

EL DERECHO EN EL CONTEXTO DEL CRIMEN ORGANIZADO

Por: Alex R. Zambrano Torres



0.- El concepto de Derecho (1)(*).-

A veces los conceptos ya conocidos y establecidos como innegables son erróneos o insuficientes. Esto pasa con el concepto de Derecho, porque se lo confunde con muchas cosas: ciencia, técnica, arte, sociotécnica, leyes, normas. Por eso es necesario decir algunas ideas aclaratorias al respecto, empezando con olvidar que el derecho es un conjunto de normas o una ciencia, porque aquellos son solo los instrumentos que utiliza el derecho, pero en sí mismo, el Derecho es en concreto “un sistema de comunicación” que utiliza diversos instrumentos normativos (leyes, jurisprudencia, tradición, principios, doctrina, etc.) para lograr un equilibrio intersubjetivo al cual se le ha denominado justicia. Repetimos, el Derecho es antes que todo un “sistema de comunicación a través de instrumentos normativos o fuentes jurídicas”.

¹ Herbert L. A. Hart (1907-1992) filósofo y abogado nacido en Harrogate, Reino Unido, escribió su más celebrada obra titulada: “The concept of law”, que traducida al español sería “El concepto de Derecho”, que consta de 333 páginas en las cuales intentó explicar esta simple pero compleja pregunta: qué es el Derecho. Su libro lo subdividió en los siguientes capítulos: I. Preguntas persistentes; II. Normas jurídicas, mandatos y ordenes; III. La diversidad de normas jurídicas; IV. Soberano y súbdito; V. El Derecho como unión de reglas primarias y secundarias; VI. Los fundamentos de un sistema jurídico; VII. Formalismo y escepticismo ante las reglas; VIII. Justicia y moral; IX. Las normas jurídicas y la moral; X. Derecho Internacional. Obra toca, entre otros enfoques, de si el derecho tiene como diferencia de las demás normas (morales, religiosas, etc.) la coacción, puesto que el Derecho internacional quiebra aquel principio o fundamento, puesto que no se puede obligar a los Estados a pertenecer a un determinado régimen de derecho internacional ni imponerle sanciones como en la legislación interna se hace con los individuos - explica Hart.

La noción ¿clásica? que impone el concepto de Derecho como «un conjunto de normas» tiene sus límites en que reduce el derecho a la ley y acaso también a la jurisprudencia (a aquellos que entienden que la jurisprudencia es también una norma jurídica). Esta noción deja subsistente el problema de qué significa realmente el Derecho y cuál es su finalidad, porque si bien el Derecho tiene como instrumentos (confundidos como su ser en sí, su ser en sí mismo) a la norma jurídica, no se debe confundir norma con derecho, puesto que esta primera es solo una expresión e instrumento, no su esencia.

El Derecho entonces es “disciplina”, aquello que disciplina, o aquello que norma. Visto así, la norma es solo el instrumento que disciplina o que norma, no el derecho mismo, porque el Derecho es disciplina, o, en términos técnicos legales: «solución a los conflictos de intereses», “resolución de una incertidumbre jurídica”, en el campo civil. En el área penal, el Derecho sería aquello que previene, atiende los casos en los que se hayan cometido delitos; es decir, no se trata de sancionar al culpable, ni tampoco de que no se castigue a un inocente -aunque estas premisas y presupuestos están adheridas al sistema del Derecho penal-, sino que el Derecho penal «disciplina», «ordena» y «subordina», a los individuos y sus relaciones con los demás; así el sentido del derecho se ha confundido o extraviado en el concepto ¿clásico? de «conjunto de normas».

Luis Díez-Picazo explica esta noción, *que el Derecho sea un conjunto de normas*, es una concepción normativista, cuya consecuencia es que se entienda “el Derecho como algo que se encuentra previamente dado», «cristalizado en las normas», «orden previsto» (Luis Díez-Picazo. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Ariel. Pág. 6), y por lo tanto se buscaría el derecho en las normas y no en la solución, ni en la disciplina de la relación entre los sujetos de derecho; de aquí nuestra primera postulación: el Derecho es un mecanismo o sistema de relación intersubjetiva con carga coercitiva, en consecuencia no se activa solo para resolver problemas intersubjetivos o castigar al culpable, sino se activa cuando la

persona se relaciona con otra persona para imponer su presencia y consensualidad tácita y expresa; por eso el Derecho -con Bodenheimer- es relación regulada jurídicamente -esto para independizarlo y explicarlo como diferente a otros tipos de relación regulada como la moral, la religión, etc.-. La coerción en el derecho tiene su fundamento en la vida pacífica y segura del otro, o de los otros, que termina justificándose en la propia defensa del individuo frente a los demás y frente a sí mismo. La coerción que en un principio era mítica, religiosa se vuelve laica, es decir, no parte de Dios sino de cada individuo a través de su voluntad regulada y consensuada por medio de los sistemas de representación, como el contrato social, la democracia, el Estado de Derecho.

El Derecho desde esta óptica es un sistema de comunicación, un sistema o mecanismo de relacionarse con los demás, a fin que se armonice la libertad de los demás con la propia libertad y voluntad; idea que formulara insistentemente Emmanuel Kant; mientras que Friedrich Nietzsche concebía al Derecho como una correspondencia con el deber, y éste -el deber- es solo el derecho que los demás tienen sobre nosotros: "Nuestros deberes no son otra cosa que los derechos que los demás tienen sobre nosotros", escribía. Entonces el derecho es un deber, algo que nos relaciona con los demás. En el contexto del crimen organizado ya no se trata de una relación derecho-deber con la población de un Estado, sino con toda la humanidad; el derecho es el deber de toda la humanidad para con todos; el Derecho expande, irrumpe, incursiona, vence, trasciende todo concepto anterior al Estado Moderno, porque ya no será solo un conjunto de normas -preestablecidas- para relacionarse dentro de un determinada ámbito espacial y soberano, sino como un sistema de derecho-deber, de deberes que tenemos de protegernos primero y de proteger en ese afán a los demás, que no son solo los demás de un Estado, sino los demás de todo el mundo, de toda la humanidad; a tal nivel alcanza esto que allí donde exista una persona, ya sea en una ciudad, Estado, continente, planeta, luna, satélite, allí estará el derecho, preservando el bienestar o actuando como un

mecanismo para la defensa y autoconservación del ser humano. Paradójicamente el crimen organizado ha revelado este fenómeno global, de interacción mundial, universal, internacional, superior o que rebalsa el orden interno; puesto que el derecho en el crimen organizado no es más ya solo de orden interno (soberanía absoluta), sino de orden internacional, de orden universal (soberanía relativa), puesto que la ideación, creación, ejecución del hecho delictivo tiene ese marco: internacional, universal. Este fenómeno global, universal, por la cual todo acto por pequeño o alejado que sea afecta a todo (sistema) había sido tratado ya por la ciencia, con la *Teoría del efecto mariposa* (“el aleteo de las alas de una pequeña mariposa se puede sentir al otro lado del mundo”), la Teoría del caos; así como en la sociología con el afianzamiento del concepto de la globalización.

El Derecho en el contexto del crimen organizado apertura nuevas definiciones o redefiniciones de lo que es su propia esencia, su propia naturaleza de ser, su contenido y núcleo: el colectivo como individuo, la voluntad grupal o colectivizada como factor a regular. Por eso mismo el crimen organizado es mucho más peligroso y con efecto destructivo muy superior a los típicos delitos de orden individual del derecho penal interno, porque intervienen no solo como grupo (un número de tres o más personas en voluntad y en acción delictiva), sino porque la ubicación de los autores del delito puede estar en cualquier lugar del mundo, como por ejemplo, el hecho de cometer este delito desde una línea telefónica ubicada en lugar distinto y acaso otro continente del lugar en donde se llevan a cabo los delitos; además puede suceder que los medios e instituciones financieras, abastecimientos logísticos y hasta manipulación política que respaldan a estas organizaciones puede estar en cualquier lugar del mundo, sin importar el territorio, idioma o tipo de Estado, gobierno, entre otros factores a contemplar. Por eso la fuerza destructiva de las organizaciones criminales es evidentemente muy alta y más su vocación por expandirse, hacerse cada vez más internacional, global, universal.

El crimen organizado revela una contextura que no tienen los otros delitos comunes u ordinarios: es un delito flagrante permanente; esto es porque su tipificación y sanción es por la conducta o voluntad de reunirse para constituirse como organización para cometer delitos, es un delito de peligro, de amenaza, de futuro proyectivo, siendo que los derechos proyectivos (que pueden ser en un futuro) son, como Carlos Fernández Sessarego lo expusiera, parte integrante del ser humano, derechos innegables. Esta peligrosidad concreta con la reunión consensuada para delinquir que es en sí el hecho delictivo, hecho que es permanente, constante mientras la voluntad colectiva concertada delictiva exista, por lo que no se necesita la ejecución de los delitos sino que exista esta reunión concertada para delinquir: voluntad permanente y constante de delinquir grupalmente y organizadamente; por lo tanto, el delito de organización criminal es flagrante y permanente, mientras exista esta voluntad concertada. Esta idea la desarrollaremos dentro de nuestros postulados o teorías en un capítulo posterior.

Adelantándonos también respecto a otra teoría, diremos que el Derecho en el contexto del crimen organizado deja de ser interno para ser internacional, se convierte en un sistema normativo universal donde el abogado (2), fiscal, procurador, actor civil, tercero civil, víctima o agraviado se constituyen con nuevos elementos distintos al derecho común o derecho interno de un país, para convertirse en sujetos procesales universales o de derecho universal.

Desde otro ángulo, respecto al concepto de derecho, escribe José María Quimper: “Derecho fue originariamente un adjetivo y expresaba la línea recta, el camino más fácil y expedito entre dos puntos. Convertido después en sustantivo, el derecho es la expresión figurada de la línea recta. / Rectum

² El abogado, que significaría “el llamado para defender”, es un término e instituto jurídico superado por la profesión misma, así el juez, fiscal, procurador público, catedrático de derecho, son ejercidos por abogados, que en los primeros casos son contradictorios, por ejemplo, el juez no puede ser abogado a la misma vez, y así en el análisis; por esta condición el instituto «abogado» ha quedado superado, y las universidades deberían utilizar un nombre más amplio, que me parece es el de «jurista» (el versado en derecho o leyes)

en latín, right en inglés y recht en alemán, tienen la misma raíz. En estos tres idiomas, esas palabras significan justo, honorable, verdadero, e igual inteligencia se da a las palabras equivalentes en las demás lenguas. Así pues, la palabra Derecho, sustantivada, significa la ciencia de lo recto, de lo verdadero, de lo justo. El Derecho enseña, por lo mismo, lo que es permitido y lo que es prohibido, lo que es justo y lo que no lo es, lo que es verdadero y lo que es falso. Tal es el sentido general de la palabra.” (José María Quimper. Derecho Político. Tomo I. Centro de Estudios Constitucionales – Tribunal Constitucional. Primera reimpresión: febrero de 2017. Pág. 41).

Esta idea del Derecho concebido como línea recta no nos alcanza para definir la dimensión humana del fenómeno jurídico, porque en el mundo de la naturaleza no parecen existir líneas rectas sino curvas, puesto que la tierra está conformada, constituida como un globo, como una figura geográfica circular, así que desde la perspectiva del mundo curvo el camino más fácil y expeditivo no puede ser la línea recta, sino la línea curva. No obstante, cabe agregar que esta noción por la cual todo en la vida es *curvo*, la trae a colación, entre otros, el sabio Osho, de lo que seguiría el siguiente razonamiento: siendo la naturaleza curva solo podría ensayarse una línea recta ficticia, creada por el ser humano, que en consecuencia sería el Derecho (la línea recta). Pero la idea de que una línea recta como el camino más fácil y expeditivo no se explica por sí mismo, puesto que nadie puede asegurar que en esa línea recta todo sea fácil y expeditivo y no todo lo contrario, siendo que la definición dada no encaja ni es perfecta en su propia descripción. La noción podría reformularse como una presunción, así, se podría prescribir que el Derecho como línea recta es el camino más corto entre dos puntos, es decir, el camino más corto para resolver un problema entre dos personas. De esta forma sí encaja el texto (el derecho es una línea recta), a menos que se haya querido anteponer la idea de *curvo* a la de *recta* como dos antagonismos.

La enunciación del Derecho como la ciencia de lo recto, justo, son luego acepciones que se intentan asimilar como sinónimos en el Derecho, pero la realidad es que un objeto como línea recta no tiene que ver necesariamente con describir el Derecho sino solo como instrumento para su aplicación (el camino). Por su parte, el término justo se adecúa más a la noción de lo que es el Derecho, porque éste tiene ya en sí acoplado el concepto de justo y su definición valorativa: «justicia». De esta forma Derecho es aquello que es justo, que se encuentra «ajustado a»; así el derecho puede estar ajustado a la ley, la jurisprudencia, la costumbre, la doctrina, los principios, la voluntad popular, que se explican como fuentes, es decir, instrumentos que no solo señalan el origen del Derecho sino lo justifican; en este caso el Derecho o su aplicación está ya justificada en sus fuentes, pero éstas nacen de la necesidad.

1.- El Derecho Procesal Penal.-

El Derecho Procesal Penal es el sistema normativo adjetivo cuya finalidad es regular el ejercicio de las relaciones entre el Estado, el imputado y el agraviado, a fin de sancionar un delito, establecer responsabilidades penales y reparaciones civiles.

De acuerdo con Binder “El Derecho Procesal Penal es la forma (debido proceso) cómo se pone en “ejercicio” el Derecho Penal. Lo constituyen todas aquellas etapas, técnicas, estrategias y actos para conocer, imputar, defender, acusar, probar, excusar, sentenciar respecto a un hecho social constituido por ley como hecho delictivo.”

El Derecho Procesal penal es el sistema normativo que regular los procedimientos para determinar si existe responsabilidad penal del imputado (investigación, diligencias, pruebas, análisis, imputación, defensa, sentencia). No son las normas, sino las personas relacionadas especial y específicamente (penalmente).

2.- Tipos de proceso penal.-

Los tipos de proceso penal son las formas cómo de acuerdo a ciertas características de los hechos, jerarquías, calidad de imputados, gravedad, etc., se administra justicia penal a través de un proceso penal específico, o modalidad procesal. Así se han creado específicos y determinadas formas de tramitar legalmente un hecho o noticia criminal, que tienen también la finalidad de cumplir con las garantías del “debido proceso”. Estos han sido establecidos por el Nuevo Código Procesal Penal, aprobado por Decreto Legislativo 957.

En dicho ordenamiento jurídico procesal penal se consideran los siguientes tipos de procesos penales:

I. Proceso Penal Común

II. Los procesos especiales

1. Proceso Inmediato

2. Proceso por Razón de la Función Pública

a) Proceso por Delitos de Función de Altos funcionarios Públicos

b) Proceso por Delitos de Función de otros funcionarios Públicos

c) Proceso por Delitos Comunes de Congresistas y otros altos funcionarios

3. Proceso de Seguridad

4. Proceso por Delito de Ejercicio Privado

5. Proceso de Terminación Anticipada

6. Proceso por Colaboración Eficaz

7. Proceso por Faltas

(*) Parte del libro “EL CRIMEN ORGANIZADO- Los delitos colectivos y empresariales ¿La muerte del Derecho Penal Común? Nuevas Teorías sobre Organización Criminal”. Alex Ricardo Zambrano Torres