

Instituto para la Seguridad y la Democracia, A.C. (Insyde)
Serie: *Insyde en la Sociedad Civil*

Número 6:
Criminalidad organizada y derechos humanos: paradojas en el contexto de la interacción contemporánea entre estado, individuo y mercado

México, D.F., a 14 de abril de 2005.

Presentación

El Instituto para la Seguridad y la Democracia, A.C. (Insyde) es organización mexicana, autónoma y sin fines de lucro cuya misión consiste en elaborar propuestas técnicas, viables y prácticas para transformar las instituciones responsables de la seguridad pública y la justicia penal, y su relación con la sociedad. Insyde, es un instrumento de la sociedad, para beneficio de la sociedad.

En el programa de trabajo de este Instituto figura como prioridad apoyar la capacitación hacia las organizaciones de la sociedad civil, para incrementar sus posibilidades de aproximarse a la seguridad pública, la justicia penal y los derechos humanos desde una perspectiva que permita generar críticas y propuestas informadas.

Uno de los proyectos para cumplir con este objetivo consiste en la entrega continua de documentos de análisis en torno a problemas estructurales o coyunturales, donde las normas, políticas y/o prácticas de los sistemas de seguridad pública y justicia penal ponen en riesgo o afectan los derechos humanos. Estos documentos son puestos a disposición de las organizaciones, las cuales quedan en total libertad de darles el uso que consideren pertinente, en función de su agenda y jerarquía de prioridades.

Se entrega el sexto documento de esta serie denominada ***Insyde en la Sociedad Civil***. El texto destaca lo siguiente:

1. La criminalidad organizada es también un mercado que por ilegal no deja de estar inserto como los demás en el contexto global y, justo por estar prohibido –con todos los dividendos que eso provoca-, tiene una importante perspectiva de perpetuación.
2. Las garantías penales para el ciudadano se han degradado porque el objeto de protección del sistema penal ya no es “el ciudadano”, sino una clase especial de ciudadanos que interesan al mercado.
3. La criminalidad organizada presenta paradojas:
 - a. Paradoja del mercado: los mercados ilegales configuran la otra cara de los mercados legales y no se sabe el límite entre unos y otros;
 - b. Paradoja de la excepción: se refiere a las consecuencias colaterales no previstas de la persecución a la criminalidad organizada, por medio de la aplicación de un sistema jurídico de excepción, por ejemplo, la fragmentación de los cárteles, el escalamiento del narcomenudeo y la especialización, y
 - c. Paradoja de la ilegalidad: la marginalidad del mercado negro es condición para la ausencia de reglas claras de competencia, lo que maximiza la violencia y minimiza el control sobre la corrupción.
4. La legalización de los mercados ilegales no va a ocurrir en el futuro próximo, más bien el estado y el mercado apostarán a contenerlo dentro de ciertos límites de tolerancia.

5. Todo lo anterior justifica un proceso de reconsideraciones acerca del papel de la ley y de las instituciones en el combate a la criminalidad organizada, dado un contexto legal especializado para dicho combate que renuncia a reconocer los límites impuestos por las garantías constitucionales.
6. El proceso de victimización que se deriva de los problemas relacionados con el crimen organizado es responsabilidad de quienes lo realizan, tanto como de quienes lo combaten.
7. Desde el estado, las posibilidades de enfrentar a la criminalidad organizada son limitadas y contraproducentes, aún con el recurso de la violencia legal extrema.
8. Desde el individuo también son limitadas principalmente dada su condición fragmentada tanto de sus contextos vitales como de sus relaciones sociales.

Insyde agradece al autor del documento, el doctor Luis González Placencia, quien es miembro del Consejo Asesor del propio instituto - Este proyecto es posible gracias al generoso apoyo de *The Fund for Global Human Rights*.

Si bien las ideas expresadas en lo que sigue no necesariamente representan la posición de este Instituto, para Insyde resulta fundamental la aportación que esta discusión hace al debate y construcción de propuestas democráticas en seguridad pública y justicia penal

Ernesto López Portillo Vargas
Presidente
Instituto para la Seguridad y la Democracia
Carolina 80, despacho 1
Col. Ciudad de los Deportes
C.P. 03710, México, D.F.
www.insyde.org
contacto@insydeideas.org

Criminalidad organizada y derechos humanos: paradojas en el contexto de la interacción contemporánea entre estado, individuo y mercado

Luis GONZÁLEZ PLACENCIA

Investigador del Instituto Nacional de Ciencias Penales y miembro del Consejo
Asesor del

Instituto para la Seguridad y la Democracia A.C.

0. Introducción

Me interesa en este ensayo hacer una reflexión en torno al reto que la criminalidad organizada presenta hoy día para la vigencia de los derechos; pero intento hacerlo desde una perspectiva que sitúe el problema en un contexto macro, que es el que, me parece, permite una consideración global sobre el tema, que se haga cargo de los límites de la ingenuidad, pero que sea prudente respecto de los alcances del cinismo. La secuencia de mi argumentación es la siguiente: asumo como premisa que la criminalidad dominante en una época determinada es endémica a la relación entre las esferas del mercado, el estado y el individuo; que la criminalidad organizada es endémica, por tanto, de la tercera modernidad; que por la forma que asume el mercado en este periodo, la criminalidad organizada es fuente de paradojas; que por la forma que asume el estado en el mismo periodo, no es susceptible de ser combatida desde la ley y que, por la forma que asume el principio del individuo en la fase actual de la modernidad, el discurso de los derechos le resulta funcional, cuando no ajeno. Acepto que la premisa de la que parto puede ser especulativa y en todo caso, acepto que la validez interna de mis argumentos depende de la validez externa de tal premisa. Enseguida desarrollo mis argumentos.

1. El delito como forma endémica de la modernidad

La modernidad trajo consigo nuevas instituciones, nuevos actores y una correlación de fuerzas distinta respecto de la cosmovisión del mundo medieval. La relación entre el incipiente mercado y las primeras formas del estado moderno estuvo mediada por el lugar central que el individuo y la protección de sus derechos tuvieron en el pensamiento liberal. En términos llanos, el reconocimiento del poder del estado sobre los individuos, muy en especial del poder para poner en peligro la libertad, la vida y la propiedad, para afectar, es decir, la esfera de lo privado, se expresó como una necesidad de poner límites al estado que fuesen garantía de no intervención. De ahí que no sea casual que las dos más importantes declaraciones de derechos -la francesa y la norteamericana- hayan tenido como objeto la protección de las llamadas libertades negativas. En ese contexto, el derecho penal liberal jugó un importante papel en una doble dimensión destinada, por una parte, a definir las conductas que, realizadas ente particulares, ponían en riesgo los bienes que dichas libertades suponían -la propiedad, pero también la libertad entendida como capacidad para insertarse en el mercado- así como las penas que debían sufrir quienes las cometieran; y por la otra, a definir los límites entre el poder del estado y los particulares que requerían que el ámbito destinado al florecimiento de la actividad individual en el espacio público estuviese libre de amenazas. El derecho penal fue pensado, así, para servir como un mecanismo de regulación de los conflictos entre los propios individuos -delitos y penas- y entre los individuos y el estado -garantías- dando por hecho la factibilidad de tales conflictos y sobre la base de un conjunto de normas destinadas a otorgar previsibilidad a las consecuencias que la intervención estatal tendría en la afectación de los derechos

de los ciudadanos. Con ello, el dispositivo ideológico de la primera modernidad configuró un espacio simbólico en el que se dio una importante convergencia entre los principios del mercado y del individuo y de ambos con el estado, al centro de la cual, los derechos humanos constituyeron el referente de validez. La legitimidad de la intervención penal –y en general de toda posible intervención del estado en la vida de los ciudadanos- quedó así referida a la garantía de legalidad, que en clave de derechos supone ser leída como el límite a los actos gubernamentales. Como es posible observar, en el equilibrio conseguido entre los principios del pilar regulativo de la modernidad el fiel de la balanza, por así decir, lo constituyeron los derechos humanos.

Sin embargo, este equilibrio se rompió al menos en dos ocasiones a lo largo de los últimos doscientos años generando en cada caso, nuevos equilibrios. El primer desequilibrio se dio a favor del estado que a lo largo de los siglos XIX y XX, logró colonizar tanto al mercado como a los individuos, con una clara tendencia a la autoprotección. De modo grueso, puede decirse que en este periodo fue el estado el que requirió de una alianza con el mercado para el control de los movimientos sociales que afectaron tanto la capacidad de gobernar del primero, como la estabilidad del segundo. El derecho penal se convirtió en el instrumento por excelencia para el control de la disidencia política, económica y moral, abandonando con ello su carácter de garante de los derechos y asumiendo un nuevo rol como custodio del orden -político, económico y moral. En este periodo la noción de delito se desdibujó dando cabida a una más amplia capacidad para definir comportamientos que podían ser perseguidos, lo que se logró mediante el recurso al concepto de “desviación social”. Este concepto permitió incrementar el ámbito del control institucional que ya el estado se había irrogado mediante el uso del derecho penal, a comportamientos no necesariamente tipificados, pero de igual modo atentatorios frente a la concepción dominante del orden político, económico y moral, es decir, a la amplia gama de comportamientos que la criminología clínica y la sociología de la desviación se encargaron de definir como “para”, “anti” y “a-sociales”. La red institucional se extendió así, con el sistema penal como núcleo duro de una estrategia de control a manos de los operadores sociales quienes jugaron un papel muy importante en la detección y en la criminalización de la pobreza, el sindicalismo, la homosexualidad, la producción, venta y consumo de drogas y el activismo político, entre otras formas de la disidencia. En esta nueva constelación, los derechos fueron relegados a un papel simbólico, destinado a la mediación de las demandas entre el sector social y el mercado, cuya satisfacción quedó en manos del estado. Tampoco me parece casual que haya sido en este momento, la segunda modernidad, cuando fueran proclamados los llamados derechos sociales, pues en el doble proceso de luchas y concesiones, lo cierto es que, con la protección de estos derechos, e incluso sólo con la promesa de su satisfacción futura y progresiva, el llamado estado de bienestar social logró una base de estabilidad en la que se premió el consenso y se persiguió y castigó a quienes disintieron. El temor que los ciudadanos de la primera modernidad tenían acerca de los poderes del estado se actualizó, pero la condición estable de los mercados -bajo el manto protector del propio estado- no sólo no resultó amenazada por el poder estatal sino que se vio beneficiada por este; así, junto al control legítimo de la delincuencia, la criminalidad de estado floreció durante la segunda modernidad, solo que, por razones obvias, ello no fue claramente visto como un problema social, sino en todo caso legitimado, bien desde la criminología de orientación positivista, o bien a partir del concepto de razón de estado, cuando definitivamente la imposibilidad para justificar sus actos así lo requirió.

La situación recién descrita tuvo al menos dos efectos importantes: por una parte, la renovación del discurso del derecho como límite al poder ilegítimo, aunque en ocasiones legal, de los estados; por la otra, consecuencia natural de la evolución del libre comercio, la transnacionalización -y con ello la dominación- de los

mercados en el escenario de la tercera modernidad. La connivencia entre ambos discursos es sorprendente por cuanto muestra el modo en el que la más reciente constelación de las esferas en la regulación de la modernidad juega un nuevo equilibrio, esta vez, a favor del mercado, invirtiendo la relación del liberalismo de la primera modernidad y orientando al estado hacia la protección del mercado. Respecto de los individuos, atomizados y reorganizados ahora en el seno de los llamados nuevos movimientos sociales -ONG y OSC- el estado neoliberal establecerá un compromiso de protección por la vía del estado de derecho, en su acepción más próxima a la *"rule of law"* norteamericana, desdoblada al menos en tres niveles de protección de la seguridad: pública, nacional y jurídica. Sin embargo, la protección de los derechos humanos es residual respecto de la protección que el mercado requiere, tanto de los vestigios del estatismo y de los nacionalismos, pero fundamentalmente, respecto del mismo mercado que en el fondo, resulta el principal riesgo para su propia estabilidad. En otras palabras, parece posible hipotetizar que es, nuevamente, la esfera dominante la que al definir los riesgos que le amenazan, define también el horizonte de su forma endémica de criminalidad. Si en la primera modernidad la dominación en el pilar regulativo la ejerció el principio del individuo, los riesgos que otros individuos y el estado representaron para su libertad definieron el ámbito de su protección desde el propio estado liberal clásico -derecho penal, libertades fundamentales y garantías penales- y junto con ello, el de los delitos que le amenazaban: robos, violencias, injurias, contrabandos, deudas, tranquilidad pública, migraciones. En la segunda modernidad, el centro lo ocupó el estado quien, encargado por antonomasia de la protección del sistema, se auto-protegió de los riesgos que para su estabilidad representaron un individuo colectivizado en amplios movimientos sociales, y un mercado en creciente expansión. En ambos casos, la sobre-regulación fue el instrumento que le permitió intervenir y someter, tanto al individuo como al mercado, mediando la relación entre ambos con ayuda del dispositivo de los derechos sociales, pero a la vez generando una relación interesada con el mercado a favor del control del disenso social. La auto-protección del estado definió los delitos y las desviaciones características de la segunda modernidad: disolución social, agitación política, consumo de sustancias prohibidas, "desviaciones" sexuales, pandillerismos, prostitución, juego. Así también, si en la tercera modernidad ha sido el mercado el que ocupa el sitio dominante, es la necesidad de protegerlo la que define los términos del control que ha de ejercerse para garantizarla. Con respecto a los peligros que emanan del propio estado, la *rule of law* habrá de resguardarle frente al estatismo y los nacionalismos; con respecto al mercado, una nueva concepción del orden radicada en la seguridad, deberá protegerle de la competencia desleal y de la actividad comercial que se da en sus márgenes, es decir, de lo que conocemos como criminalidad organizada. Residualmente, el estado neoliberal de derecho funcionará también para la protección de las nuevas colectividades respecto de quienes atentan contra su seguridad.

Si este análisis es correcto, es posible afirmar que la criminalidad es endémica al tipo de dominación que prevalece en el pilar regulativo de la modernidad; en consecuencia, es posible decir que la criminalidad organizada es endémica de la tercera modernidad, como la criminalidad política -en sentido amplio- lo fue de la segunda y la criminalidad convencional de la primera. Esta suposición tiene implicaciones importantes respecto de los mecanismos de regulación de los nuevos comportamientos delictivos, pero también los tiene en torno al papel de los derechos humanos y de la sociedad civil en la búsqueda de equilibrios que, al menos en última instancia, permitan proteger al ciudadano.

2. Contexto: Estado, mercado y delito en el contexto global

En otros espacios he sostenido que, en la tercera modernidad, el derecho penal ha quedado subsumido en el seno de un modelo más amplio y difuso que es el de la seguridad. Ahora me parece más claro que nunca que incluso la seguridad jurídica, tan cara al sistema penal liberal, cuando se la mira a través de los ojos del mercado, juega un papel muy importante en el afianzamiento de las condiciones que hoy requiere un empresario para decidir si invierte o no en un territorio determinado. De modo que incluso la seguridad jurídica en su acepción de criterio de validez de la *rule of law*, es parte de un sistema amplio de protección de la seguridad en la que se encadenan también la seguridad nacional y la seguridad pública. La primera pone las condiciones de validez para el litigio de los problemas que, desde el plano jurídico, enfrentan los mercados con los ciudadanos, robos y fraudes sin duda, pero también otros conflictos de carácter laboral, civil y administrativo. Pero son las políticas de seguridad nacional y pública las que configuran un resguardo frente a los embates que el mercado legal tiene desde otros mercados. Por ejemplo, desde la década de los ochenta, la idea de que el estado sostiene una guerra contra el narcotráfico da cuenta del carácter de enemigo que se otorga a un sector del mercado de satisfactores que producen placer y evasión a un muy importante nicho de consumidores en el mundo. Por su parte, las políticas de seguridad pública también han supuesto una expansión de sus posibilidades de intervención con miras al control de las dimensiones locales de estos mercados ilegales que constituyen por ejemplo, la piratería, la reventa de autopartes robadas, el contrabando y más recientemente, el llamado narcomenudeo.

Para decirlo de otra forma, la respuesta que el estado ha dado para proteger al mercado de las situaciones que le amenazan ha supuesto estrategias que desdibujan los límites del sistema penal simplemente porque, como se lo concibió en los últimos trescientos años, hoy resulta inoperante. O bien, de modo más radical, la principal razón por la que las garantías que supone el sistema penal para los ciudadanos se han degradado con sorprendente facilidad radica en el hecho, duro pero insoslayable, de que el objeto de protección del sistema penal no es más “el ciudadano”, sino en todo caso “el público”, una clase especial de ciudadanos que por su naturaleza interesan predominantemente al mercado. Si intentara una interpretación de la doctrina de justificación que ampara esta visión de las cosas diría que ello se justifica porque el público –en tanto que conjunto de consumidores consensuados- no las necesita, porque mientras se comporte conforme a la ley podrá gozar de la libertad, especialmente de aquella necesaria para consumir sin más restricciones que la capacidad como sujeto de crédito se lo permita. El otro, productor, fabricante, distribuidor o consumidor de bienes ilegales, no es, en esta óptica, un ciudadano, sino uno más de los habitantes de la región de riesgos que atentan contra la República de las Víctimas, constituida como la entidad imagética de todos quienes configuran el público. De éste último se busca en todo caso la aprobación, como espectador de la política criminal, en aras de la consolidación de la confianza en las instituciones y en esa medida, de la fidelidad con el mercado legal.

La lógica de esta doctrina de justificación es sorprendentemente simple y se resume, no obstante su contradictoriamente compleja explicación sistémica de la sociedad actual, en lo que alguna vez el gobernador de un estado de México hiciera parte de su lema de campaña: *los derechos humanos son para los humanos, no para las ratas*. En esta lógica, el público se compone de víctimas, reales y potenciales para las que, en el momento de requerirlo, el sistema de seguridad dejará caer todo el peso de la ley sobre quienes atentan, real o potencialmente, contra el orden y la paz. Los derechos, y muy en particular el derecho a la seguridad, están del lado de la víctima (piénsese por ejemplo en el auge del

derecho victimal, del desarrollo de la victimo-dogmática y de la victimología), pero siempre que la víctima la constituya un cliente, un usuario, un propietario, un miembro, en suma, de la comunidad de consumo que configura al público en la sociedad actual. Quien no pertenece a esta comunidad, por acción o por omisión, está contra ella y por tanto, su carácter de sujeto de derechos queda por lo pronto, disminuido si no es que anulado.

3. Paradojas: la relación implícita entre crimen organizado, mercado y ley

Pero esta consideración simple no se hace cargo de las paradojas que contextualizan los fenómenos relacionados con la forma endémica de la criminalidad en la condición global. La primera de estas paradojas, que puede identificarse como «paradoja del mercado», supone, por un lado, que todos los mercados ilegales configuran, en último análisis, la otra cara de los mercados legales; para todos los bienes que circulan en el mercado negro hay una justificación alternativa cuya raíz sigue sostenida en el viejo argumento de la ley de la oferta y la demanda. El consumo de armas, de drogas y de pornografía, es sólo en ciertos casos ilegal, y su comercio legal se basa en el reconocimiento de la capacidad de las personas adultas para decidir sobre lo que consumen, a sabiendas del daño que eventualmente pueden producir o producirse. El comercio de productos “pirata” y de mercancía robada aprovecha una “ventana de oportunidad” en quienes no disponen de recursos para conseguir bienes que de otro modo son inaccesibles. Y claro que siempre estarán presentes los argumentos de la inmoralidad y de la insalubridad que simbióticamente se validan para hacer creer al consumidor sano y moral que hay una ética del consumo que supone fidelidad al lado regulado del mercado y que el precio de más que se paga, se compensa en la calidad del producto y en la tranquilidad de haber consumido conforme a la ley. Pero dos cosas saltan de esta paradoja: la primera es que la ética del mercado es la de su propia conveniencia, como reza el lema de una escuela para empresarios que se anuncia en las revistas que se obsequian en los aviones: *en los negocios no se consigue lo que se merece, sino lo que se negocia*, lo que da cuenta de la concepción de justicia que subyace al mercado y que podría parafrasearse diciendo que, para la empresa, justo es lo que conviene al mantenimiento del consumo; la otra cuestión tiene que ver con que, dada esa visión de la ética empresarial nunca se sabe, ni se sabrá, dónde está el límite entre los mercados legales y los ilegales, pues podemos, sin duda, identificar los extremos, pero ¿dónde termina uno para dar lugar al otro? La criminalidad organizada es sólo la parte interna de la banda de Möebius que es el mercado en la tercera modernidad.

Pero a esta primera se añaden otras paradojas. Me ocupo ahora de la «paradoja de la excepción» que se refiere a las consecuencias colaterales no previstas de la persecución excepcional –es decir, mediante medidas legales de excepción- de los participantes en estos delitos y de los propios bienes ilícitos.

Por una parte, como se sabe, las organizaciones criminales funcionaron sobre la base de estructuras jerarquizadas, con una división estricta del trabajo entre sus miembros. La imposibilidad de llegar a los capos supuso la introducción en la ley de supuestos legales de excepción que otorgaron a la policía y a los procuradores de justicia penal más facultades que a la postre, permitieron la aprehensión de algunos de los más importantes. Sin embargo, dado que las organizaciones criminales son empresas vivas y funcionales, no es descabellado hipotetizar, por ejemplo, que la caída de los grandes capos de la droga en los años 80 y 90 en México, ha sido funcional a la fragmentación de los cárteles y que, como efecto colateral de la política antidrogas, el resultado haya sido precisamente el de la expansión de la industria del narco.

Desde una perspectiva diferente, otra expresión posible de este fenómeno puede constituirlo el escalamiento que en los últimos años ha tenido el narcomenudeo, pues frente a la obstaculización de flujos de droga hacia los puntos de venta para los que había sido originalmente destinada, el *surplus* de mercancía que se queda en los sitios de tránsito y que por la razón que sea no se destruye, tiene que ser redistribuida de modo tal que se minimicen las pérdidas, con la ganancia secundaria que supone la creación de nuevos mercados locales.

A su vez, como resultado de estos fenómenos, las organizaciones criminales han aprendido, como las legales, que la descentralización y la multipolaridad es condición de la supervivencia del mercado del que participan. La expansión de la organización criminal supone la existencia de funciones múltiples que son realizadas por miembros que se especializan pero que no son indispensables; si el titular de la función cae, incluso si se trata de *i capi*, lo importante es mantener la función para que la organización no se pierda. Incluso en los casos en los que se mantiene un control centralizado, este tiene vigencia hasta en tanto permanezca al mando quien lo dirige, pues una vez que esto ya no suceda, lo más seguro es que la organización evolucione hacia formas descentralizadas o bien se fragmente. De lo anterior se sigue que, a mayor excepcionalidad en las reglas de persecución, menor control sobre las consecuencias colaterales no deseadas de la política criminal puesta en marcha.

Por su parte, la fragmentación de los cárteles ha sido funcional a la diversificación de la oferta. A mayor oferta, más necesidad de diferenciación, lo que impacta en la territorialización, en los productos y en la generación de nuevos mercados. En este contexto, una política que disminuye la mercancía que circula para satisfacer esa demanda ampliada, produce mayor competencia y la necesidad de repartir la mercancía que no es confiscada y destruida, al conjunto de consumidores que constituye la demanda original, lo que supone para los cárteles menos golpeados por la ley, una oportunidad para acercarse a los consumidores afectados por la escasez. En otras palabras, una ley antidrogas, para aterrizar el ejemplo, puede funcionar, paradójicamente, como un regulador del mercado ilícito, creando y fomentando la competencia, lo que constituye una paradoja más que puede denominarse, justamente, la «paradoja de la prohibición».

Naturalmente, la marginación que la declaración de ilegalidad supone para los mercados de bienes ilícitos es condición para el surgimiento de mecanismos de regulación alterna de la competencia. La violencia y la corrupción son, en este sentido, los recursos más claramente utilizados y se expresan, no solo como guerras entre cárteles, sino como el desdibujamiento de los límites entre quienes cometen el delito y quienes lo persiguen. Hoy por hoy, la penetración del crimen organizado en las instituciones de los países más afectados por el problema es inconmensurable. Aquí se expresa una paradoja más que es la «paradoja de la ilegalidad» que supone que la marginalidad del mercado negro es condición para la ausencia de reglas claras de competencia, lo que maximiza la violencia y minimiza el control sobre la corrupción. Con ello, se abre un potencial muy importante de crecimiento para la industria ilícita que prácticamente no reconoce límites y que en ese sentido termina por hacer difusa la línea que suponemos hace distinto el ámbito de acción del delito y el de su combate.

Y es justo la ausencia de límites, producto de la acción conjunta de las paradojas descritas, la que se constituye en la principal característica de la criminalidad organizada: la capacidad para concentrar poder, que desde las perspectivas económica, bélica e incluso política, es poder efectivo de negociación ante sus competidores o bien, ante quienes obstaculizan su crecimiento. Como efecto de esta capacidad de negociación, cualquier medida y cualquier funcionario que se interpone con un mercado ilegal, adquiere un precio y se convierte, al mismo

tiempo, en una posición a conquistar en beneficio del negocio: un policía, un fiscal, un secretario de estado, un juez, un gobernador, de ser cooptado es, cada uno a su nivel, un nuevo socio de la empresa; de no serlo, es un factor de encarecimiento del producto que hay que eliminar.

Un ejemplo relativamente cercano de lo que aquí se plantea tuvo como escenario, ni más ni menos, a las prisiones de alta seguridad de la Palma y Matamoros. Los eventos allí ocurridos dan cuenta de que, no sólo la ley penal, sino tampoco las penas convencionales, son útiles cuando de lo que se trata es de ponerle límites a un mercado, en un contexto en el que ningún mercado, legal o ilegal, se somete a otros límites que no sean los de su autorregulación.

La principal paradoja la constituye, por tanto, la de que en la era de la globalización, caracterizada por un mercado legal hipertrófico, colonizador del estado y de los individuos, el estado intente someter, por la vía de la ley penal, una forma de crimen que a la postre es también un mercado, que por ilegal no deja de estar inserto como los demás en el contexto global y más bien, justo por estar prohibido, tiene una importante perspectiva de perpetuación.

4. Horizonte: el futuro global de los mercados ilegales

Si el problema se quedara solamente en el mercado, una legalización de los bienes ilícitos podría suponer la vía más adecuada para solucionar la criminalidad que se organiza alrededor de estos bienes. Pero el nivel de ganancias, las posibilidades de crecimiento y diversificación, las ventajas, en suma, de estar en el margen del mercado legal, hacen suponer que, más allá de los argumentos moralinos y legaloides que puedan ser esgrimidos, la legalización de los mercados ilegales no va a ocurrir en el horizonte próximo. Algunos autores pronosticaban en los años ochenta que una vez dadas las condiciones para la comercialización de algunas drogas por parte de las empresas transnacionales, la legalización de estas sustancias ocurriría; pero la globalización es horizontal y en esa perspectiva, el modo en el que se ha expandido la economía criminal ha mostrado el potencial que ésta última tiene frente a la economía legal. Hoy hemos sido testigos de la influencia de la globalización en la expansión de la economía ilegal; las mafias chinas y coreanas, por ejemplo, han extendido sus intereses y su participación desplazando a quienes tenían un control histórico de las drogas y otros productos ilícitos en diversas ciudades del mundo. Desde otro ángulo, por años, el propio sistema financiero respondió favorablemente, como sabemos, a los beneficios del dinero lavado. Si en algún modo la «paradoja de la legalidad» tiene validez, lo que podemos pronosticar es que el estado –y el mercado- de la era global no apostarán a la incorporación del comercio ilegal al legal; más bien, apostarán al control que pueda ejercerse para mantenerlo dentro de ciertos límites de tolerancia.

5. Retos para el estado: los nuevos límites del sistema penal

Desde luego, lo anterior no desvirtúa un cierto nivel de lucha legítima contra la delincuencia organizada; por el contrario, justifica el proceso de reconsideraciones acerca del papel de la ley y de las instituciones en su combate. El ejemplo del juez Falcone en Italia fue notorio en este sentido, pues la experiencia del *pool* antimafia parece demostrar que la degradación de las garantías funciona cuando el sistema penal se dirige a quien es ya de antemano, sabido culpable. El sistema penal se

orienta entonces a «validar» esta intuición, a mostrar más que a demostrar, la responsabilidad del imputado, a aportar las pruebas que la ilustren, más que a refutar su inocencia. Quien defiende a un imputado es, por antonomasia, un enemigo de las finalidades del sistema. Frente a esta situación se me ocurren dos explicaciones posibles.

La primera, en aras de la prevención general positiva, el sistema penal como subsistema social debe encaminarse a desempeñar funcionalmente su papel en la organización de la confianza del público en las instituciones. Como hemos dicho, la entronización de las víctimas ha jugado un papel del todo relevante en esta tarea. Con ello, si se me permite especular, con un discurso contra la delincuencia organizada y con instituciones que validen todas las medidas necesarias para enfrentarla como se enfrenta a un enemigo –visto en este caso como enemigo de las víctimas- el sistema penal expandido puede mantener a raya, por así decir, a la criminalidad organizada y lidiar mediáticamente con la inseguridad que produce la delincuencia convencional y las manifestaciones domésticas de la industria delictiva.

La otra explicación que se me ocurre, dando por válido el interés legítimo por mitigar los efectos en el consumo de productos y servicios ilícitos, es que lo único que justifica el uso de mayor violencia estructural y legal, que es lo que caracteriza a los regímenes legales de excepción, es la certeza de enfrentar a un actor que tiene más poder y que por tanto tienen más capacidad de violencia que el propio estado, que en la primera y segunda modernidades, se suponía monopolizador y racionalizador de este que al final, es uno de los recursos más ampliamente utilizados en la solución de conflictos. Esta idea no es descabellada si se tiene en cuenta que, en el caso en el que así se deseara, en las condiciones actuales y a través de los recursos legales ordinarios, un estado no puede aspirar sino a regular ciertos aspectos de los mercados legales; ¿desde qué clase de plataforma podríamos entonces exigirle que lo haga con los ilegales?

Al final, ambas explicaciones convergen en un punto en común que es el siguiente: el único modo eficiente para mantener bajo control el poder y la violencia de la criminalidad organizada con la ley, es utilizando leyes más violentas. De ahí que los límites del derecho penal de la tercera modernidad vengan impuestos desde fuera; la renuncia a los límites intrasistémicos, es decir, a la validez de las garantías, no es sino el resultado de la imposición de unos límites construidos desde el mercado y desde el público, que no son otros por cierto que los límites mismos del estado neoliberal: todo en favor del aliado, todo contra el enemigo.

6. Retos para el individuo: los límites de la sociedad civil

Uno puede estar de acuerdo o no con la idea de mantener bajo control a toda costa a los delincuentes, pero definitivamente hay que reconocer que hay un número importante de víctimas colaterales que no pueden ser consideradas, simplemente, como *casualties of war*. Y me refiero desde luego a las víctimas del consumo de drogas alteradas, a las víctimas de los traficantes de personas, a las del comercio sexual infantil y adulto, a las de las balas de las armas, a las de las crisis económicas derivadas de los grandes fraudes bursátiles, pero también me refiero aquí a las víctimas directas del efecto que causan las leyes de emergencia. En último análisis, habría que reconocer también que el proceso de victimización que

se deriva de los problemas relacionados con el crimen organizado es responsabilidad de quienes lo realizan, tanto como de quienes lo combaten. En este momento es necesario volver al punto de partida de este ensayo: si la criminalidad organizada es endémica de la tercera modernidad ¿qué papel juegan los derechos humanos en este marco?

Los cambios operados en los últimos treinta años han afectado de modo significativo la esfera del individuo también. En la primera modernidad el individuo, como ciudadano, jugó un papel central frente al estado y el mercado; en la segunda modernidad, el principio del individuo se reconstruyó en colectivos sociales, como fue el caso de los sindicatos y su poder se mantuvo mientras pudo encontrar en el *Welfare State* a un interlocutor válido. En la tercera modernidad, el principio del individuo se transformó de nuevo: los colectivos se fragmentaron y las personas hallaron en la sociedad civil una nueva representación. Los que entonces se llamaron “nuevos movimientos sociales” tenían como característica la organización casi espontánea alrededor de una serie de temas propios de una nueva agenda de preocupaciones sociales: el medioambiente, los derechos civiles, el desarme, la democracia, el consumo; temas que en común configuran el catálogo de valores que, tras la caída del muro de Berlín, han venido constituyendo el nuevo marco interpretativo de la modernidad.

Conjuntamente, la persecución de esos valores da cuenta de una red de “seguridades” cuyo sentido se halla precisamente en los riesgos que amenazan tales valores. Con todo ello, el horizonte de la lucha social se desplazó también, desde el mercado –principal fuente de inseguridad para el individuo en la segunda modernidad- hacia personas abstractas: el que contamina, el que tortura, el dictador, el macho, en suma: el que abusa. La lucha social de los años ochenta en adelante, ha sido más bien una lucha de subjetividades que articuladas en redes son reductibles a la dicotomía “el débil frente al fuerte”. Detrás de estos cambios está, desde luego, el proceso de multiplicación y de especialización de los derechos humanos que dio lugar a las generaciones tercera y cuarta: los derechos relacionados con la identidad y los relacionados con la vulnerabilidad global; generaciones de derechos que plantearon una nueva condición de sujeción al individuo quien se torna, entonces, sujeto de su identidad y de su situación frente a los riesgos.

En otras palabras, la posición del sujeto en la tercera modernidad depende de su pertenencia a grupos que se articulan en función de las nuevas tensiones en la relación sujeto a sujeto en escenarios que configuran, por así decirlo, ámbitos específicos de seguridad: el contexto de los discursos de género que provee el ámbito de seguridad para la nueva relación de identidades femeninas y masculinas; el contexto de los discursos de la democracia neoliberal que provee el horizonte de seguridad de la nueva relación de identidades amigos/enemigos; el contexto de discursos sobre la globalización que provee el horizonte de seguridad de las tensiones entre las identidades de globalifóbicos y globalifílicos y un etcétera cuya longitud se mide por el número de tensiones que es posible identificar o construir al rededor de las identidades a las que puede aspirar el individuo en esta etapa de la modernidad.

En otras palabras, en la tercera modernidad, el principio del individuo se realiza en un contexto altamente fragmentado, donde los escenarios, los actores y los recursos se articulan alrededor de temas de gran especificidad. Y esta situación no ha sido ajena al tema de los derechos, que en este contexto forma parte central de los recursos que se tienen para regular la lucha de las subjetividades. Los derechos de las mujeres, los derechos de los ciudadanos, los derechos de los consumidores, se orientan a la regulación de tensiones específicas a la relación que en cada caso viene dada por el sujeto de los derechos y por el otro que los amenaza. En el fondo,

este mecanismo de protección que en línea de principio se legitima por la asimetría histórica entre los sujetos de las relaciones de poder que se dan en los contextos descritos, corre un elevado riesgo de fetichización cuando se da, como ocurre hoy, en un escenario fragmentado, descontextualizado y maniqueo donde cualquier forma de identificación con el agresor pone en duda la legitimidad de la propia identidad y coloca a quien así actúa en el escenario del enemigo. En otras palabras, se trata de un proceso de construcción acrítica de identidades estáticas con cargas valorativas asignadas de antemano, en suma: de sometidos y sometedores ontológicos.

Desde luego, en la agenda de preocupaciones de la sociedad civil se encuentra también la relativa al carácter disruptivo del delito. En este caso, el ámbito de seguridad lo constituye la política criminal en cuyo seno tiene lugar la tensión entre víctima y victimario. Aquí, me parece, las identidades dan cuenta de una relación fetichizada que reduce el problema del delito al del riesgo de ser victimizado, lo que justifica la construcción del problema como uno tendiente a neutralizar al enemigo "natural" de la víctima, que es el delincuente; la identificación con el agresor, o sea, cualquier intento por defender los derechos del delincuente, supone poner en duda la pertenencia a la "República de las víctimas" y hace de quien defiende los derechos del delincuente, un traidor a la causa del víctimas.

Y es que, claro, defender los derechos del agresor no tiene sentido en el contexto de estas relaciones fetichizadas: ¿Quién sensatamente puede defender a un dictador? ¿Quién defiende al macho? ¿Quién defiende al torturador? En el fondo, estas que podrían denominarse algo así como "identidades negativas" están marcadas por su condición de enemigos de los valores que dan cuenta de la civilidad y la democracia en una sociedad avanzada. En el mismo sentido ¿Quién defiende al delincuente? No, o no sólo, al autor de un robo por razones de supervivencia, sino al capo de una banda de traficantes de droga, o de explotadores sexuales de niños, o de asesinos de mujeres o de asaltantes violentos. Quien asuma su defensa tiene en contra al resto de los se saben víctimas reales, o se pretenden víctimas potenciales del delito.

Desde mi punto de vista, el problema radica en que estas relaciones han sido construidas de este modo porque la fragmentación del individuo, de sus contextos vitales, de sus relaciones sociales, es condición de posibilidad para el mercado en la tercera globalización. El mercado ha sido siempre sensible a la subjetividad, pero el descubrimiento del valor de las identidades le supuso la apertura de una gran "ventana de oportunidad" que es la de la colonización de la alteridad. La diferencia es un principio básico en la organización de los mercados actuales; reductible a la diferencia en los gustos y posibilidades de consumo, esta característica emerge como diferencia sustancial que incluso hace de la preferencia del consumo una opción política; desde la preferencia en el oferta de gobierno de los partidos, hasta la preferencia por los estilos alter mundistas de vida, pasando por las adherencias a los feminismos, indigenismos, naturalismos, new age, la identidad se define por el tipo de productos que se consumen, sean éstos discursos, artefactos, imágenes, promesas o prácticas.

El discurso de los derechos, en suma, es también en estas condiciones, un producto de consumo que se vende bien entre ciertas subjetividades, siempre que se atenga a la protección de las identidades positivas y evite extenderse a las negativas.

7. Perspectiva

El panorama que se presenta es complicado y, sobre simplificando, puede explicarse del siguiente modo: la criminalidad organizada representa un reto porque desde el estado las posibilidades de enfrentarla, aún con el recurso de la violencia legal extremada, son limitadas y contraproducentes; desde el ámbito de acción del individuo porque en el mercado de las identidades, la única posibilidad de colectivizar los intereses de las personas, según parece desprenderse del modo en el que jerarquizan los intereses de las subjetividades estáticas, se constriñe a hacerlo en su calidad de público. Quizá haya que mencionar aquí una variable más, que no desarrollo, pero que es transversal al modo en el que se estructura la interacción entre mercado, estado e individuo hoy día; me refiero a la variable mediática, cuya centralidad en la producción y reproducción de un nivel de la racionalidad que se expresa como imágenes ha constituido quizá, el más importante entre los recursos con los que cuenta el mercado para generar necesidades y para proponer satisfactores. La simbiosis entre el mercado y los *media* ha producido efectos de magnitud tal que el individuo ha quedado atrapado en el consumo, incluso si se trata de un consumo alternativo, o de un consumo ilegal.

De todo lo antedicho, para mi se sigue una consecuencia que en cierto modo está más próxima al cinismo posmoderno que a la ingenuidad ilustrada: la solución no la tiene el estado; quizá haya que buscarla en el individuo que es quien puede, en todo caso, poner un límite al mercado; y aventuro aquí una idea que por descabellada me parece interesante: buscar en el individuo la solución a las consecuencias del mercado ilegal, tanto como a aquéllas negativas que se desprenden del mercado legal, significa un replanteamiento radical del tema de los derechos como esencia de una cultura de consumo libre, responsable y justo. Más allá de la nostalgia por las utopías, en el seno del capitalismo salvaje, se requiere de mecanismos de defensa radical, capaces de reconocer la realidad en la que estamos parados. El activismo no puede renunciar a la crítica de las legislaciones de emergencia; al contrario, debe insistir en el derribamiento de las hipocresías, en especial cuando de ellas se siguen consecuencias que no sólo no resuelven, sino que potencian los problemas que se supone combaten; pero tampoco puede anclarse en la defensa ingenua de las identidades ontológicas. El reto está aquí en la capacidad para avanzar en la construcción de identidades dinámicas, desprovistas de valoraciones fundamentalistas que permitan defender, como un derecho fundamental, el derecho a ejercer los derechos que cualquiera otro sujeto ejercería en una situación cualquiera de ventaja. *Contrario sensu* supone el derecho a reclamar el derecho a no estar en desventaja. Entiendo la complejidad de la tarea; involucra en el fondo una teoría general de la justicia que está por construirse y que, para ser tal, debe, en mi opinión, renunciar al prejuicio y adherirse a la posibilidad de una *recta ratio*, que en un contexto de inestabilidades, no actúa como norma fundante, sino como criterio de corrección de las desigualdades.