

¿LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA COMO FUNDAMENTO DE UN DERECHO PENAL DE ENEMIGO O DE AUTOR?

*Roland Hefendehl**

I. EL ESCENARIO AMENAZANTE DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

Qué es la criminalidad organizada, nadie lo sabe. Sin embargo, en este aspecto prevalece una unanimidad de criterios en tres puntos: la criminalidad organizada existe, ella es peligrosa y por lo tanto debe combatirse. Ahora bien, si no podemos circunscribir exactamente la criminalidad organizada, de ello se deriva entonces que los pronósticos acerca de su peligrosidad sólo pueden determinarse vagamente. Por esta misma razón, la pregunta acerca de cuál debe ser la manera de combatirla cae igualmente en el ámbito de lo indeterminado.

Puede ser sintomático que aquello que puede leerse sobre la criminalidad organizada en un manual alemán, claramente conocido por esto, no parece estar muy cerca de la criminología crítica¹: uno lee sombrías historias sobre la mafia, la camorra o las tríadas chinas, y también informes sobre la extensa actividad que organizaciones similares desarrollan en Alemania desde tiempos remotos. En cuanto a las estrategias de combate –el hecho de que se utilice esta expresión marcial no es ninguna casualidad–, se reclama la imposición de las condenas propias del Estado de Derecho, y se enuncia con mayor o menor ingenuidad la aplicación de más estrategias preventivas y repre-

* Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Económico y Criminología en la Universidad de Dresden, e-mail: [hefendehl@jura.tu-dresden.de].

1. SCHWIND. *Kriminologie*, 14.^a ed., Heidelberg, 2004, § 29.

sivas. Algo constante es la exigencia de reformar la sanción de las organizaciones criminales (§ 129) en el sentido del *Raceteer Influenced and Corrupt Organizations Statute* (RICO)². Poco a poco crecen las dudas acerca de si las estrategias de combate y los conceptos político-criminales norteamericanos son una roca firme.

Mientras en este aspecto se trata sobre todo de reflexiones criminológicas, junto a ellas se plantea también el problema de la relevancia que ellas tienen desde el punto de vista de la política criminal y de la dogmática: probablemente no queremos conformarnos, frente a este amenazante escenario, a perseguir injustos merecedores de pena manifiestos. Para ello nos vemos obligados de antemano a definir si estamos sólo frente a actitudes peligrosas para los bienes jurídicos o frente a organizaciones que los ponen en peligro. Si además de ello nos hacemos conscientes de que estas organizaciones, a su vez, están constituidas por personas, entonces de pronto se plantea la pregunta: ¿debemos revisar el derecho penal del hecho, que celebramos como una conquista del Estado de derecho y del pensamiento liberal? ¿Tenemos que tomar ahora el camino del así llamado derecho penal de enemigo³, que ha sido delineado por JAKOBS? Si es así, entonces ahora deben combatirse los individuos que con su conducta (p. ej., en el caso de delitos sexuales) o que con su forma de vida (como en el caso de la criminalidad llevada a cabo con medios económicos o alcohólicos) o que por medio de su adscripción a una organización (en el caso del terrorismo o de la criminalidad organizada) supuestamente por un tiempo prolongado han decidido apartarse del Derecho y de este modo, se han burlado de él, como personas que pueden ahora contar con un Derecho Penal que les es específico. Con esto no se trata primeramente de un asunto de Derecho Penal, sino de la eliminación de un peligro: la punibilidad se anticiparía ampliamente al campo de los actos preparatorios, y la pena validaría el aseguramiento frente a hechos futuros. Lo que hoy se entiende de manera evidente bajo el concepto de delincuente cotidiano, es decir, como un individuo que no es peligroso, sino como una persona que actúa incorrectamente y que debe ser tratada como tal, se transforma en un agente que pertenece a una organización y al final en un terrorista⁴.

II. EL INTENTO DE UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

A. Por qué el concepto de criminalidad organizada debe ser precisado con mayor exactitud, es algo que ya se ha aclarado. Independientemente de que esta idea funcione también como un concepto de lucha en el campo de la política, con el que se ha forzado la introducción de reformas legislativas en el Derecho Penal y Procesal Penal, existen leyes que literalmente se refieren a la etiqueta de criminalidad organizada y de su lucha. Este es el caso de la ley sobre la lucha contra el comercio ilegal de

2. Sobre la posibilidad de extrapolación sólo limitada, cfr. FEDERLE, en *ZStW* 110, 1998, pp. 767 y ss.

3. Sobre este punto desde la perspectiva colombiana, cfr. APONTE, *Krieg und Feindstrafrecht*, Baden-Baden, 2004.

4. JAKOBS, en *HRRS* 3/2004, 88, 92.

estupefacientes y contra otras formas existentes de criminalidad organizada de 1992⁵ o la ley para el mejoramiento de la lucha contra la criminalidad organizada de 1998⁶. Junto a ellas también la ley de lavado de dinero de 1993⁷, la ley de lucha contra el crimen de 1994⁸, así como la ley sobre la lucha contra la corrupción de 1997, se dirigen sin lugar a dudas contra la criminalidad organizada. Sin tener una idea del objeto del que hablan estas leyes, es decir, la criminalidad organizada, es imposible llevar a cabo una interpretación teleológica de las mismas.

B. En el diccionario criminalístico⁹ se encuentra una definición según la cual la criminalidad organizada implica la práctica de actividades criminales emprendidas como un negocio y desarrolladas de una manera duradera, y llevadas a cabo por grupos estructurados, que las planean en el ámbito nacional e internacional, para alcanzar grandes ganancias o para adquirir influencia en diversos ámbitos de la vida pública. Por su parte, el Parlamento alemán ha señalado que acepta la siguiente definición operativa¹⁰: por criminalidad organizada debe entenderse cierto tipo planeado de comisión de delitos, que pretende alcanzar poder o la obtención de ganancias, delitos que de manera singular o en su conjunto son de notable significado, y que se llevan a cabo por varios implicados durante un tiempo largo e indeterminado, y que actúan: a. Mediante la utilización de estructuras de tipo empresarial; b. Mediante el uso de la violencia o de otros medios idóneos para la intimidación, o c. Mediante la búsqueda de la influencia política, en los medios de comunicación, en la administración pública, la administración de justicia o la economía. En la literatura también se alude en parte a una lista de indicadores de la criminalidad organizada¹¹, que incluyen, entre otras, las siguientes propiedades: la unión articulada durante largo tiempo de por lo menos tres personas, que conforman una comunidad de intereses solidaria, orientada a la consecución de ganancias; tener una estructura organizacional caracterizada, por una parte, por un estilo de dirección determinado, por la disciplina de sus miembros, pero también por la amenaza que existe sobre su seguridad, o, por otra parte, por ser una red de delincuentes con un estilo de dirección flexible, un modo de proceder planificado en donde cada cual tiene adjudicado su trabajo, con conexiones con sociedades legales e ilegales, que son adecuadas para solucionar las necesidades de sus miembros; la existencia de nexos personales con personas o sociedades influyentes en el país, por disponer de una tecnología criminal flexible y por una diversidad de métodos delictivos de amenaza, extorsión, coacción, terrorismo y soborno activo, en la cual la violencia contra personas ocupa un papel secundario; uso consciente de la infraestructura de comunicación radial, telefónica y las posibilidades de transporte transnacional; carácter internacional y movilidad.

5. *BGBI.* I, p. 1302.

6. *BGBI.* I, p. 845.

7. *BGBI.* I, p. 1770.

8. *BGBI.* I, p. 3186.

9. BURGHARD, HEROLD y HAMACHER. *Kriminalistik-Lexikon*, Heidelberg, 1984, p. 172.

10. Así aparece en la fundamentación de la ley de criminalidad organizada el 15 de julio de 1992: BT-Drucks, 12/989, p. 24.

11. KAISER. *Kriminologie*, 3.ª ed., Heidelberg, 1996, § 38 n.º al margen 16.

C. 1. De momento podemos quedarnos en estos tres diversos intentos de definición y observar que ellos son insuficientes y arbitrarios. Por esta razón, con base en ellos parece imposible poder delimitar el campo de la criminalidad organizada, y separarlo de aquellos ámbitos que deberían circunscribirse a la criminalidad “normal”. La criminalidad no planificada y espontánea, perpetrada por un máximo de dos personas, no estaría comprendida con seguridad por estas definiciones. Esto ha sido expuesto por HASSEMER, en el sentido de que con ello no se trata necesariamente de un aumento cualitativo sino cuantitativo del crimen¹².

2. Si nos ubicamos –como lo hace la definición más amplia de criminalidad organizada– en la característica de la forma de actuar profesional o propia de los negocios, entonces tendremos que estar de acuerdo en que estas prácticas de negocios ilegales deben ser consideradas como inmanentes a la sociedad: se trata de expresiones de un anhelo de obtener un provecho reconocido socialmente, que por lo general es liberador de ciertas carencias sociales y que por lo menos parcialmente resulta de un déficit de bienestar, es decir, injusticia social.

La implementación de fines por medios violentos y el mantenimiento de estructura, por otra parte, deben valorarse sobre todo como una consecuencia de la criminalización: en este campo no es posible la celebración de contratos o la posibilidad de acudir a instancias estatales de arbitrio, como está previsto en el mundo de las sociedades legales.

Tampoco la influencia sobre algunas instancias del Estado puede considerarse como una característica particular de las organizaciones ilegales. En estas organizaciones se desarrollan prácticas legales que, a causa del peligro que representan para la democracia y el Estado de Derecho, no pueden valorarse de una forma menos severa. El *lobby* político que desarrollan las empresas o las amenazas de actuar en caso de que no se cumplan las exigencias no están muy lejos del potencial para causar daños a la sociedad que se derivan de la corrupción tradicional.

3. Es impresionante constatar lo difuso, así como siempre vagas definiciones de la evasiva situación, cuando uno pone la mirada en el informe “Organisierte Kriminalität” Alemania 2002. Como consecuencia se tiene sólo la siguiente alternativa: a. Definir la criminalidad organizada como aquélla que se caracteriza por tener estructuras profesionales o estructuras similares a las estructuras de negocios, que se utiliza en el 87% de los casos contemplados en las estadísticas criminológicas de la policía, o b. Definir estas organizaciones como aquéllas que aplican la violencia u otros medios idóneos para la intimidación, pero en este caso sólo se podría contemplar la mitad de los casos. Por último, podría utilizarse la definición más estricta, y tener en cuenta la influencia que las organizaciones tengan en la política, los medios u otras instituciones. Pero esta definición sólo cubriría el 19% de los casos¹³.

12. HASSEMER, en SIEBER (ed.). *Internationale Organisierte Kriminalität*, Köln et ál., 1997, p. 213 (215).

D. Lo que directamente se tiene ante los ojos cuando se trae a colación el concepto de criminalidad organizada es la categorización de lo llanamente organizado como algo peligroso. Esto se comprueba, por una parte, en la aplicación de la definición amplia de la criminalidad organizada, que enfatiza en la existencia de estructuras similares a las profesionales o de negocios y que, por otra parte, se refleja —lo cual es más grave— en las leyes que deben servir en la lucha contra la criminalidad organizada.

1. Una mirada a la nueva ley para la lucha contra la “criminalidad organizada” puede probar esta afirmación. Así, por ejemplo, ocurre con el § 244.a C. P., cuando se refiere a la ejecución continuada de un hurto agravado como miembro de una banda. Algo comparable es la constitución de una banda organizada profesionalmente (§ 260.a C. P.). También las nuevas competencias de investigación atribuyen a la comisión de delitos de manera profesional o acostumbrada un significado decisivo: esto ocurre en el caso del Rasterfahndung¹⁴, regulada por el § 98.a StPO (Ordenanza Procesal Penal), en la vigilancia de las telecomunicaciones según el § 100.a StPO, en la vigilancia de domicilios establecida por el inciso 1.º numeral 3 § 100.c StPO o en las investigaciones mediante agentes encubiertos, reguladas por el § 110.a StPO.

2. La igualación de una simple modalidad de actuación con su peligrosidad no es un caso aislado. Algo correlativo se encuentra, p. ej., sobre el tópico de la criminalidad en internet, que se realiza por medio de modernos medios de comunicación como el teléfono celular o el mismo internet. De este modo, un individuo juzgado en Alemania varias veces intentó en 2002 encontrar hombres que estuviesen dispuestos a dejarse matar y luego comer por él. Esto dio pie al ministro del Interior OTTO SCHILY para iniciar una lucha contra la criminalidad por internet, que amenaza a la sociedad de la información¹⁵. De lo que SCHILY no se percata es de la circunstancia de que no existe una criminalidad por internet, sino que internet constituye una plataforma adecuada para el comportamiento delictivo. La especial peligrosidad es en realidad un asunto que debe ser fundamentado, por cuanto la forma de organización de hoy día, que p. ej., comprende la posibilidad de hablar por teléfonos celulares, se revela como adecuada a nuestra sociedad y como algo deseado. En ello hay un núcleo cierto que no puede discutirse: en internet, por una parte, se constata la existencia de un especial peligro de expansión de la criminalidad, mientras que, por otra parte, también existe la posibilidad de considerar a este sistema como un mediador que real y jurídicamente es inatacable. Si se organiza el comportamiento delictivo, entonces no puede conocerse fácilmente si existe un riesgo de que se eleve la probabilidad de que existan estructuras regulares de delincuencia. Entonces debe transportarse una cierta forma

13. BKA. *Lagebild Organisierte Kriminalität 2002 Bundesrepublik Deutschland*, Wiesbaden, 2003, pp. 7 y ss.; puede consultarse en [www.bka.de].

14. Método de investigación de la policía, consistente en el cruce de informaciones obtenidas de bases de datos no ligadas necesariamente al sistema de administración de justicia, mediante métodos computacionales y utilizando diferentes criterios para determinar perfiles. (N. del T.).

15. Los medios de prensa del Ministerio del Interior publicaron una gran encuesta de la fracción del CDU/CSU en: [www.bmi.bund.de/dokumente/Pressemitteilung/ix_45332.htm].

de poder mediante la organización, y esta no debe ser sólo la expresión de una coautoría horizontal. Hace falta aún tener un aparato que facilite lograr fines criminales, con independencia de la voluntad individual de los miembros. Esto no tiene que ver con un modo de actuar similar al profesional o al de las sociedades comerciales. En mi conferencia sobre el dominio del hecho en las empresas intenté mostrar que aquí existen líneas de conexión: existe un dominio mediante organización, entonces puede tratarse aquí de criminalidad organizada en sentido auténtico.

III. LA PREGUNTA DEL POR QUÉ DE UN DERECHO PENAL DE AUTOR O DE ENEMIGO

La pregunta que se plantea es: ¿por qué el Estado se ha endurecido en el argumento de la lucha contra la criminalidad organizada por medio ampliación de medidas de afectación y atribuciones para imponer penas, que decisivamente se basan en conexiones horizontales entre los autores del delito, lo que, sin embargo, en realidad debe ser la excepción y no la regla?

A. No es nueva la interpretación según la cual el Estado debe estar esforzándose en extender sus competencias de modo preventivo sirviéndose, como vehículo, del atemorizante fantasma de la criminalidad organizada. Esta forma de interpretación, según mi concepto, es un enfoque que se fundamenta en el hecho de que no existe una definición acertada y precisa del concepto de criminalidad organizada. Pareciera ser que el legislador no ha escogido formulaciones ingenuas, que describen inequívocamente la existencia de una organización de trabajo horizontal.

B. Dos palabras claves sirven entonces como fundamentación de por qué se propaga e implementa una extensión de este tipo: la criminalidad organizada debe *combatirse*¹⁶, y esto sólo es posible si se tiene a disposición una *igualdad de armas*.

1.a. Los dos tópicos se adecuan entre sí y sugieren la existencia de un poder de actuar. Sin embargo, con su tinte marcial pierden de vista algo decisivo: con la lucha contra la criminalidad no se trata de algo distinto a un hacer inofensivo, que ha provenido de la coyuntura por la que Estados Unidos ha pasado, pero que se sitúa a años luz de nuestro ideal de búsqueda de las causas. Hoy día, lo que implica la criminalidad organizada y la delincuencia económica es la delimitación del comportamiento punible, por lo menos del comportamiento tolerado, lo cual de ninguna manera puede conseguirse con tanta agudeza como en otros campos del delito. Como ya se ha señalado, los límites del patrocinio y del *lobby* sobre la corrupción son del todo difusos. Lo que en parte se interpreta como un riesgo económico aventurado, a los ojos de otros individuos es un irresponsable juego punible con los intereses patrimoniales del inversionista. La lucha contra la criminalidad admite tan pocas preguntas como aquéllas por las causas del comportamiento delictivo, porque, como se sabe, aquella no pregunta sino que actúa. Éste es el término de una política criminal racional.

16. Sobre este tema HEFENDEHL, en *NJ* 2002, pp. 459 y ss.

b. El tópico de la igualdad de armas está llamado, a su vez, a fracasar, si se le analiza desde variadas perspectivas: es un fenómeno, que se sustrae continuamente de lo empírico así como la persecución penal, pero que, por otra parte, por lo menos hasta el 11 de septiembre, se presentó en definitiva como el escenario de la amenaza de los años 90, y que posibilita el establecimiento de una pluralidad de nuevos instrumentos de persecución, cuya idoneidad y necesidad nunca pueden cuestionarse, porque su ineficacia siempre se fundamenta con la alusión a limitaciones existentes, pero no con la afirmación acerca de la inexistencia del objeto que debe combatirse. Se trata entonces siempre de la exigencia de más armas para el Estado. Una igualdad de armas parece estar excluida por definición.

Si se echa una mirada al catálogo de exigencias, es decir: cierto grupo de delitos por medio de agentes encubiertos, vigilancia del tráfico de internet, prohibición de técnicas para encriptar; inversión de la carga de la prueba en Derecho Tributario, así como también en los presupuestos de confiscación y quiebra; centralización de la competencia para la persecución en la Policía Criminal Federal; eliminación de la autorización judicial previa para diversas autorizaciones de afectación; cooperación entre los servicios secretos y la policía –así se hace explícito que por sí misma la igualdad de armas iría acompañada con recortes en nuestros derechos de libertad, que la mayoría de las personas, con buenas razones, no estaría dispuesta a aceptar–. Por otra parte, en un Estado de Derecho de ninguna manera podría emprenderse el intento de tener las armas de aquellos que se comportan de manera antijurídica.

2. No es una casualidad que los conceptos de lucha contra la criminalidad y de igualdad de armas estén en armonía con los conceptos del Derecho Penal de enemigo. De forma vehemente e ilimitada se debe estar de acuerdo con la crítica que aquí se ha expresado en contra¹⁷. Un Derecho Penal de enemigo de estas características rompería de plano con todas las conquistas del Derecho Penal en un Estado de Derecho y es pretencioso en el sentido de que exige encontrar *enemigos en esencia*. Hay que armarse, sin poder denominar de forma selectiva y libre de dudas al peligro que pueda justificar una categoría propia del Derecho Penal del enemigo. Para ello sería necesario algo más que el *slogan* de la criminalidad organizada y el terrorismo, que JAKOBS ha utilizado, sin tener dudas en cuanto a su contenido¹⁸.

3. No como una alternativa, sino como un enfoque complementario de fundamentación, hay que interpretar aquello que debe llamarse activismo jurídico-político. La política reacciona a los escenarios de amenaza, que ella misma crea, o que los medios de comunicación atizan. Habituales son también los reportes según los cuales la criminalidad organizada se habría desbordado en nuestro Estado en una medida amena-

17. Cfr. sobre este aspecto SCHÜNEMANN, en GA 2001, p. 205, p. 210 y s.; SCHULZ, en ZStW 112, 2000, pp. 653, 659 y ss.

18. JAKOBS, en ESER et ál. (eds.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, München, 2000, pp. 47, 52 y ss.

zante, y que entonces tanto el Derecho Penal como los métodos de investigación del Derecho Procesal Penal deben ser de plano las armas más severas del Estado para defenderse. El tópico de las leyes de lucha contra la criminalidad organizada habla en esta medida un lenguaje persuasivo. En realidad, el monstruo de la criminalidad organizada, que apenas se percibe, se acomoda perfectamente a semejantes métodos. Sin embargo, está en la esquina, al acecho, en ocupaciones económicas legales. Sólo cabe preguntarse: ¿por qué nos inquieta tanto, de tal modo que exigimos medidas activas? ¿No ocurre, como ha enfatizado HASSEMER, que la gente tiene miedo de la criminalidad cotidiana y de masa, p. ej., miedo a los atracadores y a los asaltantes de viviendas, pero no temen al fenómeno de la “criminalidad organizada”?¹⁹. En este aspecto me parece que HASSEMER menosprecia el significado de la victimización propia, con lo cual también se menosprecia la circunstancia de que existe una periferia social y económica con reducidas capacidades de *coping* y que originan un miedo a la criminalidad²⁰. Aquí los medios y la política han desarrollado evidentemente todo un trabajo al atribuir a la temible “criminalidad organizada” un papel destacable en las tragedias sociales cotidianas.

IV. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICO-MATERIALES DE UNA ESTRATEGIA PENAL DE COMBATE

Las consecuencias jurídico-materiales de una estrategia penal de combate de la criminalidad de este tipo, son más gravosas de lo que uno puede imaginarse a primera vista. Ellas implican un desarrollo funesto que incluso puede llegar en su extremo, como ya se expresa en el concepto de Derecho Penal de enemigo. Esto es así, porque el enemigo no es un hecho punible, sino quien lo perpetra. Entre más eficientemente quiera procederse, entonces más lejos se estará del hecho punible y se irá en dirección hacia sus causas evidentes.

A.1. Sólo entonces, cuando se entendiase el Derecho Penal sólo desde el punto de vista de la prevención especial, podría considerarse que un desarrollo de este tipo carecería de problemas. El delito concreto sólo podría pretender ser interesante como un medio para hacer patente una determinada personalidad de autor. Lo consecuente sería actuar antes de este trasfondo, antes de la realización de actos de este tipo, es decir, evitándolos en el estadio previo.

Un Derecho Penal de autor puro, de este tipo, no puede imponerse sin resquemores que deban vencerse: sobre todo, se menciona el hecho de que no lleva consigo ningún principio de medida en relación con la pena. Lo consecuente sería detener a un condenado –también a un cleptómano– hasta que se resocialice, y en caso de necesidad incluso hacerlo para siempre, en caso de que no sea capaz de resocializarse. Por

19. HASSEMER, en *StV* 1995, pp. 483 y 488.

20. Sobre el significado de la anomia, REUBAND, en *Neue Kriminalpolitik* 2/1999, pp. 15, 18 y s.; sobre el significado de la *Coping-Fähigkeiten*, BOERS, en *MschKrim* 79, 1996, pp. 314 y ss.

el contrario, los delitos más graves pueden permanecer sin pena, si tienen un lugar en esta singular constelación de excepción. Una conducta resocializadora debería incluso tenerse en cuenta en el caso en que alguien está en inminente peligro de cometer un crimen, sin que se haya cometido hasta el momento un concreto hecho punible demostrable²¹. Más allá, las medidas deseadas de la prevención especial presuponen conocimientos exactos acerca de si en el caso del particular autor existe el peligro de una reincidencia y qué tan grande puede ser. La esperanza de tener pronósticos precisos como estos se ha diluido desde hace mucho tiempo²².

2. Aún más complicado me parece que son las dudas que provienen de la idea del Estado de Derecho y, que un Derecho Penal de autor de este tipo plantearía. La principal es, que en un proceso penal es posible aclarar con meridiana probabilidad ciertos actos, pero no la personalidad del autor. Esto se puede constatar de inmediato, si se tienen en cuenta los problemas que presenta la determinación de los momentos psíquicos como el dolo u otras manifestaciones de intención. Aquí se necesita de manera sintomática y frecuente recurrir a exteriorizaciones o enunciados de experiencia psicológica. Mientras un procedimiento de este tipo siga siendo inasible en gran medida, es casi imposible poder contar con dichos recursos que muestran si, y en qué medida, cierto hecho corresponde a la personalidad del autor. A ello hay que agregar que existen razones de principio que prohíben hacer responsable a un individuo por lo que él es y no por lo que ha hecho²³. Esto es lo que hace exactamente el Derecho Penal de enemigo en el sentido de JAKOBS.

3. También la criminología ha experimentado un desarrollo similar y está sujeta igualmente al riesgo de repetir los peligros aquí descritos²⁴. Mientras que en sus cimientos las teorías criminológicas estaban concentradas fuertemente en la persona, posteriormente el nacionalsocialismo cometió el terrible y manifiesto error y con el consecuente riesgo de abuso de tener en el foco a la persona y, con ella, a determinadas propiedades biológicas. A ello siguió una concentración en el hecho punible como tal, en el cual, sin embargo, por lo menos ciertos grupos –así el de los extranjeros o el de los jóvenes– se catalogaron como sospechosos. Un pensamiento semejante está enraizado en muchas partes, que, p. ej., hablan de *lo criminal*.

Estos cuestionables desarrollos pueden comprenderse si se observan por separado. Para ello, debe diferenciarse entre varios segmentos de evolución: por una parte, está una evolución en plena marcha, que yo quisiera denominar como la *disolución intrasistémica del Derecho Penal*. Aquí se trata siempre de una siempre creciente desatención de la conexión entre el bien jurídico y la incriminación y, junto a ello, de un alejamiento siempre mayor entre la conducta actora y el, irreconocible desdibujado,

21. ROXIN. *Strafrecht AT/I*, 3.^a ed., München, 1997, §3 Rn. 16.

22. STRATENWERTH y KUHLEN. *Strafrecht AT/I*, 5.^a ed., Köln et ál., 2004, §1 Rn. 20.

23. *Ibid.*, § 2 Rn. 23.

24. Cfr. Sobre este punto la presentación de KUNZ. *Kriminologie* 3.^a ed., Bern et ál., 2001, §§ 10 y ss.

concepto de bien jurídico²⁵. Sobre la propagación de bienes jurídicos exclusivamente aparentes, como la seguridad pública o la paz pública, se descubren estos déficits al ser desenmascarados²⁶. La figura jurídica de delitos de peligro abstracto lleva desde antaño una carga bajo la cual ha ido decayendo. El otro segmento es algo nuevo, aunque menos nuevo de lo que uno podría pensar. Este segmento, según se dice, propaga un singular Derecho Penal de enemigo, por una parte, para poder percibir las realidades, y por otra, para mantener al Derecho Penal liberal libre de las ya descritas tendencias de disolución²⁷. Refirámonos para comenzar a este primer segmento de la evolución.

B.1. Debe decirse que no se ajusta a los hechos la idea de que los delitos de peligro abstracto sean una invención de la modernidad. Por algunas buenas razones, estos delitos siempre han existido²⁸. Cuando el legislador penal a su tiempo ha sido activo –y esto lo hace mediante una meridiana frecuencia–, ha utilizado inevitablemente los delitos de peligro abstracto²⁹. Las posibilidades de la criminalización de bienes jurídicos definibles inequívocamente mediante la forma criminal del delito de lesión se han agotado desde hace tiempo. En los delitos de peligro abstracto hay ya una anticipación, porque no existe necesidad de un resultado de lesión o de peligro.

2.a. En este punto el legislador no ha permanecido quieto: junto al adelantamiento de la punibilidad del concierto para delinquir consagrada por el § 30, juega un rol importante en el debate sobre un Derecho Penal de la seguridad eficiente, el endurecimiento, o sea, la ampliación de los tipos penales que sancionan la constitución de asociaciones criminales, o bien, terroristas (§§ 129 y ss. C. P.). El bien protegido no es aquí, correctamente entendido, la seguridad pública o la paz pública, sino los bienes jurídicos protegidos respectivamente en la parte especial del Código Penal³⁰. El § 129 contiene, según la interpretación que aquí se defiende, un adelantamiento general de la protección penal en el estadio de la preparación y, en este sentido, presenta un parentesco con el § 30. La justificación político-criminal y constitucional debe resultar de la particular peligrosidad de las asociaciones criminales, que en primer lugar desmontan factores individuales de impedimento, y, en segundo lugar, mediante su estructura facilitan la comisión de hechos punibles proyectados³¹.

25. También JAKOBS describe acertadamente este fenómeno en *ZStW* 97, 1985, pp. 751 y ss.

26. HEFENDEHL. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln et ál., 2002, pp. 288 y ss.; íd., en HEFENDEHL et ál. (eds.). *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden, 2003, pp. 119, 124 y ss.

27. Cfr. sobre este punto JAKOBS, en ESER et ál. Ob. cit., pp. 47, 50 y ss.

28. Cfr. HEFENDEHL. Ob. cit., pp. 209 y ss.

29. En el sentido de la terminología tradicional. Para otras consideraciones adicionales necesarias cfr. HEFENDEHL. Ob. cit., pp. 147 y ss.

30. RUDOLPHI. *Systematischer Kommentar*, § 129 Rn. 2, septiembre de 1998, m. w. N.; BOTTKE, en *JR* 1985, pp. 122 y 123; LANGER-STEIN. *Legitimation und Interpretation der strafrechtlichen Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen*, München, 1987, pp. 150 y ss.; SCHROEDER. *Straftaten gegen das Strafrecht*, Berlin y New York, 1985, pp. 11 y ss.; KRÜGER. *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*, Berlin, 2000, pp. 165 y ss.

31. RUDOLPHI. *Systematischer Kommentar*, § 129 Rn. 2 y s., septiembre de 1998, m. w. N.

b. Esta teoría del adelantamiento, aquí defendida, ha sido refutada, porque ella soslaya que en razón de la amenaza masiva de la generalidad, especialmente por medio de la criminalidad organizada, y también la limitación del sentimiento general de seguridad, que la mera existencia de uniones criminales genera, y con ello la restricción de la paz pública, posee una cualidad distinta a las conductas delictivas particulares³². Aquí habría un injusto independiente, a saber, el injusto de la existencia de una imagen institucional, es decir, de un sistema constituido, que no podría existir respecto de asociaciones de coautores sin una organización institucional³³.

Sin embargo, el llamado “sentimiento general de seguridad”³⁴, que no es del todo preciso, no exige tener una nueva calidad sobre la institucionalización del potencial de amenaza. El hecho de si la afectación de bienes jurídicos individuales o colectivos es más exitosa mediante una empresa o una organización que, mediante los actos de un agente individual puede tener influencia en los pronósticos acerca de en qué medida debe contarse con la reiteración de la lesión del bien jurídico. Esto juega un importante papel a favor de la interrogante acerca de la criminalización y de sus contornos, así como acerca de la medida del potencial de amenaza. No obstante, no dispensa de la necesidad de precisar el bien jurídico que quiere protegerse.

c. Estas más amplias tendencias del adelantamiento están en una relación de tensión con una de las, extendidas e indiscutibles, condiciones constitucionales mínimas que debe tener el Derecho Penal. Si se entiende la evolución de la Constitución como una respuesta decidida al tiempo del nacionalsocialismo³⁵, entonces no sólo basta vincular el Derecho Penal al concepto formal de delito contenido en el inciso 2.º artículo 103 de la Ley Fundamental. Más allá de ello, una interpretación constitucional histórica y sistemática sólo admite la idea de que una concepción del Derecho Penal sancionadora de representaciones éticas personales debería contemplarse como inconstitucional. Ella contradiría la imagen del hombre que contiene la Ley Fundamental, que hace propia una visión personal del Estado y del Derecho en la cual el Estado se fundamenta en el valor de la dignidad humana (art. 1.º Ley Fundamental)³⁶, y que se ubica en contraposición a la concepción del hombre degradado, como objeto del colectivo, que existía en el sistema nacionalsocialista³⁷. La necesaria co-

32. LENCKNER, en SCHÖNKE y SCHRÉDER. *Strafgesetzbuch*, 26.ª ed., München, 2001, § 129 Rn. 1.

33. LAMPE, en *ZStW* 106, 1994, pp. 683 y 706.

34. MÜSSIG. *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Frankfurt et ál., 1994, p. 212; Sobre el problema de la concreción del sentimiento en la psicología cfr. los comentarios de LANGER-STEIN. Ob. cit., pp. 124 y ss.

35. Así, p. ej., AMELUNG. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, 1972, p. 259; STÄCHELIN. *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, Berlin, 1998, pp. 85 y ss.; BRAUM, en Institut für Kriminalwissenschaften (ed.), 1995, pp. 13 a 21: “El ententimiento acorde con la Ley Fundamental significa que el principio del Estado de Derecho de la Ley Fundamental no puede tener nada que ver son el sistema de órdenes del Tercer Reich, de tal modo que debe considerarse como un contrapunto a las injusticias del nacionalsocialismo”.

36. MARX. *Zur Definition des Begriffs “Rechtsgut”*, Köln et ál., 1972, p. 32; cfr. también KAIFA-GBANDI, en ESER et ál. Ob. cit., pp. 261, 269 y s.

37. MAIHOFFER. *Rechtsstaat und menschliche Würde*, Frankfurt, 1968, p. 45, m. w. N.; STÄCHELIN. Ob. cit., 85 y s.

nexión entre el Derecho Penal y el Constitucional puede enunciarse de la siguiente manera: un Derecho Penal que se defina sobre la mera violación de deberes sólo puede invocarse en la “fundamentación” de la creación de una norma penal sobre la base de un rechazo contra una determinada manera de actuar, sin que tras la vulneración de la norma se evidencien consecuencias no queridas³⁸. Eso sería discrecional y tampoco encuentra ningún límite ulterior en las esferas de libertad que son protegidas por los derechos fundamentales. Es más bien la idea comunitaria³⁹ que, frente a las pretensiones y necesidades del individuo, pretende una “superioridad” incondicionada⁴⁰.

En los delitos de organización es posible ayudarse con la idea de que se remite unas condiciones que pueden comprobarse objetivamente, tal como la fundación de una asociación con un determinado fin. Aquí sin embargo ya aparece el problema. El mero acto de fundar una asociación o el reclutamiento de personas para una, es algo adecuado socialmente. Tan sólo el fin de tener, esencialmente, una perspectiva criminal es lo que hace contrario a Derecho el comportamiento. Aquí se unen ciertos problemas probatorios a la vaguedad, cuando es debido trasladar tales fines. El punto de conexión no es ya el hecho. El hecho ya no puede serlo, sino el autor, es decir, la organización de la que los autores forman parte.

3. La pregunta de qué medida puede tener esta evolución de la criminalización de las uniones organizativas se ha hecho patente en el entorno de las bandas de jóvenes, predominantemente hispanoamericanos y afroamericanos en Estados Unidos de América. Desde el final de los años 80 y el comienzo de los 90 se fortalecieron la lucha policial y jurídico penal contra las actividades de las bandas⁴¹. Desde entonces y hasta ahora es ya punible en muchos estados en Estados Unidos la pertenencia a una banda de jóvenes. Vinculaciones de este tipo se consideran *per se* como uniones criminales⁴². Con ello se soslaya que la motivación existente para convertirse en miembro de una banda puede radicar en otras razones totalmente diversas al deseo de participar en empresas delictivas. Finalmente, las bandas en Estados Unidos cumplen una importante función social para los jóvenes en algunos barrios que no se

38. AMELUNG, en JUNG et ál. (eds.). *Recht und Moral*, Baden-Baden, 1991, pp. 269 a 275.

39. SCHAFFSTEIN, en LARENZ (ed.). *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, 1935, p. 108.

40. *Ibíd.*, pp. 108 y 109.

41. Una perspectiva (incompleta) puede encontrarse en [http://ojjdp.ncjrs.org/pubs/reform/ch2_e.html].

42. Esto se hace explícito en las deficiones de banda. De este modo, el Código Penal de California, § 186.22 (West Supp. 1996), define “banda criminal de la calle” como una organización, asociación o grupo de tres o más personas cuyas actividades primarias incluyen la comisión de uno o más actos criminales serios o violentos, que tiene un nombre común o un signo o símbolo de identidad; y “cuyos miembros individual o colectivamente” están implicados en un patrón de actividades de bandas criminales. También desde el punto de vista criminológico se acentúa el lado criminal, aun cuando no esté tan fuertemente en el trasfondo como en la definición de BENNETT y HOLLOWAY (en *British Journal of Criminology*, 2004, 44, pp. 305 a 323, 306) quienes, en conexión con KLEIN, hacen explícito: “se trata de grupos basados en una fuerte identidad de bandas, niveles moderados de organización, patrones delictivos versátiles (con algunas excepciones), ampliación del comportamiento criminal con el tiempo y una variedad de estructuras”.

caracterizan ni se delimitan por su criminalidad. Dichas bandas se encargan de la organización de actividades para el tiempo libre, de la mediación para la creación de un sentimiento de pertenencia e identidad, y hasta de funciones de protección. Estas son tareas que las autoridades locales o estatales ya no asumen.

4. Es recurrente en muchas nuevas leyes que la lucha contra la criminalidad organizada debe funcionar de tal modo que su relevancia práctica lleve hasta cero las estadísticas criminales policiales. En Alemania esto es válido, p. ej., para el delito de lavado de dinero o incluso para el delito de constitución de asociaciones criminales o terroristas. El cálculo de dichas leyes es tan conocido como dudoso. Las competencias procesales creadas, que van más allá de las normas antiguas –p. ej., en la configuración de un registro domiciliario– deben representar la base para una persecución eficiente y, con ello, el descubrimiento de lo que se suponía existente⁴³. Estos fundamentos empíricos para la hipótesis de la “criminalidad organizada” se producen por consiguiente sobre todo mediante la actividad de persecución penal. Una problemática comparable se presenta en la delincuencia de tipo económico: si se parte de un elevado daño y de una cifra negra elevada, ello tiene sin embargo el efecto final de no tener un conocimiento seguro acerca de la medida de la criminalidad y de sus condiciones de realización.

Como quiera que las actuaciones policiales contra la “criminalidad organizada” se encaminan sobre todo hacia el hallazgo de asociaciones de personas y organizaciones (como propiedad esencial de la “criminalidad organizada”), el comportamiento humano en la mayoría de los casos no se verifica en espacios carentes de interacción y, por lo tanto, también la criminalidad frecuentemente tiene lugar en acuerdo con otros, la policía va a encontrar tales asociaciones. Por lo tanto, el diagnóstico de la “criminalidad organizada” es una consecuencia lógica del enfoque en el que se plantea el combate policial.

C. El ya esbozado Derecho Penal de enemigo argumenta de forma similar a una teoría puramente personal de los bienes jurídicos, con argumentos casi estéticos, que no conocen límites. Así como no puede existir un Derecho Penal que se limite a la protección de bienes jurídicos individuales⁴⁴, ya no puede excluirse del Derecho Penal ciertas anticipaciones y la personalización de “estaciones de decisión colectivas”, según el concepto de BERND SCHÜNEMANN⁴⁵. Sin embargo, todo Derecho Penal especial se pone en peligro en el peligro, primero, cuando no puede ser designado de una forma que agudamente permita distinguir quién debe caer en su ámbito y, segundo, cuando sus límites son tan débiles que pueden caer al suelo, a pesar de que se trata de Derecho Penal. Abu Ghraib y Guantánamo hablan en esta medida un lenguaje muy

43. Para el § 129, TRÖNDLE y FISCHER. *Strafgesetzbuch* 51, München, 2003, § 129 Rn. 4; para el § 261, § 261 Rn. 4 b.

44. HEFENDEHL. *Kollektive Rechtsgüter*, cit., pp. 59 y ss.

45. SCHÜNEMANN, en *GA* 1995, pp. 201 a 213.

claro, de cómo se puede observar un tratamiento especial semejante. Voces críticas en Alemania quieren, en la misma línea, establecer en Stammheimen una prisión para los terroristas de RAF-Terroristen.

RESUMEN

Es ampliamente sabido que el Derecho Penal del hecho es una conquista del Estado de Derecho soberano, que ha de preservarse. Él se enfrenta a la tarea –también por presión internacional– de actuar más allá en el estadio previo, de tal modo que ahora debe enfocarse coactivamente en las estructuras, es decir, en las personas. Los pronósticos indispensables para ello son en gran medida inseguros. Si esta inseguridad se diluye en el sentido de la máxima seguridad posible para el Estado y la Sociedad, entonces surgiría un Estado con la misma etiqueta que llevaría una orientación puramente preventiva especial del Derecho Penal: no tendría ninguna medida. Desde luego existe criminalidad organizada, desde luego existen las mafias y las redes criminales. Lo que es dudoso es si se trata con ello de algo en realidad novedoso desde el punto de vista cualitativo, o si se trata de algo que ya existía. La pregunta, formulada de otra forma, es si el tópico de la criminalidad organizada en realidad constituye un escenario de amenaza que sirva de punto de partida para la implementación de medidas de investigación de fuerte alcance y para una extensión del Derecho Penal. ¿Debe considerársele como un pretexto para el establecimiento de un Derecho Penal de enemigo y con ello para una funcionalización del Derecho Penal como arma? ¿Todo ello sin tener un enemigo cuyos contornos se definan con claridad y con unos puntos de partida que, por sí mismos, admitan una anticipación extrema del ilícito y que impliquen un elemento de pronóstico, que parece ser demasiado vago para la reacción más severa del Estado? Plantear esta pregunta, desde mi punto de vista, implica rechazarla.