el proceso penal por la lucha contra el terrorismo, y lo que más he criticado es que ellas no fueran abolidas después que se terminara el terrorismo en Alemania*”¹²⁴.

¹²¹ Tanto en los propios Estados Unidos, como en Italia, Francia y el Reino Unido, entre otros países, aunque debe volverse a resaltar, como lo hace Portilla, que el fenómeno no es nuevo y puede rastrearse antecedentes legislativos que anticiparon un movimiento que cobra renovado vigor a partir del atentado.

¹²² Trabajo citado, págs. 28/29.

¹²³ En su Introducción a la obra de Cafferata Nores y Zaffaroni “*Crisis y Legitimación de la Política Criminal, del Derecho Penal y Procesal Penal*”, bajo el título “*¿Emergencia y Derecho o el Estado de Derecho en emergencia?*”, págs. 22/24, donde sostiene que “*En definitiva, en la Argentina el Estado de derecho se encuentra en gravísima emergencia, y no existen soluciones mágicas y mucho menos frente a la profundidad de la crisis que nos agobia, que no sólo es económica, sino también política, pero fundamentalmente moral y cultural. Si el proceso de deterioro que nos condujo al actual estado de cosas fue lento y progresivo, no podemos pretender revertirlo a corto plazo, pero podemos comenzar a transitar el camino con hechos concretos, para lo cual es indispensable que cada uno de nosotros apele a nuestra conciencia individual y evitemos acudir a mecanismos de autojustificación de nuestras propias culpas, intentando responsabilizar a otros, como “chivos expiatorios”...*”.

¹²⁴ Así, en el reportaje que la realizara Thomas Duve, “*Un encuentro con Claus Roxin*”, pub. en la revista “*El Derecho Penal. Doctrina y Jurisprudencia*”, ED, Bs.As., Nº 4, abril de 2006, pág. 12, respondiendo a una pregunta con referencia temporal a la década del 70 y comparando con la discusión actual sobre el “*derecho penal del enemigo*”. Sobre esto último, agregé: “*No veo ningún paralelismo entre la situación de los años '70 y el debate actual acerca del derecho penal del enemigo porque hoy en día no existe en Alemania ninguna tendencia científica o política que postula un derecho penal del enemigo. Se trata*

En función de ello y, si agregamos la noticiada casi segura prolongación indefinida de la “Patriot Act”, la admonición resulta valedera más allá de nuestras fronteras.-

Vale la pena detenerse en la aludida posición de Silva, evocando en sintético párrafo sus propias palabras: “...estimo posible sostener la idea de que **la configuración de los diversos sistemas jurídicos de imputación del hecho al sujeto, así como de las garantías generales de cada sistema, tienen una clara dependencia de las consecuencias jurídicas del mismo, su configuración y su teleología...** En esta línea, la minuciosidad propia de la dogmática del delito así como la rigidez de los principios de garantía tradicionalmente vigentes en el Derecho penal se hallarían en relación con el hecho de que sus consecuencias jurídicas fueron tradicionalmente las penas de muerte y corporales, y aún hoy una pena tan íntimamente vinculada al ser —y no al estar o al tener— de la persona como es la privativa de libertad. Sentado esto, también puede procederse a matizar otra cuestión: seguramente, el problema no es tanto la expansión del Derecho penal en general, sino específicamente la expansión del Derecho penal de la pena privativa de libertad. Es esta última la que debe realmente ser contenida... En efecto, la disminución de garantías y de “rigor” dogmático podrían explicarse (e incluso legitimarse) en el Derecho penal contemporáneo si ello fuera el correlato de la generalización de sanciones pecuniarias o privativas de derechos, o —más aún— de la “reparación penal” (en los casos en que ésta pudiera acogerse) en lugar de las penas privativas de libertad... La clave radica, pues, en admitir esta gradualidad de la vigencia de las reglas de imputación y de los principios de garantía en el propio seno del Derecho penal, en función del concreto modelo sancionatorio que éste acabe asumiendo... En nuestra opinión... no habría ninguna dificultad para admitir ese modelo de menor intensidad garantística dentro del Derecho penal, siempre y cuando —eso sí— las sanciones previstas para los ilícitos correspondientes no fueran privativas de libertad... La conclusión... resultará difícil frenar una cierta expansión del Derecho penal dada la configuración y aspiraciones de las sociedades actuales. Por otro lado, que probablemente no tiene sentido mantener la teoría del delito con idénticas exigencias dogmáticas (reflejo a su vez de la correspondiente vocación político-criminal de garantía) para el Derecho nuclear de la pena privativa de libertad y para un Derecho penal moderno con vocación intervencionista y “reglamentadora” basado, por ejemplo, en las penas pecuniarias y privativas de derechos, así como para un eventual Derecho penal de la reparación. A todo ello puede hacerse frente desde una configuración dualista del sistema del Derecho penal, con reglas de imputación y principio de garantía a dos niveles”¹²⁵.

En trabajo posterior, Lascano recuerda que la expresión “Derecho Penal del enemigo”, puesta en boga por Jakobs, no es nueva y que ya Von Litz, en su “Programa de Marburgo”, en el marco de la concepción belicista propia de la civilización industrial describe el ejercicio de la potestad punitiva estatal como una “guerra a la criminalidad y a los criminales” (hemos antes, siguiendo a Zaffaroni, precisado que esto es aún muy anterior a Litz¹²⁶). Medio siglo después, en 1943, Mezger fundamentaba el proyecto de ley sobre “extraños a la comunidad” expresando que en el futuro habrá dos (o más) derechos penales, uno para la generalidad (en el que seguirán vigentes los principios que hasta allí regían) y otro

solamente de una conceptualización de Günther Jakobs que ha sido mayoritariamente rechazada y que yo tampoco puedo considerar de gran utilidad —sin perjuicio de la alta estima que tengo por este colega—...”

¹²⁵ En su obra: “La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, págs. 116/121.

¹²⁶ Por su parte, Luis Gracia Martín entiende que la consideración del delincuente como un enemigo se puede ver ya presente en la teoría del pacto social de la sofística griega del siglo V antes de Cristo, relacionando el mito de Prometeo y las opiniones de Protágoras y el sofista anónimo de Jámblico (ya citado, pág. 103 y ss.). Ccte.: Zaffaroni, “El enemigo...”, pág. 81. En su opinión, fue Platón quien desarrolló por primera vez en el pensamiento occidental la idea de que el infractor es inferior por su incapacidad para acceder al mundo de las ideas puras y de que cuando ésta es irreversible, aquel debe ser eliminado.

distinto, especial (con reclusión por tiempo indefinido, por ejemplo), para grupos especiales de determinadas personas, como los “delincuentes por tendencia”, siendo lo decisivo entonces el determinar a qué grupo pertenece la persona en cuestión. Lo novedoso, es su implicancia actual, su modalidad extrema en las relaciones internacionales post “11-S”, donde se aplica la pretensión de convalidar la “*guerra preventiva abierta*” desatada por Estados Unidos contra cualquiera que pueda poner en riesgo su seguridad y hegemonía¹²⁷.

Muñoz Conde se ha dedicado con singular énfasis en los últimos años ha esclarecer la postura de Mezger en orden a la concepción mencionada en el texto principal. Indica el profesor de Sevilla que “*No parece que a Edmund Mezger le pareciera mal esta separación entre dos clases de Derecho Penal. Ni por el contenido de este texto (el Proyecto de Ley sobre Extraños a la Comunidad...), ni por las ideas vertidas en sus publicaciones y otras actuaciones de colaboración que llevó a cabo el famoso penalista con el régimen nazi entre 1933 y 1945, parece que le repugnara mucho la idea de que hubiese un Derecho penal especial para “enemigos de la comunidad” (como también llamaba a una parte de esos “extraños”), con los que estaban de sobra todas las garantías y diferenciaciones jurídicas propias del Derecho Penal aplicable a la generalidad de los ciudadanos normales*”, reflexionando luego que “*Entonces se trataba de un régimen totalitario, en el que se daba por sentado que existiera un Derecho Penal de este tipo para “enemigos” o “extraños a la comunidad”. Pero una distinción similar es más difícilmente asumible en el Estado de Derecho, que, por definición, no admite que se pueda distinguir entre “ciudadanos” y “enemigos” (o “amigos” o “enemigos”, en la clásica distinción del famoso politólogo nazi Carl Schmitt), como sujetos con distintos niveles de respeto y protección jurídicas. Los derechos y garantías fundamentales del Estado de Derecho... son presupuestos irrenunciables... Si se admite su derogación, aunque sea en casos puntuales extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho*”¹²⁸.

No debe soslayarse que no estamos frente a mero problema teórico, sino que el “*derecho penal del enemigo*” tiene una existencia y praxis concretas¹²⁹ y que, como recuerda Demetrio Crespo, toda vez que fija sus objetivos primordiales en combatir a determinados grupos de personas, abandona el principio básico del derecho penal del hecho o de acto, “*convirtiéndose en una manifestación de las tendencias autoritarias del ya históricamente conocido como “derecho penal de autor”*”. Así, evoca a Muñoz Conde cuando señala que siendo el derecho penal el más autoritario de todas las ramas del ordenamiento jurídico y probablemente de todos los sistemas formalizados de control social, el “*derecho penal de enemigos*” puede caracterizarse como un “*derecho penal más autoritario de lo normal; un derecho penal que se ha colado de rondón, “por la puerta falsa” de un ordenamiento jurídico, cuyos parámetros constitucionales habían reconocido unos derechos humanos fundamentales, unas garantías, que, al menos formalmente, sirven de barrera*

¹²⁷ Lascano, trabajo citado, PPS, págs. 194/196.

¹²⁸ En su trabajo “*Las reformas de la Parte Especial del Derecho Penal Español en el 2003: de la tolerancia cero al derecho penal del enemigo*”, pub. en el Suplemento de Derecho Penal y Contravencional de la C.A.B.A. dirigido por los Dres. Sáez Capel y Beloff, en el portal jurídico “elDial.com”, edición de diciembre de 2005, sección Doctrina.

¹²⁹ Concordante, señala Carlos Parma que: “*El rechazo que la mayoría de la doctrina evidenció ante estos planteos, sin embargo, sólo logró ocultar malamente una realidad legislativa y judicial que cada vez asumía de un modo más o menos expreso la vigencia de esta fenomenología. Esto es también muy claro en la realidad latinoamericana, en donde incluso no se identifica con exclusividad la presencia de este Derecho penal del enemigo con los delitos de terrorismo sino que, dadas las condiciones particulares del entorno, acecha también contra delitos de lesa humanidad cometidos durante las últimas dictaduras militares y, especialmente, en Argentina... contra los secuestros que cada vez son más frecuentes y más violentos*” (ob.cit., pág. 19).

*infranqueable al poder punitivo del Estado*¹³⁰. Coincide en sentido crítico Cancio Meliá, diciendo que “...dos razones fundamentales por las que desde la perspectiva del sistema jurídico-penal actualmente practicado el concepto de Derecho penal del enemigo sólo puede ser concebido como instrumento para identificar precisamente al no-Derecho penal presente en las legislaciones positivas: por un lado, la función de la pena en este sector, que difiere de la del Derecho penal “verdadero”; por otro, como consecuencia de lo anterior, la falta de orientación con base en el principio del hecho”¹³¹.

Desarrollando su argumentación contraria al análisis de Jakobs, apunta Cancio que cuando se sostiene que los fenómenos frente a los que reacciona el “Derecho penal del enemigo” son peligros que ponen en cuestión la existencia de la sociedad, o que es la autoexclusión de la condición de persona lo que genera una necesidad de procurar una especial seguridad cognitiva frente a tales sujetos “...se ignora, en primer lugar, que la percepción de los riesgos —como es sabido en sociología— es una construcción social que no está relacionada con las dimensiones reales de determinadas amenazas... Los fenómenos frente a los que reacciona el “Derecho penal del enemigo” no tienen esa especial “peligrosidad terminal” (para la sociedad) que se predica de ellos. Al menos entre los “candidatos” a “enemigos” de las sociedades occidentales, no parece que pueda apreciarse que haya alguno —ni la “criminalidad organizada”, ni las “mafias de las drogas”, ni tampoco ETA— que realmente pueda poner en cuestión —en los términos “militares” que se afirman— los parámetros fundamentales de las sociedades correspondientes en un futuro previsible”¹³². Además, dentro de la propia lógica de la construcción funcionalista, expone la contradicción de la propuesta, al señalar que “...si es cierto que la característica especial de las conductas frente a las que existe o se reclama “Derecho penal del enemigo” está en que afectan a elementos de especial vulnerabilidad en la identidad social, la respuesta jurídico-penalmente funcional no puede estar en el cambio de paradigma que supone el Derecho penal del enemigo, sino que, precisamente, la respuesta idónea en el plano simbólico al cuestionamiento de una norma esencial debe estar en la manifestación de normalidad, en la negación de la excepcionalidad, es decir, en la reacción conforme a los criterios de proporcionalidad y de imputación que están en la base del sistema jurídico-penal “normal”. Así se niega al infractor la capacidad de cuestionar, precisamente, esos elementos esenciales amenazados... La mayor desautorización que puede corresponder a esa defeción intentada por el “enemigo” es la reafirmación de la pertenencia del sujeto en cuestión a la ciudadanía en general, es decir, la afirmación de que su infracción es un delito, no un acto cometido en una guerra, sea entre bandas o contra un Estado pretendidamente opresor. Por lo tanto, la cuestión de si puede haber Derecho penal del enemigo queda resuelta negativamente”¹³³.

Una brillante síntesis de las observaciones críticas que fueran desgranándose a partir del recordatorio de los diversos autores citados, estimo puede encontrarse en la reseña sobre la inviabilidad de la propuesta de Jakobs que efectúan Zaffaroni,

¹³⁰ Ob.cit., págs. 50/51.

¹³¹ Ob.cit., pág. 89. Sobre el apartamiento del principio del hecho, dice más adelante: “...la manifestación técnico-jurídica más destacada de la función divergente de la pena del Derecho penal del enemigo: la incompatibilidad del Derecho penal del enemigo con el principio del hecho... Si se examina... en el Derecho penal español relativo al terrorismo después de las últimas modificaciones legislativas... la amplia eliminación iuspositiva de las diferencias entre preparación y tentativa, entre participación y autoría, incluso entre fines políticos y colaboración con una organización terrorista, difícilmente puede parecer exagerado hablar de un Derecho penal de autor: mediante sucesivas ampliaciones se ha alcanzado un punto en el que “estar ahí” de algún modo, “formar parte” de alguna manera, “ser uno de ellos”, aunque sólo sea en espíritu, es suficiente. Sólo así puede explicarse que en el Código Penal español de 1995... se haya introducido la figura del “terrorista individual”, una tipificación que no cuadra de ningún modo con la orientación de la regulación española en este sector, estructurada en torno a la especial peligrosidad de las organizaciones terroristas” (págs. 105/106).

¹³² En Jakobs-Cancio, ya citado, págs. 100/101.

¹³³ Ob.cit., págs. 103/104.

Alagia y Slokar. En efecto, afirman que esta resulta inadmisibles porque: “(a) históricamente se verifica que el derecho penal autoritario siempre se introduce como excepción y luego se generaliza y ordinariza. (b) No es posible distinguir nítidamente entre la pena que contiene y la que se pretende que cumple cualquier otra función. (c) Que cunda en la actualidad una legislación penal autoritaria no significa que deba legitimársela y aceptársela sin resistencia jurídica. (d) El derecho penal del enemigo tiene una marcada raigambre antiliberal, que entronca con la teorización política del mejor jurista del nazismo, Carl Schmitt. (e) En lo penal también evoca la legislación nazi sobre “extraños a la comunidad”, proyectada por Edmund Mezger que pretendía internar a todos los disidentes en campo de concentración. En síntesis, Jakobs trata de construir un derecho penal especial (del enemigo) compatible con un estado de derecho, pero no lo logra, pues toda teorización en tal sentido es por esencia autoritaria”¹³⁴.

En concordancia, Zambrano Pasquel sostiene “que hay que evitar la presencia de un derecho penal autoritario y abusivo, pues sus efectos son de pronóstico reservado y conllevan un ejercicio abusivo del poder de definición que en un momento determinado tiene quien o quienes dirigen el Estado, que pueden liquidar a sus opositores con la manipulación de un derecho penal de la emergencia. Personalmente nos parece tan repudiable el abuso en las cárceles en Iraq que constituyeron una vergüenza para la humanidad por la ausencia del respeto mínimo a la persona y a su dignidad, como lo que ocurre con los presos en la base militar de Guantánamo que es la cárcel del enemigo...”¹³⁵. La situación de Guantánamo (así como las denuncias de los casos de maltrato y tortura de Abu Graibh) viene siendo objeto de preocupación internacional desde su misma instalación, con tardía repercusión judicial en Estados Unidos, donde el tema realmente no está internalizado en la conciencia popular. La escritora Susan Sontag, lo reflejó con claridad al responder a la pregunta sobre si “¿hay conciencia en EEUU de los abusos que se cometen contra los prisioneros de guerra de Guantánamo? Claro que no. Esto preocupa a una minoría de personas. Son nuestros enemigos, a nadie le preocupan las libertades civiles de nuestros enemigos. Pero esto es de sentido común. En ninguna parte del mundo les importa...”¹³⁶. A su vez, Jakobs, al preguntársele por el trato que reciben los prisioneros de Guantánamo, señaló que “En las primeras ocho semanas después de su captura podía existir cierta justificación internacional sobre el rigor con que debía tratarse a esos prisioneros, porque, entre otras cosas, había que identificarlos y los servicios secretos de Estados Unidos tenían que ver cuán peligrosos eran. Pero ahora que han pasado varios años desde los atentados a las Torres, es inadmisibles que se haya mantenido la misma situación sin haber cambiado el status jurídico de los propios sujetos”¹³⁷.

No puede soslayarse, como resalta Zaffaroni, que cuando nos encontramos con una ley que permite detenciones indeterminadas sin proceso, invasión de la privacidad sin control judicial, tribunales militares secretos y expulsión del territorio, mantenimiento de presos como en los lugares antes citados, lo que se va configurando es “un sistema penal paralelo semejante al montado en nuestras dictaduras de seguridad nacional de los años setenta con pretexto de situaciones de emergencia y en el que se hizo u uso continuo de las

¹³⁴ Ob.cit., págs. 268/269.

¹³⁵ Alfonso Zambrano Pasquel, “Derecho penal del enemigo y amparo de libertad”, trabajo publicado en la página web (website) del autor: www.alfonsozambrano.com. En similar consideración agrega lo que ocurre “en las cárceles cubanas con los presos de conciencia, que son para el régimen de Fidel Castro el enemigo”.

¹³⁶ Nota publicada en la revista “Viva”, entrega dominical del diario “Clarín”, ejemplar del 18/1/04, pág. 25. El mismo diario efectuó una profunda investigación especial presentada en tres notas publicadas los días 14, 15 y 16 de diciembre de 2003 bajo el título “Guantánamo. Los prisioneros de Buch”. En ese momento los alojados allí sin derecho a juicio ni abogado, eran 660 personas de 44 nacionalidades acusadas de actividades terroristas. El heterogéneo grupo incluía desde tres chicos de entre 13 y 16 años, hasta un anciano de más de 100 años, Mohamed Hagi Fiz, apresado en hospital de Uruzgán (Afganistán), confinado durante más de un año en el llamado campo “Rayos X” durante más un año, hasta que fue devuelto al hospital donde lo capturaran.

¹³⁷ Nota periodística en el diario “La Nación”, antes mencionada.

*propias disposiciones de excepción de las constituciones. La denuncia de viajes y transportes secretos de presos comienzan a configurar el sistema penal subterráneo*¹³⁸.

7. Protección de datos, comunicaciones y su tratamiento en el marco del “enemigo terrorista”

El ámbito del procesamiento de datos sensibles, personales y las comunicaciones telemáticas es uno de aquellos donde, sobre todo a partir de la actividad terrorista que fuera detallada, se ha puesto la vista desde una doble perspectiva: como objeto de ataques de tal naturaleza y, a la vez, como objeto de incremento de la injerencia estatal con fines preventivos. La primera perspectiva cristaliza en proyectos que incluyen a los ataques mediante interferencias a sistemas de comunicación o información como acciones delictivas incorporadas dentro del elenco de conductas terroristas¹³⁹. La segunda, en que se trata de uno de los ámbitos donde es más fácil hallar ejemplos respecto de este derecho penal de la tercera velocidad o del enemigo. La política con relación a las comunicaciones por correo electrónico, así como a las encriptaciones y la navegación en la red en general, que implementara Estados Unidos –con reflejo en varios países de Europa–, en un fenómeno de comunión en la idea de dejar en manos de las agencias de prevención y seguridad la intimidad de todos, sin control judicial previo, es claramente demostrativa de ello (puede citarse a modo de simple ejemplo, los ya conocidos casos de los sistemas llamados “*Carnívoro*” y “*Echelón*” para monitorear los millones de mensajes que pasan por distintos servidores de la red).

Puede anotarse que en julio de 2005, pasadas 24 horas del segundo ataque en Londres (“21-J”), la Cámara de Representantes del Congreso de Estados Unidos aprobó la vigencia definitiva de la polémica Ley Patriótica de 2001, salvo un par de previsiones, las más controvertidas, para las que se estableció que caducarán en diez años (se trata de la posibilidad estatal de indagar los archivos médicos, financieros y bibliotecarios de cualquier ciudadano sin necesidad de fundamentarlo con motivos suficientes, así como la facultad de varias agencias de seguridad de requerir a la justicia órdenes de intervención de líneas telefónicas y páginas de Internet de sospechosos bajo similar parámetro, en audiencia secreta y sin habilitar derecho de defensa del acusado). Así, el período original de vigencia cuatro años, de ser aprobada la iniciativa por la Cámara alta, con relación a este orden de facultades quedará extendido hasta 2015¹⁴⁰. La gravedad de los hechos que se utilizan para legitimar este orden de injerencia estatal sin control judicial, no debe hacer que se pierda de vista que buscando al “enemigo”, quienes terminan siendo el objeto sobre el que aquella se despliega no son otros que los “ciudadanos”. En definitiva, estos reciben una afectación en su privacidad que difícilmente pudiera calificarse como la correspondiente a quienes merecen ser designados como tales.

¹³⁸ En su obra “*El enemigo...*”, ya citada, pág. 148.

¹³⁹ Criticando con acierto la generalidad de la descripción “*Ataques mediante interferencias con sistemas de información*”, que no designa un tipo preciso de delito sino una conducta susceptible de ser castigada de acuerdo con distintos tipos delictivos, García Rivas señala que este orden de incorporaciones dotan de ambigüedad a propuestas de armonización de una definición de “terrorismo”. En concreto, la “Propuesta de Decisión Marco sobre la lucha contra el terrorismo” de la Comisión Europea (2001), incluye tal descripción en su listado de delitos previstos bajo la letra “j” (trabajo citado, punto IV, nota al pie 29).

¹⁴⁰ Fuente: diario “La Nación”, ejemplar del 23/07/05, pág. 3

No debe olvidarse con relación a la Patriot Act que, si bien el Tribunal de Vigilancia de Inteligencia Extranjera (que tiene jurisdicción sobre la vigilancia gubernamental) había cuestionado las amplias facultades otorgadas en materia de intervención de comunicaciones telefónicas e interceptación de mensajes de correo electrónico, la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia revocó el decisorio, informando la demandante ACLU su intención de llevar el caso ante la Corte Suprema¹⁴¹. Por suerte, como apunta Zaffaroni, los máximos tribunales de los propios países centrales (por caso, EEUU e Inglaterra), aún conservan poder suficiente para señalar el desvío que este tipo de instrumentos legales tiene respecto de las tradiciones liberales y humanistas¹⁴². Así, han cuestionado alguna de estas medidas con criterio que viene, a su vez, asumiéndose por las instancias inferiores¹⁴³.

Ya se dijo que numerosos países europeos orientaron sus proyectos y leyes post atentados en similar dirección. Recuerda Portilla Contreras que, en Francia, el proyecto de ley de 31 de octubre de 2001, n° 718, sobre seguridad cotidiana, no sólo incrementaba el poder policial de intervención en la esfera de la libertad personal de los ciudadanos, sino que también ha extendido la competencia estatal en el control de las comunicaciones entre presuntos terroristas. En el capítulo 5°, precisa que se puede hacer uso de las nuevas tecnologías de la información y de comunicación durante un período de tiempo que comprendía el 31 de diciembre de 2003. En caso de que existan sospechas de terrorismo u otros delitos muy graves, se concede la facultad a la autoridad policial para la conservación de los datos que poseen los proveedores de Internet mediante la puesta a disposición de la autoridad de los códigos necesarios para descifrar las comunicaciones (art. 29)¹⁴⁴. Se ha mencionado antes las iniciativas similares luego de los atentados en Londres.

A su vez, en el caso del Reino Unido, tratando de evitar lo que por su inmediatez semejaría una crónica periodística, es un dato relevante que ya la *Anti-terrorism, Crime and Security Bill* de 2001 había modificado la Ley antiterrorista de 2000. En el marco de las medidas para el control de las comunicaciones incluye en la sección cuarta de la parte tercera la permisión del acceso policial a la información de las agencias implicadas en investigaciones y procedimientos penales, autorizándose el control de los archivos que se encuentran en cualquier Departamento gubernamental, no necesitando la policía una base razonable para pensar que el archivo de que se trate contiene elementos que demuestran el delito, sino que basta la simple sospecha, no requiriéndose control previo judicial. La parte undécima posibilita asimismo el control de los datos de las comunicaciones¹⁴⁵.

Lascano recuerda que, con el pretexto de la denominada “guerra contra el terrorismo”, el senador Pichetto presentó el 11 de setiembre de 2002 un proyecto ley que, como pretende el gobierno norteamericano, asigne un rol a las Fuerzas Armadas. En cuanto a las provisiones estrictamente vinculadas con nuestro tema, el art. 8° elimina la prohibición contenida en la ley de Inteligencia para obtener información, producir inteligencia o **almacenar datos** sobre personas, por el solo hecho de su raza,

¹⁴¹ Fuente: Boletín de Derecho Informático de Editorial DEc., Legislación, N° 3, agosto de 2002, disponible en el sitio web www.edec.iespana.es. Diario *Clarín*, ejemplar del 15/12/02, sección Política Internacional, p. 28. Versión digital del diario *Clarín.com*, edición del 13/2/03, año VII, N° 2510. Diario Judicial, sección Noticia del Día, 18/11/02.

¹⁴² Cf. su obra “*El enemigo...*”, pág. 64.

¹⁴³ Informan los medios que, en estos días, la jueza de federal de Detroit, Anna Diggs Taylor, admitió una denuncia de la ACLU y ordenó interrumpir de forma inmediata las escuchas telefónicas sin autorización judicial, por entender que violan los derechos a la libertad de expresión y a la intimidad de los ciudadanos, a la vez que quebranta el régimen de separación de poderes consagrado por la Constitución estadounidense (fuente: diario “La Capital”, Mar del Plata, ejemplar del 18/8/06, pág. 14).

¹⁴⁴ Trabajo citado, pág. 52.

¹⁴⁵ Cf. Portilla Contreras, pág. 54.

fe religiosa, acciones privadas u opinión pública, o de adhesión o pertenencia a organizaciones partidarias, sociales, sindicales, comunitarias, cooperativas, asistenciales, culturales o laborales, así como por la actividad lícita que desarrollen en cualquier esfera de acción. A su vez, el art. 10º suprime la inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas, postales, de telégrafo o facsímil o cualquier otro sistema de envío de objetos o transmisión de imágenes, voces o paquetes de datos, así como cualquier tipo de información, archivos, registros y/o documentos privados o de entrada o de lectura no autorizada o no accesible al público. En este marco, el Sistema de Inteligencia Nacional podría en forma reservada o secreta, buscar, observar, examinar, tomar fotografías, grabar, copiar documentos, descargar o transmitir archivos de computación, escuchar y realizar toda otra acción relacionada con la naturaleza específica de cada comunicación, sin necesidad de recurrir a la Dirección de Observaciones Judiciales, que es por ahora el único órgano estatal encargado para ejecutar las interceptaciones de cualquier tipo autorizadas u ordenadas por la autoridad judicial competente¹⁴⁶.

Las iniciativas y legislaciones vigentes que, a modo de ejemplos, se fueran detallando terminan, sin dudas, dando razón a opiniones como la de Ploskenos, cuando en términos similares a los que aquí se han expuesto, sostiene que: *“Así, el discurso del derecho penal moderno es utilizado perversamente para refrendar el uso ilegítimo de la violencia estatal, materializada en legislaciones de excepción. Excepcionalidades que, a su vez, ya dejan de serlo para pasar a formar parte orgánica del diseño normativo de los estados. Acaso debería abandonarse la hipocresía al respecto y develar que se está legislando para el enemigo, en forma normal y no temporal... es importante destacar el impacto jurídico que ha provocado el 11 de setiembre de 2001 en el dictado de normativas excepcionales. Y se alude a un impacto jurídico, debido a que el posterior desarrollo legislativo interno y externo efectuado por las distintas naciones puede conducir a la afirmación de que se ha iniciado una nueva cultura de la emergencia, ubicada en los albores del siglo XXI, con nuevos desarrollos informáticos y tecnológicos que permiten incrementar el nivel de eficacia de la misma. Porque de eso se trata todo, mayor eficientismo penal en la persecución del enemigo. Este eficientismo penal constituye una nueva forma de derecho penal de la emergencia, degeneración que ha acompañado siempre la vida del derecho penal moderno”*¹⁴⁷.

8. A suerte de colofón

Como afirma Luiz Flávio Gomes, las transformaciones que ha sufrido el derecho penal tradicional lo han dejado *“irreconociblemente deformado”*, sintetizando su crítica en la enumeración de los *“siete pecados capitales del Derecho penal en la era de la globalización: 1) hipertrofia irracional (caos normativo); 2) instrumentalización (del Derecho penal); 3) inoperatividad, selectividad y simbolismo; 4) excesiva participación de la tutela penal (prevencionismo); 5) descodificación; 6) desformalización (flexibilización de las garantías penales, procesales y ejecucionales) y 7) prisionización (explosión carcelaria)”*¹⁴⁸

Hemos visto como un producto del momento político-criminal en el mundo globalizado al *“derecho penal del enemigo”*. La pregunta por si debe ser aceptado como inevitable segmento instrumental de un DP moderno (propuesta de Jakobs), se contesta negativamente desde diversos marcos teóricos. Así, puede recordarse la negativa de Cancio porque: 1) es políticamente erróneo o inconstitucional; 2) no

¹⁴⁶ Ob.cit., PPS, págs. 202/203.

¹⁴⁷ En su trabajo ya citado, punto 4.

¹⁴⁸ Trabajo citado, pág. 220.

contribuye a la prevención policial-fáctica de delitos. Incluso, dice Cancio, en un análisis previo, interno al sistema jurídico-penal en sentido estricto, la pregunta *¿el Derecho penal del enemigo (fácticamente existente) forma parte conceptualmente del Derecho penal?*, tiene respuesta negativa. Ello, por dos diferencias estructurales: 1) el derecho penal del enemigo no estabiliza normas (prevención general positiva), sino demoniza determinados grupos infractores; 2) en consecuencia, no es un derecho penal de hechos sino de autor¹⁴⁹.

Carlos Parma, por su parte, sintetiza su crítica diciendo: *“El derecho penal del enemigo, por más apariencia “real” que tenga debe ser rechazado. Rompe con el principio de igualdad y de humanidad. Hay que declararse: enemigo del derecho penal del enemigo”*¹⁵⁰. En su opinión, cuando Jakobs dice que el Derecho Penal del enemigo sólo se puede legitimar como un Derecho Penal que rige excepcionalmente, esto puede entenderse, pero no es real. El posmodernismo hace de la excepción la regla y no debe olvidarse que el estado de excepción se presenta como una forma legal de lo que no puede tener una forma legal¹⁵¹. Tampoco que, debido a la marcada preponderancia de supuestas razones de *eficiencia* (presentadas como razones de Estado), en el derecho penal de la emergencia hay una total despreocupación por las garantías personales, por lo que siempre es antiliberal y antigarantista, que es exactamente lo contrario al derecho penal propio de un Estado de Derecho (al igual que el derecho internacional humanitario)¹⁵².

Cuando en estos tiempos se discute acerca del “enemigo”, no debe olvidarse, como enseña Zaffaroni, que *“El verdadero enemigo del derecho penal es el estado de policía, que por su esencia no puede dejar de procurar el absolutismo”*. Es innegable el avance del autoritarismo a escala global en materia penal y que esto pone en crisis los estados de derecho, pero no debe caerse en una actitud pesimista, *“dejándose llevar por el espíritu del tiempo (el Zeitgeist) y aceptarlo, (hacerlo) es permitir que el derecho penal se deteriore degradándose a discurso legitimante y reduzca su contenido pensante... Si el estado de policía logra derribar una barrera, será necesario construir otra más fuerte, y si derriba muchas o incluso todas y con ello provoca el derrumbe del estado de derecho, ni siquiera en tan desgraciada circunstancia le será lícito al derecho penal abandonar su esencia de discurso de resistencia, pues antes o después el estado de derecho renacerá”*¹⁵³

Cerrando esta trabajo, queremos destacar que podría parecer, a primera vista, que todas estas referencias a problemáticas vinculadas a la cuestión terrorista no guardan demasiada relación con el enfoque sugerido como “De Haedo a París”. Sin embargo, ocuparnos brevemente sobre las modalidades y fundamentos sobre los que se articula una importante expansión del control social, así como los antecedentes sobre sucesivos cambios de “enemigo” que lo justifican (antes y ahora)

¹⁴⁹ Ob.cit., págs. 97/100. Una interesante observación formula Lascano en torno al término “demoniza” o expresiones similares (“demonizar”, usada por Jakobs). Señala que mientras para Cancio en el paradigma de Jakobs la “demonización” de cierto grupo de infractores, entendida en el sentido pseudo-religioso de “atribución de perversidad” a “malhechores archimalvados”, constituye una característica estructural del Derecho Penal del Enemigo que lo distingue del Derecho Penal de la “normalidad”; para Jakobs dicha expresión es usada para descalificar la crítica al Derecho Penal del Enemigo, en especial, la que pone énfasis en su encasillamiento como Derecho Penal de Autor (en su trabajo *“La demonización...”*, ya citado, pág. 229).

¹⁵⁰ Ob.cit., pág. 43.

¹⁵¹ Ob.cit., pág. 21.

¹⁵² Ob.cit., pág. 25.

¹⁵³ En su obra *“El enemigo...”*, ya citada, págs. 171/173.

habilitando un uso extraordinario del Derecho Penal, en el marco de un proceso de globalización en el que la nota de exclusión de los “localizados” por los auténticamente “globalizados” se acentúa, junto al proceso de concentración de recursos inequitativamente en manos de estos últimos y en detrimento de los primeros, debiera servir para, al menos, anticipar y buscar vías tendientes a evitar que la futura mutación de “enemigo” sea de “terrorista” a “localizado” (según diría Bauman) o “excluido”.