

ENERO 2015

Crimen Organizado Transnacional

Por Elsa Kelly, Juan Félix Marteau y Waldo Villalpando

Palabras de Elsa Kelly, miembro del Grupo de Trabajo sobre Crimen Organizado Transnacional del CARI y jueza del Tribunal Internacional del Mar

Conocí a Waldo en 1958 o 1959, cuando ambos cursábamos la materia Filosofía del Derecho en la cátedra de Ambrosio Gioja en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires.

Menciono esto porque, independientemente de cómo ambos encaramos finalmente nuestras respectivas carreras profesionales, existe, a partir de nuestra formación como abogados, un universo común, un universo que marcó nuestra manera de entender el derecho, la sociedad y el Estado.

Pienso que esta formación kelseniana marcó de manera significativa nuestra visión del universo jurídico. También, con el transcurso del tiempo y con el devenir de nuestra propia historia, me refiero concretamente a la historia argentina, ambos hemos rechazado la neutralidad ética que subyace en esta visión, dado que los valores son elementos esenciales de las normas jurídicas, sin perjuicio de retener su propuesta, en tanto constituye una herramienta útil para el aprendizaje y el conocimiento formal del fenómeno jurídico.

Waldo ha dedicado gran parte de su actividad profesional y académica –por no decir una vida entera (que sería lo más apropiado)– a intentar deslegitimar las dictaduras que se establecieron en países de nuestra región, que operaron violaciones sistemáticas de los derechos humanos, y a intentar paliar las consecuencias derivadas de esos regímenes de fuerza, participando activamente

* Presentación del libro de Waldo Villalpando, publicado por Editorial Astrea, el jueves 30 de octubre de 2014.

CONSEJO ARGENTINO
PARA LAS
RELACIONES
INTERNACIONALES

Uruguay 1037, piso 1°
C1016ACA
Buenos Aires
República Argentina

Tel. +5411 4811 0071
Fax +5411 4815 4742

cari@cari.org.ar
cari.org.ar

Las opiniones expresadas en esta publicación son exclusiva responsabilidad de sus autores y no reflejan necesariamente el pensamiento del CARI.

de la acción humanitaria de organismos internacionales como el Alto Comisionado para los Refugiados de las Naciones Unidas.

Lo ha hecho también mediante sus múltiples escritos sobre temas vinculados a la protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, y también con su actividad profesional en el citado organismo, que le confió las muy delicadas negociaciones llevadas a cabo para coadyuvar a la terminación de las luchas civiles en América Central. Un artículo de la agencia de prensa ecuménica (Ecupres) lo destaca en 2013 como “Abogado de la Paz”, título merecidísimo, a mi juicio.

Su obra escrita se concentra, fundamentalmente, en las diversas formas de impulsar la vigencia de los derechos humanos y del derecho humanitario como forma ineludible de lograr una convivencia política más acorde con esos valores.

Menciono solo algunos títulos de sus libros: *Defensa de los derechos humanos* (publicado en 1976), coautor con Glenda da Fonseca; *The situation of the refugees in the world* (1994), editorial Penguin, un informe oficial de Naciones Unidas del cual fue miembro del Consejo de redacción y único reactor latinoamericano; *La Paz es peligrosa* (1999), Editorial Grupo Editor Latinoamericano, autor,

obra de ficción ambientada en la crisis de América Central de los 80 y 90, declarada de interés cultural por la Secretaría de Cultura de la Nación; *De los derechos humanos al Derecho Internacional Penal* (2000), editado por Abeledo Perrot, autor, en el que analiza y critica sistemáticamente los principales documentos internacionales sobre los derechos humanos, los procedimientos en la ONU, incluidos los de la OIT y los sistemas regionales, los tribunales penales internacionales y el derecho penal internacional; y *Hacia un Plan Nacional contra la Discriminación. La discriminación en Argentina* (2005), editado en Buenos Aires por las Naciones Unidas, coautor y coordinador general de la obra que fuera posteriormente reeditado por EUDEBA bajo el título *La Discriminación en Argentina* (2006), obra en la que se estudia de manera interdisciplinaria el fenómeno de la discriminación nacional e internacional y contiene un Plan aprobado por el Gobierno Nacional en 2005.

Como puede apreciarse, tanto su actividad profesional como la académica tienen una notable continuidad y coherencia que evidencian el profundo compromiso humano, espiritual e intelectual del Dr. Villalpando con

la defensa de los valores más fundamentales de la sociedad humana a la que, puede afirmarse, ha dedicado su vida.

Aparece ahora una nueva obra, la que estamos presentando hoy, *Crimen Organizado Transnacional* que se refiere a la Convención de Palermo sobre ese tema, que constituye, a mi juicio, un nuevo capítulo de la saga de la defensa de los derechos humanos en un sentido lato.

Podría pensarse que el tema de este nuevo libro se aleja de la consideración de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario de la manera en que lo ha hecho sistemáticamente el autor en su obra anterior.

Sin embargo, como bien se destaca en el importante Prólogo escrito por Elizabeth Odio Benito, los crímenes internacionales que amenazan la paz y la seguridad internacionales son muchos más que los que pueden alcanzarse con el Estatuto de Roma y con la acción de la Corte Penal Internacional.

Si bien muchas de las actividades criminales, que se incluyen en la Convención de Palermo contra el Crimen Organizado Transnacional, fueron ya calificadas como crímenes internacionales por el derecho internacional general –entre ellos, aunque no los únicos, la piratería marítima, el tráfico ilegal de personas y

de armas, el narcotráfico y sus delitos conexos– no hubo voluntad política en su momento de incluirlas en el Estatuto de Roma como “crímenes internacionales”.

Agrega Odio Benito que asistimos “indefensos a la proliferación de crímenes de grave trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. El pleno disfrute de nuestros derechos fundamentales se mutila gravemente por la existencia y la impunidad de esos crímenes. Casi todos ellos tienen características de crímenes de lesa humanidad, y algunos hasta de genocidio”. Este es el tema central que aborda el nuevo libro del Dr. Villalpando, en el que se analiza desde varios puntos de vista, y no solo desde lo jurídico, el tema de la delincuencia internacional organizada.

Comienza el libro con una introducción que contiene una caracterización del concepto de “crimen organizado”, sus modelos y una suerte de resumen de todos los demás capítulos de la obra. De todos ellos me interesa destacar fundamentalmente dos: el Capítulo IV y el VI, que entiendo corresponden al análisis jurídico de la Convención de Palermo propiamente dicha, que Villalpando desarrolla a partir de varios conceptos descriptos en los capítulos

anteriores como formando parte del derecho penal interno de los Estados como, por ejemplo, el de crimen organizado” y sus modelos (“padrino” y “empresa”), y en los que puntualiza sus características. Éstas incluyen su estructura sistémica de violencia, la corrupción como factor indispensable y la fuerte cohesión interna del grupo, no ideológica pero ligada a coyunturas políticas; una característica que, desde la perspectiva del derecho internacional público, distingue a la “delincuencia organizada” del “terrorismo”.

El derecho penal interno de nuestro país hace referencia al “crimen organizado” con la denominación de “asociaciones ilícitas”, las cuales, como organizaciones ilegales que operan dentro de una sola frontera, no son alcanzadas por el acuerdo de Palermo sobre el Crimen Organizado Transnacional.

El Capítulo IV contiene lo que interpreto es la tesis central del autor que, de manera muy escueta pero sustancial y significativa, comienza aclarando los conceptos más importantes que atañen al tema de su libro.

En primer lugar, establece el marco de diferenciación entre el derecho internacional penal y el derecho penal como rama del derecho interno de los Estados. El factor clave de esa diferenciación es “la ‘fuente’, que en el caso del

derecho penal reside en la ley doméstica de los Estados y en la ley internacional procede de los tratados, costumbres y principios generales propios de la relación entre los Estados”.

Señala Villalpando que el derecho internacional penal es una rama reciente del derecho internacional público, del cual deriva, y comprende delitos comunes de larga data “aunque renovados y ampliados por el proceso de globalización, que se filtra en todos los sectores de la vida social, incluyendo el Derecho”, a los que se agregan la aplicación de la tecnología, aun la más sofisticada.

Ambos fenómenos –globalización y tecnología– han obligado a expandir la justicia más allá de las fronteras de los Estados. Asimismo, en la obra el autor destaca que “(...) en la actualidad, casi todos los tratadistas admiten la existencia de un área específica del derecho penal que se proyecta hacia el exterior en la medida que la legalidad interna es insuficiente para resolver los nuevos crímenes transnacionales. Esta disciplina va presentando peculiaridades poco frecuentadas por el derecho penal y que convergen hacia el campo del derecho internacional”.

Para Villalpando, la cooperación internacional constituye un aspecto fundamental en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, aspecto que también se destaca en la propia Convención de Palermo. Como señala el autor, la necesidad de una cooperación internacional eficaz en la lucha contra la delincuencia internacional ha sido uno de los engranajes de transformación del derecho internacional público en sus facetas más recientes, en especial en lo que concierne a esta rama del derecho internacional que es el derecho internacional penal.

La segunda diferenciación importante que se establece en el Capítulo IV es la forma en la que se ha dado la evolución del derecho internacional penal, habida cuenta de que esta evolución no ha sido lineal sino controvertida y por etapas. Antes de establecer en qué consiste esta diferenciación, Villalpando se refiere a esta evolución histórica señalando que, después de la Segunda Guerra Mundial, se establecieron los primeros Tribunales Penales Militares, el de Nuremberg y el de Tokio en 1945.

Después de un prolongado período histórico que abarca la llamada Guerra Fría y su superación y en el que en varias etapas de refinamiento se desarrolló el derecho internacional en lo que respecta a la protección internacional de los

derechos humanos y al derecho humanitario, se establecieron los primeros Tribunales Internacionales, el de la ex Yugoslavia (1992) y el de Ruanda (1994). En 1998 se adoptó el Estatuto de Roma, instrumento constitutivo de la Corte Penal Internacional, que estableció un nuevo marco para la protección de los derechos humanos, que contempla el derecho internacional humanitario. En él se tipifican lo que el Preámbulo del Estatuto denomina como “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”.

Estos “crímenes internacionales” están enumerados en el Artículo 5 del Estatuto y son aquellos sobre los que tiene competencia la Corte Penal Internacional: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. Cada uno de dichos delitos se tipifica en los artículos subsiguientes del Estatuto.

Como ya adelantáramos, no hubo voluntad política de incluir las distintas formas de la criminalidad transnacional organizada en el Estatuto de Roma y, por esa misma razón, la Corte Penal Internacional no tiene competencia sobre ellos.

Recién con la adopción de la Convención de Palermo contra la Delincuencia Organizada

Internacional en diciembre de 2000, la comunidad internacional contó con un instrumento que constituye el marco jurídico de la lucha de la comunidad internacional contra este tipo de criminalidad.

Como dato anecdótico, agregó que me tocó como Embajadora de la República ante el gobierno italiano firmar en representación de Argentina esa Convención en la ciudad de Palermo. Pero debo aclarar que no tuve participación alguna en la negociación de este importante instrumento del derecho internacional.

Esta segunda diferenciación que destaca Villalpando surge, pues, de la forma en que se ha dado esta evolución del Derecho Internacional Penal, y de la terminología con que los dos instrumentos –el Estatuto de Roma y la Convención de Palermo– se refieren a la criminalidad internacional. Para establecer esta distinción, el autor analiza y compara los términos empleados en cada una de las dos Convenciones para calificar la criminalidad a la que se refieren.

Su tesis, que comparto plenamente, es que la diferencia es solo nominal, ya que ambos instrumentos tienen la misma naturaleza en razón de que su objeto es el mismo –que es el de asegurar el respeto y la protección de los

derechos fundamentales de la humanidad.

En este sentido, en opinión del autor, la Convención sobre la Delincuencia Organizada Transnacional es el último instrumento o eslabón de una serie. En dicha Convención se hace referencia a los “crímenes transnacionales” y se omite calificar los delitos incorporados en su texto como “crímenes internacionales” –expresión que utiliza el Estatuto de Roma para denotar genéticamente los delitos que se abordan en dicho instrumento.

La doctrina ha reservado la expresión “crímenes internacionales” para los delitos incluidos en el Estatuto de Roma y la de “crímenes transnacionales” para los que establece la Convención de Palermo. Pero esta distinción terminológica, en opinión del autor, no debe confundir el hecho de que los delitos contemplados en ambos instrumentos pertenecen a un mismo género, el de los “crímenes internacionales” y los delitos previstos en las respectivas convenciones son especies del principal.

En el capítulo que comentamos se destaca que los crímenes internacionales, sean los del Estatuto de Roma o los transnacionales de la Convención de Palermo, comparten algunas características propias: autoría múltiple, la

tipificación como delito “el pertenecer al grupo delictivo estructurado” y el “acuerdo” o “conspiración” para cometer delitos indeterminados.

El autor destaca también el hecho de que la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional no contiene una definición de “crimen organizado transnacional” sino que opta “por un enfoque fundado en el modo de operación del delito, sin definir la conducta propiamente criminal”, como sí lo hace cuando se refiere a los delitos conexos (complicidad, corrupción, blanqueo del producto del delito y obstrucción a la justicia) con respecto a los cuales “se vuelve al método tradicional de describir con precisión el comportamiento criminal”.

De ahí que el autor sostenga que, sin perjuicio de que la Convención de Palermo no establece una definición de este delito principal –el de “crimen organizado transnacional”– contiene, en cambio, los elementos que lo integran según el modo de ejecución (o *modus operandi*).

Sobre esta base el autor propone, solo con fines didácticos, la siguiente definición: “Formar parte o participar en la acción ejercida durante cierto tiempo por tres o más personas que actúan concertadamente para cometer delitos graves castigados con no menos de cuatro años de

prisión, que afecten a más de un Estado, con el fin de obtener un beneficio económico o material”.

La última parte del capítulo que analizamos contiene un catálogo o lista, no exhaustiva, de crímenes transnacionales confeccionada conforme a datos provenientes de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) y de otras fuentes internacionales, que incluyen el tráfico de cocaína y heroína en distintas regiones, la trata de personas (con propósitos similares a los de la esclavitud), la trata de personas para explotación sexual, la trata de migrantes desde y hacia distintas regiones, el tráfico de armas, el tráfico de recursos naturales (principalmente productos de animales pertenecientes a especies en peligro de extinción), el tráfico de madera para la construcción, la falsificación de productos de consumo (ropa y accesorios, joyería, relojes y equipos eléctricos), la falsificación de medicamentos, la piratería marítima, la defraudación informática y la pornografía infantil.

El Capítulo VI de esta obra está dedicado a la exposición de las normas de la Convención, lo que el autor hace con una claridad y precisión que revela su formación jurídica positivista y

claramente kelseniana. Es una exposición crítica pero comprometida con los objetivos que se persiguen con este importante instrumento, tendiente a facilitar su comprensión y a suministrar una herramienta útil para quienes deban aplicarla e interpretarla.

Para ello el autor propone un análisis del texto de la Convención siguiendo, también con fines puramente didácticos, un orden, reflejado en el Cuadro 5 incluido en este capítulo. Se trata de un ordenamiento diferente al seguido por quienes tuvieron a su cargo la negociación y redacción de su texto.

En primer lugar, destaca Villalpando que este instrumento se articula sobre dos ejes:

- La definición del crimen organizado transnacional y los delitos conexos; y
- La construcción de un marco para una cooperación jurídica eficaz entre los Estados.

En lo que respecta a la forma en que la Convención define la criminalidad organizada transnacional, el autor reitera la definición que ya hemos visto al referirnos al Capítulo IV, observando al mismo tiempo que esta definición “tropieza con la dificultad de unificar en una sola descripción comportamientos delictivos muy variados”, optándose en consecuencia “por la novedad de una definición ‘operativa’ centrada en la detección de un grupo

estructurado y en su modo de operar” como base de la tipificación de este delito.

En lo que toca al segundo eje, la cooperación internacional, el autor puntualiza que la misma “se dificulta por la extraordinaria variedad legal de los procedimientos nacionales que obliga a hacer reservas sistemáticas de respeto y corrección según las características del derecho interno de los Estados”. Y agrega que “la Convención intenta fijar los grandes lineamientos de la cooperación y resolver las técnicas de cooperación respetando la soberanía de los Estados, las características del delito en cuestión, las coyunturas operativas y la protección, a la vez, de los derechos fundamentales de las partes involucradas”.

Las normas de esta Convención pueden aclararse mediante las Notas Interpretativas que acompañan el texto finalmente adoptado que aclaran ambigüedades y vaguedades propias de un texto negociado, según Villalpando, “bajo la presión de los servicios de seguridad de los Estados que exigían orientaciones urgentes para combatir un fenómeno de crecimiento exponencial”.

Otra característica de esta importante Convención es que se trata de un instrumento marco y con ella no se pretende incluir todos

los posibles delitos transnacionales. Se trata de un texto de textura abierta que permite a los Estados ir agregando mayor precisión a su régimen, estableciendo normas adicionales a través de Protocolos que, una vez adoptados, se integran a la Convención como Anexos a la misma (Artículo 37 de la Convención DOT).

Hasta ahora se han adoptado tres Protocolos:

- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños;
- Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra y por mar; y
- Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes fundamentales.

Para terminar, deseo expresar que, en mi opinión, los capítulos IV y VI son de especial interés para quienes deban aplicar, interpretar o enseñar la Convención DOT. Y agrego, con toda convicción, que este libro, pequeño pero sustancial, es uno de los aportes más valiosos para la comprensión y divulgación de este instrumento complejo que es la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional; un libro de interés tanto para los juristas especialistas en derecho penal o en derecho internacional público, como para políticos y funcionarios del Estado encargados

de la prevención y del control de la criminalidad organizada transnacional y, más especialmente, de los funcionarios y jueces encargados de aplicar las normas de esta Convención.

Palabras de Juan Félix Marteau, coordinador del Grupo de Trabajo sobre Crimen Organizado Transnacional del CARI

Es un gusto estar presentando un libro necesario y muy sustantivo en relación a un tema que nos resulta crucial a todos. Mi tarea es explicar por qué e invitarlos a leerlo rápidamente. Estoy muy agradecido a Elsa y al doctor Villalpando, a quien recientemente conozco, pero que tengo la suerte de que se haya sumado al esfuerzo del Grupo de Criminalidad Organizada Transnacional que tenemos en el CARI, que día a día crece y que puede ofrecer interesantes insumos para las discusiones que vienen en la Argentina y en la propia región. Así que, sin más, voy a dejar de lado mi presentación, por todo lo que acaba de decir la embajadora Elsa Kelly, quien fue clara conceptualmente y muy precisa en el análisis de la situación de la región.

Me voy a remitir, simplemente, a hacer lo que trato de hacer siempre, que es leer el primer

párrafo del libro y también el último; y ver si a partir de esas dos expresiones podemos sacar alguna conclusión.

El autor dice: “La organización para delinquir es un grado mayor al delito común. A su vez, el crimen organizado es el paso anterior a la criminalidad organizada transnacional. De hecho, el crimen organizado ha ido perfeccionándose al incorporar la moderna tecnología que le permite competir con las fuerzas de seguridad de los estados y amenazar a la comunidad internacional”. Así, el primer párrafo nos plantea la dicotomía que se produce entre aquello que conocíamos, de manera general, como delito o criminalidad, que hoy queda relegado a una tipología que es la criminalidad convencional, la criminalidad de todos los días, en relación a esta criminalidad que llamamos compleja y que se estructura de una manera diferente, y que nos plantea tanto para la teoría jurídica como para la decisión política, desafíos que son bien diferentes.

En el último párrafo, Villalpando se concentra en el argumento jurídico de la convención; se plantea para qué nos sirve esta convención internacional, y qué es la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Según el autor: “este instrumento internacional brinda a los estados un sistema orientador de decisiones –

estas palabras son importantes, por eso las destaco– que permite contener el crimen organizado. Por respeto a la soberanía de los estados se ha diseñado un modo de operación delictivo cuyo castigo es accesible a todas las legislaciones. A su vez, crea un sistema de cooperación, que si existe la indispensable voluntad política, puede ser ágil y eficaz. La tecnología juega a favor de la coordinación mundial, los seres humanos y estados honestos deben formar una suerte de fraternidad ante este desafío; si estamos unidos no nos comerán los de afuera. En vez de gritar desesperados, trabajemos organizadamente”.

Así que, bajo estos hitos, el primer párrafo y el último, me permito hacer algunas consideraciones que no tienen la sistematicidad de la primera exposición pero que, de alguna manera, intentan abrir el debate. No quiero hacer reconsideraciones absolutamente externas al libro pero, simplemente, las traigo para retomar temas que están muy bien planteados por el autor y que nos permiten multiplicar las preguntas. Esto es lo interesante del libro.

La primera consideración externa que puedo realizar es que, cuando recibí el libro, estaba justamente retomando la lectura, un poco más

fina, de un autor que no tiene nada que ver con Kelsen o que puede plantearse como su contradictor natural, uno de mis autores favoritos: Carl Schmitt. Mi primera percepción fue, posiblemente, la expectativa de recibir un libro de un analista kelseniano que me planteara los devenires de la validez del orden jurídico internacional y los problemas que traen para el orden jurídico interno; el debate que podría estar localizado en ese plano. Eventualmente, para un autor como Carl Schmitt, el problema central que se plantea para cualquier jurista es, obviamente, el problema de la validez pero, necesariamente, y con mucho vigor y fuerza, el problema de la efectividad. Es decir, un ordenamiento jurídico claramente debe perseguir el ordenamiento y la congruencia de cada una de sus normas, en las jerarquías que podemos estar acostumbrados a partir de una norma fundamental, como la Constitución Nacional; y, en función de eso, las relaciones que la Constitución Nacional guarda con instrumentos internacionales, como puede ser la Convención sobre Criminalidad Organizada Transnacional.

Pero el problema de la efectividad plantea una cuestión que es distinta a la de la validez, particularmente, la de saber bajo qué condiciones una norma se aplica de hecho en la realidad social. Y, más aún, en una concepción

ampliada del problema de la declividad –que es un problema estrictamente schmittiano–, saber efectivamente cuáles son los efectos sociales y políticos que produce la aplicación del derecho en un momento histórico determinado. Para decirlo concretamente, la pregunta que me hice cuando recibí el libro fue: ¿en qué medida voy a leer una reflexión teórico-abstracta sobre el problema de la validez de la convención? y, en definitiva, mi pregunta irremediable fue ¿qué podemos lograr con un estudio de este tipo, qué nos puede aportar concretamente?

No tengo ningún suspenso en esto. El libro, a pesar de que está anclado en una perspectiva kelseniana, interesado por entender el ordenamiento y la congruencia de este importante instrumento internacional, necesariamente nos coloca problemas que nos conducen a repensar bajo qué condiciones los estados nacionales pueden efectivamente lograr éxitos y resultados con este fenómeno que denominamos crimen organizado transnacional.

Si volvemos a releer los dos párrafos con los que empecé, claramente el autor está muy preocupado por el problema de la efectividad, aun siendo un kelseniano. Esto lo digo porque el crimen organizado ya nos plantea, en el

orden de la validez, problemas serios. La propia conceptualización de lo que es el crimen organizado en la convención no es sino motivo de polémicas. Frente a la criminalidad convencional, la Convención sobre Criminalidad Organizada Transnacional nos plantea la idea de que es posible criminalizar la circunstancia o la conducta de formar parte de un grupo, que se encuentra estructurado –como primera característica–, que es permanente en el tiempo, que es fruto de un acuerdo entre las personas que lo integran –podemos hablar del problema del número– y, fundamentalmente, que opera en función de un objetivo concreto que, en términos de la convención, es la obtención de un beneficio económico concreto que los diferencia de cualquier actividad criminal común o convencional.

La convención distingue muy bien entre lo que es el núcleo duro de este delito transnacional –que es formar parte de un grupo organizado con estas características–, de aquellos delitos que, de alguna manera, viabilizan, permiten o consolidan el hecho de la criminalidad organizada transnacional, llamados delitos conexos. Los mismos son la participación y complicidad en una de las facetas del crimen organizado, el lavado de activos para reciclar los dividendos de esta actividad ilícita, la corrupción

(en sus formas activas y pasivas) y, por último, la obstrucción de la justicia. Estos elementos, muy bien pensados por el legislador internacional, de alguna manera, son los que viabilizan el hecho dramático, según los términos de quien realizó la introducción, de este fenómeno nuevo que es el crimen organizado transnacional.

Retornando a la idea de lo que nos está ofreciendo el libro y la lectura que me llevó a esa pregunta, el problema de la efectividad es central porque, desde nuestro país –y sucede con muchos países de la región– la recepción de convenciones o tratados internacionales, como el que aquí analizamos, son rápidamente asimilados a través de un estándar formal a la legislación nacional. El problema está en saber en qué medida este instrumento se puede convertir en algo más que una amenaza de pena para sus autores. Por lo tanto, para decirlo de manera inversa, es necesario conocer en qué medida la pena es efectivamente ejecutada para quien ha sido el victimario; es sanción concretamente realizada.

La Argentina tiene un código penal importante, donde muchos de los delitos que están siendo pensados como crimen organizado transnacional pueden, de alguna

manera, englobarse en las tipologías que tiene nuestro código de 1921. Pero, si nos detenemos a revisar, en función del catálogo que nos ofrece el autor, qué es lo que efectivamente está distorsionado y en qué medida nuestro sistema de aplicación de las penas permite que el derecho efectivamente termine realizándose, y no sólo nuestro sistema nominativo de penas –el quantum que le fijamos a los delitos– es correcto.

La idea de que hay un agrupamiento criminal está sancionada perfectamente; eventualmente, tiene la posibilidad de ser sancionado a partir de la idea de asociación ilícita. La sociedad ilícita, contenida en el artículo 210 de nuestro código penal, está sancionada con una pena de tres a diez años para sus autores. El problema del quantum de pena es muy importante, porque en función de eso la propia convención establece qué delitos pueden ser considerados crimen organizado transnacional. En nuestro sistema jurídico, la condenación condicional es un elemento que permite medir la gravedad del delito. En los casos de primera condena a pena de prisión que no excedan los tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. En otras palabras, tenemos una pena menor; al autor que ha sido

encontrado responsable de una acción delictiva se le puede decir que vaya a su casa y no vuelva a delinquir. Pero eso no es en un contenido técnicamente de efectividad, es amenaza. El autor realiza un acto delictivo incriminado eventualmente como un crimen organizado transnacional y le decimos que, si no supera el monto de tres años, vaya a su casa y no vuelva a delinquir. Esto es una amenaza, no una realización completa del derecho, por lo menos desde una visión schmittiana, como yo lo interpreto.

Entonces, en función del catálogo que nos propone el autor, nosotros podemos recorrer cada uno de los delitos que tenemos en nuestra legislación penal y ver que, en muchos casos, el sistema de incriminación penal sigue, en parte (ya que en la convención de criminalidad organizada transnacional probablemente haya muchas cosas que ajustar), un sendero que tiene comunicación jurídica con este tipo de instrumento tan importante. El problema, a mi modo de ver, es que, en muchos casos, el sistema de penalidad termina siendo que la aplicación efectiva sea un hecho. Por la trata de personas son dos a seis años; los tribunales después de dos años lo mandan a la casa. Trata de personas agravada, cuatro años: ahí hay un límite.

Estafa informática, un mes a seis años; se va a la casa. Asociación ilícita, tres a diez años. Cohecho de funcionario público (activo o pasivo), corrupción estructural, uno a seis años. Por este motivo, cuando sancionamos a los corruptos tenemos el problema de la efectividad. Obstrucción de la justicia, uno a doce años. Falsificación de la moneda, tres a quince. Lavado de activos, tres a diez años: por eso, las condenas, que son contadas con la mano en la Argentina, no han sido de realización efectiva. Tenemos pocas condenas; encima, ponemos condenación condicional. El contrabando básico (ya que tiene varias formas), son dos a ocho años. Con el narcotráfico, de distintas formas, tenemos un sistema de penalidad un poco más alto, que podría evitar esta salida a la utopía de la pena como amenaza, es decir, la pena no efectivamente realizada.

Nuevamente una consideración externa: ¿qué es lo que más nos conmueve en relación a este fenómeno que el autor escribe como muy distinto y muy diferente a la criminalidad convencional? Uno podría decir que, de acuerdo a la letra de la convención, esta finalidad tan específica que el legislador internacional ha fijado en el crimen organizado, es la consecución de un beneficio económico. Me da la impresión que en la organización actual del

siglo XXI, en muchas de las formas de crimen organizado que existen, nos encontramos con una finalidad política encubierta que posiblemente está anexada a la consecución del beneficio económico.

Eventualmente, lo que más nos conmueve a los sociólogos, y eventualmente a los juristas, es que el crimen organizado está ofreciendo una forma distorsionada de la política. Mejor dicho, la manera más cruda de la realización de la política está ofreciendo protección, que encuentra del otro lado una enorme cantidad de individuos dispuestos a obedecer. En ese plano, la relación entre los ciudadanos –con una ciudadanía desde ya resquebrajada– y los criminales organizados, establece un vínculo estrictamente político. En los libros de Carl Schmitt el problema de la política es esta capacidad de poder ofrecer protección a quien la demanda y está llamado a obedecer los mandatos, sean cuales fueren, de aquellos sujetos que tienen esta capacidad. Cuando esta capacidad de proteger al otro desaparece, desaparece el vínculo político que une a estos sujetos.

Lo que vemos desde el plano de las formas, desde donde se manifiestan muchas de las maneras del crimen organizado transnacional hoy en día, aunado a la idea de que en la

Argentina se plantea el derecho penal sólo como amenaza y no como realización efectiva y privación de derechos, muestra que el crimen organizado es un fenómeno político de trascendencia para todas las regiones del globo. El autor lo destaca: “ningún funcionario, ningún dirigente que quiera gobernar la vida social en cualquiera de las partes del mundo puede prescindir de este hecho político significativo que es el crimen organizado transnacional”. Dejo planteados unos interrogantes, con una perspectiva desde mis lecturas. Me ha sorprendido gratamente que no me he encontrado con un libro de un kelseniano puro, preocupado por el problema de la validez; sino que me ha dejado muchos interrogantes: ¿cómo es que efectivamente el derecho puede realizarse con un instrumento, teniendo en consideración la directiva de un instrumento como es la Convención sobre Criminalidad Organizada Transnacional?, y replanteándonos, ¿qué es lo que tenemos en nuestra legislación penal en este sentido? Así que, de nuevo, muy agradecido por la invitación a ambos.

Palabras de Waldo Villalpando, ex Jefe de Misión Diplomática de Naciones Unidas en España, Honduras, Italia, Malta y San Marino

Agradecimientos

Quisiera agradecer, en primer lugar, el apoyo que he recibido tanto de personas como de instituciones para la celebración de este acto y la terminación del libro. Agradezco a los panelistas, no solo por la gentileza de estar presentes sino por todo el tiempo invertido en leer la obra, introducirse en el pensamiento de otro y formular un esquema razonable de exposición. Agradezco y tomo buena nota de sus reflexiones. Al Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI) por la cesión del salón y las atenciones y hospitalidad con que fui acogido, canalizado en la persona del Secretario Académico Dr. José María Lladós y todo su equipo. A la Editorial Astrea, su Director Dr. Alejandro Depalma, por el fino trabajo de diagramación que se ha hecho, y a Luciana Depalma (a quien menciono en los agradecimientos) por la corrección y acotaciones personales. Subrayo su trabajo minucioso de los mapas y el cuidado de la edición en general.

A una persona ausente, la Dra. Elizabeth Odio Benito, que firma el prólogo de la obra. La Dra. Odio Benito, jurista costarricense, tiene una larga trayectoria internacional, y por ello me siento honrado con su prólogo. Entre muchas otras responsabilidades, Elizabeth

Odio fue la primera mujer latinoamericana miembro de una Corte Penal Internacional para un país (la ex Yugoslavia) entre 1993 y 1998. Luego, entre 2003 y 2012, fue Jueza de la Corte Penal Internacional, tribunal que –sobre la experiencia del anterior– fue, a su vez, la primera Corte Penal Internacional con competencia universal. En lo nacional, la Dra. Odio Benito ocupó cargos de gobierno y fue electa Vicepresidenta de la Nación en 1998. Aunque en los últimos años nuestra relación ha sido a la distancia, debo agradecer la rapidez con que respondió a mi pedido de escribir el prólogo y los elogios (excesivos) que expuso en su excelente análisis de la obra.

Alusión filosófica

No tengo nada valioso que agregar a la palabra autorizada de los panelistas. Me permitiría, sin embargo, hacer un breve comentario a la influencia de Hans Kelsen en la obra que se presenta, hecho que ha sido señalado por ambos colegas. Pertenezco a una generación de abogados que virtualmente se embriagó de Kelsen en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Yo mismo he enseñado su pensamiento en la cátedra y es obvio que el enfoque positivista de este jurista alemán es importante en mi formación y en la

comprensión del Derecho. Es muy probable que esta metodología se revele en el análisis jurídico del libro.

Sin embargo, en lo personal, me siento alejado del estilo neutral, tanto ético como ideológico, del maestro Kelsen. Creo que el contenido del Derecho exige una aproximación más humanista y más comprometida con la ética que la que el positivismo jurídico propone. En realidad, en el libro se hace un “guiño” a otro jurista y filósofo alemán anterior a Kelsen, quizás menos riguroso, pero más afín a mi pensamiento. Me refiero a Rudolf Von Ihering, que algunos suelen considerar como el padre de la sociología jurídica. La primera parte del libro es precisamente un aporte destinado a mostrar un panorama de la actual criminalidad internacional –lo que Von Ihering denominaría la “realidad social”– a partir de la cual se debiera crear el Derecho. Así, el capítulo V con el que se inicia la reflexión jurídica se llama “La lucha por el Derecho”, título de una obra emblemática de este autor. El Epílogo, a su vez, está encabezado por una cita de Von Ihering (“Cuando avanza la arbitrariedad y la ilegalidad, es siempre un signo de que los llamados a defender la ley no han cumplido

con su deber”), una típica reflexión de Von Lhering quien consideraba que toda norma jurídica debe tener un contenido ético.

La primera parte del libro

Ambos panelistas han basado su análisis en la parte jurídica del libro, en especial los capítulos V y VI que comentan la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional (COT). Me permitiré, como compensación, reflexionar sobre la primera parte que presenta un panorama actualizado de la criminalidad organizada transnacional (capítulos I a IV). Esta parte pretende ser un barómetro del estado actual de la delincuencia internacional. Como se ha dicho, consideramos que el Derecho es eficaz cuando se elabora a partir de un conocimiento apropiado de la realidad. Esta parte se desarrolla en cuatro pasos que van desde los antecedentes hasta la descripción detallada y documentada de los crímenes.

El crimen organizado

Inicio la reflexión con un panorama del crimen organizado, que estimo como una etapa previa al crimen organizado transnacional, y analizo sus características y estructuras. Dicha delincuencia, por lo general localizada en regiones o países, se la denomina de diferentes

maneras. Por ejemplo, la Yakuza japonesa, las Triadas chinas, las Mafias en países europeos, la “Cosa Nostra” norteamericana (tuvo su origen como un brazo de la mafia siciliana) o los cárteles latinoamericanos.

Para una mejor ilustración recorro a dos modelos característicos de esta delincuencia: el modelo “Padrino” estupendamente ilustrado en las novelas de Mario Puzo y la no menos admirable serie filmica de “El Padrino”; y el modelo “Empresa”, mediante la cual las mafias se organizan delictivamente bajo las pautas de una empresa económica. La doctrina cita otros modelos pero entendemos que éstos son los principales y el resto, variantes.

Una de las características más paradójicas del crimen organizado es que ofrece bienes o servicios que son voluntariamente consumidos por sus dientes (prostitución, drogas o juegos de azar, entre otros) y que hace que sus delitos parezcan menos censurables. Operan mediante el uso sistemático de la violencia y la corrupción. Se organizan de modo piramidal y habitualmente carecen de ideología, aunque se infiltren en el poder político.

La criminalidad transnacional

Con este tipo de delincuencia se ingresa al tema central de la obra. De hecho, la considero como una etapa más avanzada del crimen que hereda las matrices de las mafias nacionales pero que trasciende las fronteras y terceriza sus servicios. La estructura de esta criminalidad adopta la forma de una red, abandonando el estilo piramidal. Por eso, el capítulo II se titula precisamente "Red Transnacional Criminal". Se trata de una especie de telaraña cuya acción es compleja y descentralizada. En más de una ocasión sus acciones ilegales se combinan con actividades legales. En otras ocasiones su estilo se aproxima al de las organizaciones terroristas que también adoptan estructuras horizontales, dispersas y peligrosas. De ahí que se dan muchos casos de operaciones comunes o complementarias entre delincuencia organizada y comandos terroristas.

Las causas

¿Cuáles son los disparadores de la delincuencia criminal transnacional que parece una marca de esta época? Como es habitual en los hechos sociales, las causas son múltiples. Señalo las que considero las principales. La primera que cito es la más obvia: el fenomenal desarrollo tecnológico, particularmente en las comunicaciones y el transporte, registrado a

partir de la última década del siglo XX. Esta delincuencia se sirve, sin escrúpulos, de las técnicas informáticas más avanzadas con alcance transnacional, superiores a la criminalidad individual. Otro factor sistémico de delincuencia es la pobreza, que abarca un porcentaje escandaloso de la población mundial. La niñez y juventud marginada constituyen una suerte de proletariado delictivo que aporta mano de obra, mientras que otros estamentos sociales, menos pobres y sufridos, administran el delito y obtienen ganancias leoninas. La sobrepoblación, con niveles nunca conocidos en la historia humana, crea excesos poblacionales que generan población marginada que se asocian a la difusión del crimen. Como dato adicional, debe señalarse que la tasa de crecimiento poblacional ha disminuido en los últimos años; sin embargo, un equilibrio mundial relativamente razonable recién se alcanzará a principios del siglo XXII.

Una reflexión más amplia dedico a los conflictos bélicos. La naturaleza de estas confrontaciones está cambiando. Si bien persisten algunas guerras internacionales, éstas han sido sobrepasadas en número por lo que habitualmente llamamos guerras civiles. Los nuevos conflictos han perdido varios

caracteres propios de las guerras tradicionales, tales como el control centralizado de operaciones, los “teatros” de guerra, los objetivos bélicos o la identificación de las partes. Por el contrario, los objetivos son cada vez más difusos, alimentados por el anonimato de los contendientes y las tácticas terroristas. Denomino *guerras confusas* a estas nuevas situaciones bélicas. Este tipo de conflicto tiende a favorecer la criminalidad transnacional a tal punto que en muchos casos ambos fenómenos – la guerra y la delincuencia– operan simultáneamente sobre los mismos territorios, utilizando equipos y tácticas que comparten. Además, los conflictos bélicos facilitan una delincuencia colateral, por ejemplo, saqueos de recursos naturales u obras de arte, prostitución forzada o reclutamiento de niños.

Los crímenes transnacionales

El Capítulo IV ha sido, sin duda, el más difícil del libro. Por un lado, era necesario proponer una definición funcional para determinar los crímenes transnacionales. La COT concibe el delito según el *modus operandi* y la definición se encuentra dispersa entre varias disposiciones. En consecuencia, no existe una lista o una descripción del hecho criminal. En los largos debates para la redacción de la Convención (que

estudié detenidamente, consultando las actas y sucesivos borradores) se propuso, en varias oportunidades, aprobar una lista precisa de delitos transnacionales, pero esas propuestas no prosperaron. Hubo razones bien fundadas para no definir los delitos y preferir una descripción operativa. Pero, de todos modos, dicha ausencia obliga a un cuidadoso trabajo de la doctrina. A fin de salvar esa dificultad, en el libro propongo, a efectos didácticos, una definición descriptiva que espero que ayude al lector.

La otra dificultad era mostrar los delitos a los que nos referimos, los valores en juego y sus rasgos principales a fin de formular una estrategia jurídica eficaz. Los crímenes transnacionales no solo incluyen el tráfico de drogas, la trata de personas o la prostitución forzada, como es habitual en la literatura periodística. Según las características operativas de la definición, también abarca el tráfico de armas, los delitos informáticos, la piratería marítima, la falsificación de medicinas, la pornografía infantil y un largo etcétera. En este capítulo he procurado hacer una síntesis razonada y documentada de los principales delitos. En varios crímenes se carece de información precisa o general (entre otras razones, debido a las reticencias o

deformaciones de la información proporcionadas por los Estados). En tal caso, he preferido aclarar que la información es parcial, sin caer en la trampa de especular o dejarnos llevar por noticias que carezcan de fuentes comprobables.

Epílogo

Puesto que las ponencias previas han versado especialmente sobre la parte jurídica del libro, pasaré por alto más reflexiones al respecto. Quizá este término (epílogo) resulta algo extraño en obras jurídicas, puesto que es propio de la literatura narrativa. Sin embargo, me he obstinado en mantenerlo, a pesar de la reticencia editorial. No se tratan de conclusiones o resumen de la obra sino, más bien, señalar la necesidad de eficiencia y ética que requiere el combate contra el crimen transnacional. A la sofisticada y modernísima red transnacional criminal hay que oponer una red similar de eficiencia internacional que la Convención propicia.

De igual modo, llamo la atención sobre el formidable impacto negativo de la corrupción y la inaceptable permanencia de los paraísos fiscales. La delincuencia transnacional está exclusivamente motivada por el lucro, en consecuencia, necesita de la corrupción sistemática de órganos públicos y privados.

Ningún Estado puede impedir actos de corrupción individuales, pero el Estado es finalmente responsable si dicha corrupción es sistemática. Hay delitos, como la trata de personas, que son solo rentables si existe una corrupción instalada y permanente.

Algo parecido se puede decir de los paraísos fiscales. Una porción increíble del producto económico mundial se encuentra depositada en paraísos fiscales. La economía de muchos estados depende de esta evasión financiera sistemática. Sorprende aún más que países modernos y desarrollados que dicen combatir la delincuencia internacional mantengan paraísos fiscales en sus territorios de ultramar que están sujetos a su jurisdicción. Esto suena a hipocresía, algo así como echar la basura debajo de la alfombra.

Como se advertirá, la obra es corta. En estos tiempos, la comunicación de conocimientos exige precisión y brevedad. Partimos mostrando una realidad social (la delincuencia transnacional) que se describe con sobriedad, sin elocuencias inútiles. Hay varios recursos sociales para combatirla. Uno de ellos es el Derecho. La Convención Internacional ofrece un sistema de coordinación para orientar las políticas de Estado y la analizamos con atención resaltando sus justos objetivos. El

Derecho es, finalmente, un sistema de organización social que aspira a lograr el bienestar común. Si no tiene un contenido ético o no se aplica con responsabilidad, termina siendo una simple tira de papel.

Agradecemos la asistencia provista por Anabel Rodríguez para publicar este artículo.

Para citar este artículo:

Kelly, Elsa; Marteau, Juan Félix; Villalpando, Waldo (2015), "Crimen Organizado Transnacional" [disponible en línea desde enero 2015], Serie de Artículos y Testimonios, N° 101. Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales. Dirección URL: <http://www.cari.org.ar/pdf/at101.pdf>