



Lo ordinario y lo extraordinario en el crimen organizado

Daniel Eduardo Adler

Fiscal General Federal y Profesor de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Mar del Plata Argentina

I. Introducción.

Los distintos niveles de criminalidad organizada obligan a una reflexión acerca de la interrelación entre ellos e indagar acerca de las razones por las cuales pequeñas bandas se convierten en grandes organizaciones. El trabajo se propone describir el carácter ordinario y extraordinario del crimen organizado, conforme casos que han pasado por ante los tribunales y normas que rigen la materia.

II. Lo ordinario.

El relato complejo acerca de la criminalidad organizada tiene su contracara cuando se reflexiona sobre cómo se iniciaron estas organizaciones.

Es frecuente que la administración de justicia, enmarañada en trámites burocráticos, no remarque lo que motiva a los hombres al crimen. Las grandes organizaciones criminales comenzaron siendo pequeñas organizaciones, antes sólo bandas y previo a ello sólo asociaciones ocasionales en los cuales dos o más personas convergen para la comisión de un delito.

En el opus criminal colectivo deben rescatarse, desde un punto de vista de la exigencia jurídica internacional, ciertos componentes subjetivos. El crimen organizado se motiva en situaciones con las que la humanidad convive desde antaño. La codicia, la ira o la soberbia de las personas las lleva a la realización de conductas que tiene su correspondiente definición jurídica[1]. Sin pretensiones de taxatividad, se puede decir que, en términos jurídicos, la codicia se emparenta con el fin lucro, la soberbia al abuso de autoridad y la ira al odio. Se trata de situaciones emocionales, motivaciones o finalidades que se ubican en los elementos subjetivos del tipo penal[2] diferenciados del dolo, entendido este como aquel que tiene en su finalidad a la realización del tipo penal. Esto viene a colación porque la definición normativa del fenómeno (crimen organizado) exige para la constitución del tipo penal internacional que la organización tenga por finalidad la obtención directa o indirecta de un beneficio económico u otro de orden material. [3] Se han dejado de lado otras motivaciones subjetivas que inciden en grupos organizados, como son el odio (de incidencia como los grupos terroristas[4]) o el abuso de poder (se observa en las dictaduras).

Pero, además, para que estas acciones puedan constituir casos de criminalidad organizada la ley internacional requiere, a saber:

1. Que se trate de un grupo estructurado de tres o más personas;
2. Con permanencia en el tiempo;
3. Que las acciones que lleven adelante sean concertadas;
4. Con el propósito de cometer uno o más delitos graves[5];
5. Que las acciones sean transnacionales, esto implica que el delito:
 - a) Se comete en más de un Estado; b) Se comete dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de supreparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; c) Se comete dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o d) Se comete en un solo Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.
6. Y que tengan por finalidad obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro de orden material. [6]

Las acciones delictivas de estos grupos se invisibilizan por distintos intereses que las resguardan de las sanciones logrando impunidad. Esto es un mecanismo habitual de comportamiento para mantenerse en el tiempo y lograr beneficios materiales o de otro tipo. A ello se agrega la mirada complaciente o engañada de la sociedad que no ve en un principio peligro alguno en el inicio de estas organizaciones.

Veamos algunos ejemplos:

1. En muchas oportunidades, el delito de trata con fines de explotación sexual tuvo su comienzo en un emprendimiento para ganar dinero fácil, poniendo un prostíbulo barrial. Lo que comenzó siendo un miniemprendimiento, ante la mirada benevolente de los vecinos y autoridades se convirtió luego en una estructura delictiva compleja;
2. Los grupos de neonazis que se presentan hoy como un grupo de jóvenes con ciertas simpatías políticas, crecen indebidamente en el desprecio a sus semejantes con la mirada tolerante de la autoridad que les da cabida. Cabe recordar que los genocidios tuvieron su comienzo en estos grupos minoritarios que odian al otro, al distinto, al que piensa de otro modo, reacciones que son producto de la soberbia y de la ira;
3. Quienes trafican drogas no lo hacen gratis, sino con un claro fin de lucro que tiene su origen en la avaricia que los lleva a las acciones de lucro; muchas de estas personas comenzaron siendo consumidores, pasaron a ser traficantes y culminaron siendo traficantes, y en muchos casos no han contado con la asistencia social y estatal necesaria para evitar esa escalada de responsabilidad criminal;
4. Las dictaduras de América Latina de los años 60 y 70 tuvieron en la soberbia de algunos militares su motivación, impulsados por quienes defendiendo sus intereses, vernáculos y foráneos, engañaron a gran parte de la población y tomaron el poder por las armas. La inacción de los actores estatales, como jueces y fiscales de ese momento, consolidaron esa estructura ilegal.

Estos ejemplos, indican que las organizaciones criminales tuvieron su inicio en situaciones ordinarias llevadas a cabo por hombres ordinarios y que se mantuvieron a lo largo del tiempo con la contribución de ciertas omisiones cómplices de actores estatales que permitieron la consolidación de esa estructura ilegal.

II. Lo extraordinario.

La pregunta es por qué las acciones ordinarias de hombres ordinarios logran avanzar y desarrollarse a punto tal de conformar grandes organizaciones; cuál es el motivo para que crezcan, se ramifiquen y consoliden. Por qué lo ordinario [7] pasa a constituirse en algo extraordinario como es la macrocriminalidad organizada. No se puede descartar la policausalidad de este fenómeno. Aquí sólo se esbozará un ensayo acerca de uno de los factores que contribuye a pasar de la microcriminalidad a la macrocriminalidad organizada; lo ordinario pasa a ser extraordinario a partir de la actividad estatal, ya sea por comisión u omisión. De acuerdo a la observación empírica y las normas internacionales que rigen la materia, la ausencia de intervención de las autoridades públicas en esos casos, como agentes de promoción del bien común, resulta una causa determinante para el crecimiento de estas organizaciones.

Vayamos a los ejemplos dados.

1. Si un comisario de policía ignora que en los alrededores de su comisaría hay una casa de tolerancia, resulta inútil para su función o es un cómplice de los tratantes, y sus omisiones contribuyen a consolidar la organización criminal dedicada a la explotación sexual de mujeres y niñas pobres;
2. Cuando la autoridad no frena a los grupos que profesan odio y realizan acciones violentas, serán esos grupos quienes finalmente marquen las pautas de convivencia en las calles consolidando la organización violenta;
3. Si quienes tienen a su cargo los programas de prevención de las adicciones y quienes llevan a cabo las tareas de investigación y sanción de quienes trafican drogas no ponen su máximo esfuerzo para evitar que la salud de la población corra aún más riesgos, contribuyen a que los traficantes se consoliden en el territorio;
4. Hubo jueces y fiscales que trabajaron en las dictaduras. Hubo otros que fueron jueces y fiscales de las dictaduras[8]. Estos últimos contribuyeron a la consolidación de los golpes de estado, pues en el marco de su incumbencia institucional legitimaron la legislación dictatorial y consolidaron así las organizaciones criminales golpistas.

No todas estas omisiones contienen la misma estructura ni la misma relevancia o merecen las mismas consideraciones ni producen las mismas consecuencias. Deben distinguirse tres situaciones en relación a cómo se ubica el funcionario público en relación a las estructuras delictivas, a saber:

1. Si la omisión de la autoridad responde a la misma motivación e intencionalidad que la de los grupos (convergencia intencional), se trata de una situación de coautoría o autoría por infracción de deber, pues el funcionario en esos casos resultará un engranaje más de la maquinaria criminal. En este caso el funcionario forma parte de la organización;
2. Si la omisión del funcionario se motive sólo en un acto venal [9], allí estaremos frente a un delito autónomo de corrupción pública;

3. Si la acción se limita a una omisión irresponsable es factible que incumpla sus deberes funcionales, situación que puede constituir una falta o un delito según el caso.

Estas omisiones son las que permiten el crecimiento de las pequeñas organizaciones, las que liberan el camino para que pueden convertirse en macroorganizaciones. El que no hace debiendo hacer permite que otro haga.

Si Claudio no hubiese dejado pasar tantas cosas, Calígula hubiese sido Calígula?

El criminal más grande es un hombre al que otros hombres debieron ponerle límites cuando tenían el deber de hacerlo y no lo hicieron.

Normativamente podríamos decir que mientras al común de los hombres se les impone el deber de no dañar a otros[10], los funcionarios están obligados a evitar que los hombres comunes dañen a otros. El funcionario público no sólo no debe dañar, sino evitar el daño que puedan realizar con sus acciones dolosas o imprudentes el resto de los hombres.

Esto es lo extraordinario del crimen organizado; la participación, por acción u omisión, de funcionarios públicos que, lejos de cumplir su rol general de promover el bien común y específico de ejercer el rol institucional que les compete, permiten que estas organizaciones crezcan y se consoliden.

Este elemento de participación estatal en el delito no es descrito en la Convención de UN contra la Delincuencia Organizada Transnacional ni tampoco en las Convenciones Internacionales contra la Corrupción. [11] Sí resulta ser un elemento constitutivo de los delitos de lesa humanidad conforme el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y las exigencias de la doctrina. [12] La Corte Interamericana ha reconocido, por otra parte, que aún sin tratarse de delitos de lesa humanidad existen casos de graves violaciones a los derechos humanos que deben ser objeto de investigación y eventual sanción por parte de los Estados.[13] A su vez, la doctrina penal ha entendido y atendido, en los últimos años, la existencia de especiales deberes de parte de personas que se encuentran en determinado rol social, lo que ha dado lugar a la conformación de nuevas teorías de la autoría: las de dominio por organización y las de infracción de deber.

Este factor extraordinario, la intervención comisiva u omisiva de funcionarios del estado en la criminalidad organizada, debería ser incluido en las convenciones internacionales pues permitiría:

1. visibilizar uno de los factores que inciden en el crecimiento de la criminalidad organizada;

2. posibilitar la imprescriptibilidad de estos delitos, en cuanto la participación de agentes estatales dificulta la investigación y sanción efectiva de quienes cometen estos delitos y participan de las organizaciones; [14]

3. la correspondencia con las posiciones que se abren en doctrina acerca de la autoría por dominio de organización y por infracción de deber de los funcionarios públicos.[15]

III.3. Colofón: la necesidad de prevenir y sancionar a los autores y de reparar a las víctimas.

Se requiere evitar que estas organizaciones criminales crezcan.

La mejor prevención para evitar la criminalidad organizada es la educación en ciertos principios y valores que consolidan la conciencia social. En este punto resulta decisivo desterrar actitudes que afectan a toda la comunidad y que dan ocasión al crecimiento de las organizaciones criminales; el no te metas, el por algo será, el dejar pasar y hacer, todo ello beneficia a algunos pero no al conjunto. La ausencia de participación en los problemas comunitarios resulta funcional a quienes defienden sus propios intereses y responden a una visión egoísta desde el punto de vista de la ética social. Los dirigentes, los jueces y fiscales con los que cuenta un Estado no son superhombres, sino hombres que responden a la idiosincrasia de una comunidad determinada pues nacieron, se criaron y desarrollaron su vida en ella. Educar en la solidaridad comunitaria y en principios de justicia resulta el mejor antídoto para dejar fuera la posibilidad de crecimiento de las organizaciones criminales. Los ciudadanos conformados en estos valores difícilmente puedan ser captados por las mafias, pasar a integrarlas o resultar sus víctimas. [16]

Prevenir con la educación en los valores pero también con la efectiva aplicación de la ley. La investigación seria de los crímenes y su eventual sanción es también un modo de prevenirlos.[17] La propuesta de incluir como factor relevante la intervención comisiva u omisiva de funcionarios del estado en la criminalidad organizada va en este sentido, pues otorgarían a los operadores del sistema de justicia herramientas legales para la persecución y sanción efectiva de quienes integran las organizaciones criminales evitando la prescripción de la acción penal, visibilizando la cuestión y adaptando teorías de la autoría que permitan con mayor eficacia la cuestión.

Por último, otro modo de prevención es la reparación a las víctimas, más allá de constituir un deber legal y ético de los Estados. Quienes han sufrido los crímenes deben ser reparados, es un modo de reintegrarlos a la sociedad, de hacer ver a las mafias que sus conductas serán neutralizadas.

En síntesis, el delito, como algo ordinario e inevitable en la comunidad imperfecta de hombres, debe ser debidamente atendido por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Cuando ello no ocurre, lo ordinario se convierte en extraordinario, y se enquistan en la comunidad las organizaciones criminales. Vimos que hay modos y medios para evitarlo. El filósofo español José Ortega y Gasset dijo hace muchos años refiriéndose a mi país: "argentinos, a las cosas"; parafraseándolo hoy, en el contexto de estas jornadas podríamos decir: jueces y fiscales, vayamos a las cosas.

[1] Todo lo malo y todo lo bueno sale del corazón del hombre. "Porque del corazón provienen malos pensamientos, homicidios, adulterios, fornicaciones, robos, falsos testimonios y calumnias." Mateo 15:20.

[2] Bacigalupo, Enrique "Derecho Penal Parte General" pag. 336/7 Hammurabi. 2da Edición. Buenos Aires 1999.

[3] Art. 2 inc. b. de la Convención de UN contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

[4] Esta finalidad específica definida en la Convención y la ausencia de su enumeración entre los instrumentos jurídicos de Naciones Unidas contra el Terrorismo, me persuaden que no se ha querido incluir el terrorismo como un crimen organizado transnacional (v. <http://www.un.org/es/terrorism/instruments.shtml>). Esto se debe, seguramente, a las reconocidas dificultades para definir el terrorismo. Así lo establecen las mismas Naciones Unidas al establecer que " *La capacidad de las Naciones Unidas para elaborar una estrategia amplia se ha visto limitada por el hecho de que los Estados Miembros no han podido aprobar un convenio sobre el terrorismo que incluya una definición del terrorismo. Ello impide que las Naciones Unidas ejerzan su autoridad moral y proclamen inequívocamente que el terrorismo no es jamás una táctica aceptable, aún en defensa de la más noble de las causas.* <http://www.un.org/es/terrorism/highlevelpanel.shtml> en Acciones de Naciones Unidas contra el Terrorismo. Antecedentes.punto 157.

[5] Por "delito grave" se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave. Art. 2 inc. b. de la Convención de UN contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

[6] El art. 2 de la Convención de UN contra la Delincuencia Organizada Transnacional, define como "grupo delictivo organizado" a "un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material".

[7] La visión del delito como una conducta normal dentro de la estructura social ha sido descrita por Emile Durkheim. En Baratta, Alessandro "Criminología crítica y crítica del derecho penal" Editorial S.XXI pag. 56.

[8] Distinción efectuada en las postrimerías del Segundo Encuentro de Justicia Legítima realizada por los Dres. Jorge Auat y Mario Portela. En Tupe, Tagle y Pagano. Buenos Aires 2015.

[9] Se encuentran descriptos en las Convenciones internacionales contra la Corrupción citadas en la nota 8.

[10] El "Alterum non laedere" transmitido por Ulpiano, es uno de los principios del derecho y una regla extendida a otras ciencias. En medicina rige el "primum non nocere" atribuido a Hipócrates.

[11] Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada en Nueva York, Estados Unidos de América, el 31 de octubre de 2003 y Convención Interamericana contra la corrupción de Caracas de 1996, entre otras.

[12] Art. 7 párrafo 1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, conocido como Estatuto de Roma. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha establecido que "los ´crímenes contra la humanidad´ afectan a la persona como integrante de la "humanidad", contrariando a la concepción humana más elemental y compartida por todos los países civilizados y que son cometidos por un agente estatal en ejecución de una acción gubernamental, o por un grupo con capacidad de ejercer un dominio y ejecución análogos al estatal sobre un territorio determinado." (del voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti -consid. 13- Caso "Simón").

[13] CIDH "Bulacio vs. Argentina".

[14] La Ley 25188 de Ética Pública de la Argentina modificó el art. 67 del Código Penal interrumpiendo la prescripción de la acción penal para los delitos cometidos en ejercicio de la función pública.

[15] Con claridad ha expresado el Tribunal en lo Criminal Federal de la ciudad de La Plata al dictar sentencia en la causa "Dupuy", en la que se imputaba a los penitenciarios y médicos que durante la dictadura en Argentina desempeñaban funciones en la Unidad Penal 9 de esa ciudad: "*Qué se espera de un policía o de un guardia penitenciario o de un miembro de las fuerzas armadas? Que no torture, que no secuestre, que no mate, que cumpla correctamente su función. Así como se espera que un buen padre cuide a su hijo, que si lo lleva de excursión marítima lo vigile en vez de abandonarlo a su suerte frente al mar bravío. El rol constituye un haz de expectativas que surge de una determinada posición social, al igual que el actor representa algo que ya ha sido determinado de antemano. Los roles definen qué se espera, como dijimos, de un policía, de un médico, de un guardia penitenciario: en puridad se espera que cada uno en su función sea un centinela del bien jurídico*". V.Falcone, Roberto Atilio y Falcone, Andrés "Elevada disposición al hecho e infracción de deberes especiales en el marco del terrorismo de Estado argentino. Algunas consideraciones acerca del cambio paradigmático en post de un modelo de imputación puramente normativo" en Revista de Derecho Penal y Criminología. Mayo 2012 La Ley pag. 3/22.

[16] Francisco, Francisco "Carta Encíclica. LAUDATIO SI' Sobre el cuidado de la casa común. Tipografía Vaticana.ob. cit.&12

[17] Corte Interamericana de Derechos Humano Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras Sentencia de 29 de julio de 1988 (*Fondo*).