

# El espionaje masivo como un (nuevo) Crimen de Agresión<sup>1</sup>

*Eugenio Raúl Zaffaroni\**

*Guido Leonardo Croxatto\*\**

## Resumen

El objetivo central del presente trabajo es abordar de un modo crítico un tipo penal presente en el Estatuto de Roma, que se mantuvo, sin embargo, casi una década (2002-2010) como un tipo penal abierto, hasta su definición en la Conferencia de Kampala, en Uganda, en 2010: el crimen de agresión.

Se pretende llevar adelante una lectura crítica de la definición alcanzada en Uganda, mostrando que la misma es notoriamente insuficiente, porque no alcanza de modo eficiente a cubrir las formas que la agresión cobra en el siglo XXI, con los enormes avances de la tecnología, avances que condicionan y determinan –de un modo claro y profundo– las nuevas formas que la agresión cobra en el plano internacional. Estos avances condicionan de modo profundo también la forma en que pensamos y preservamos la privacidad y sobre todo la forma en que la misma es (o debiera ser) pensada y preservada por los Estados.

1. El presente trabajo fue elaborado en conjunto durante una estancia de investigación conjunta desarrollada en el Ludwig Boltzmann Menschenrechte Institut (BIM), en la ciudad de Viena, Austria, y en el Instituto Max Planck de Derecho Penal y Derecho Penal Internacional, en Friburgo, Alemania, durante el primer semestre de 2015. Los autores agradecen fuertemente a ambos institutos la continua colaboración brindada (en especial a sus respectivos directores, Dr. Hannes Treter y Dr. Hans Georg Albrecht), tanto como a los seminarios en donde estas ideas pudieron ser discutidas. También al Dr. Kai Ambos, Director del CEDPAL, Universidad de Göttingen.

\* Profesor Emérito de Derecho Penal de la UBA y Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

\*\* Abogado (UBA), LL.M. (FU) Doctorando en Derecho Penal (UBA-Derecho/CONICET); gcroxatto@zedat.fu-berlin.de.

De este modo, se espera sostener que, bajo el formato actual, el tipo penal presente en el Estatuto de Roma sirve para concentrarse solo en las agresiones más toscas o precarias (o “tradicionales”), que son cometidas en general por Estados menos –o poco– desarrollados económicamente (como muchos países de África, sobre los cuales se concentra casi exclusivamente la actividad de la Corte Penal Internacional, como ha sido cuestionado por diversos autores, como Danilo Zolo), siendo funcional al ejercicio de la jurisdicción concentrada en países pobres (o emergentes), pero dejando de lado, en una forma de doble estándar (tan común en el derecho internacional), las formas más evolucionadas o refinadas de la “agresión”, dejando impunes (como ha sido la tendencia histórica) las agresiones de los Estados –países, economías– más poderosos.

Se espera analizar también en este trabajo las distintas formas que adoptan los mecanismos de control en las sociedades actuales.

Palabras clave: crimen de agresión, espionaje, diplomacia, soberanía, control social, Estado de Derecho.

## **Espionage as a (new) type of Crime of Aggression**

### **Abstract**

The aim of this paper is to address in a critical manner a penal type present in the Rome Statute, that was kept open for over a decade (2002-2010) until its definition in the Kampala Conference in Uganda in 2010: the crime of aggression.

Our objective is to dissect with a critical eye the definition reached in Uganda, showing that it is insufficient since it doesn't cover the forms of aggression of the XXI century, i. e. the technological innovations, which determine the new forms of aggression in an international level. They also determine the way in which we think and preserve privacy and how it is (or should be) protected by countries.

Under the current status, the penal type present in the Rome Statute concentrates only on the traditional forms committed by developing countries (such as Africa), being functional to the exercise of concentrated jurisdiction in poor countries, but setting aside, as a form of double standard (so

common in international law), the more refined or evolved forms of aggression, leaving unpunished the aggressions of more powerful States, countries and economies.

This paper analyzes the different ways the mechanisms of control adopt in modern societies.

Keywords: crime of aggression, espionage, diplomacy, sovereignty, social control.

## **Introducción**

“Er könne vielmehr nur dann wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht unbeachtet bleiben, wenn in ihm ein offensichtlich grober Verstoß gegen Grundgedanken der Gerechtigkeit und Menschlichkeit zum Ausdruck komme; der Verstoß müsse so schwer wiegen, daß er die allen Völkern gemeinsamen, auf Wert und Würde des Menschen bezogenen Rechtsüberzeugungen verletze” (Tribunal Constitucional Alemán, del caso “Guardianes del Muro”).<sup>2</sup>

El avance de las tecnologías está condicionando la forma en que pensamos la esfera privada. Las tecnologías y nuevos “servicios” están cambiando lo que entendemos también por comunicación, por vida política, por participación, por debate. Estos cambios y nuevos desarrollos (nuevas tecnologías, en la llamada era de las “telecomunicaciones”) condicionan también los instrumentos de los que disponen muchos Estados para hacer la guerra o acometer agresiones. Este último aspecto es el que esperamos profundizar en este trabajo.

El Estatuto de Roma, de 1998, contiene los cuatro crímenes que persigue la Corte Penal Internacional. El crimen contra la humanidad, el genocidio, crímenes de guerra y el crimen de agresión. El crimen de agresión, por las dificultades políticas (y técnicas) para acordar una definición (que no

2. Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht), “Guardianes del Muro”; “Mauerschützen” (BVerfGE 95, 96 - Mauerschützen), Alemania. Véase Schwabe, Jürgen (comp.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Konrad Adenauer Stiftung (KAS), México, 2009. Programa Estado de Derecho.

afectara intereses de Estados poderosos), permaneció durante mucho tiempo como un tipo penal abierto, como un delito que no estaba definido y en consecuencia no se podía perseguir. No era juzgado. Esto cambió a partir de 2010, cuando el crimen de agresión fue definido y el Estatuto de Roma reformado. Esto sucedió en la Conferencia de Kampala, en Uganda, en 2010; se definió entonces, en medio de arduas discusiones técnicas y también políticas (y contra la oposición de muchos países), el crimen de agresión. Esto reabrió la discusión sobre los límites del uso de la fuerza: qué configura un uso de la fuerza “legítimo” (por ejemplo, en una intervención humanitaria, intervenciones que a menudo disimulan otros objetivos militares) y cuándo ese uso de la fuerza es ilegítimo, es decir, cuándo configura una agresión, un crimen. La frontera no es clara porque muchas guerras y agresiones se han hecho y aún se hacen en nombre de causas nobles. De intervenciones humanitarias, democráticas, que luego demostraron no ser tales. La definición del crimen de agresión (y su persecución a partir de 2017) configura así un paso adelante para el derecho penal internacional. Abre un nuevo escenario que merece ser analizado.<sup>3</sup>

3. Este ensayo, que tiene como telón de fondo político el aún abierto escándalo de espionaje masivo (desatado en 2013 tras las revelaciones del ex espía Edward Snowden, ex agente –“especialista informático”– de la CIA), es un paper crítico de la posición restrictiva en la materia (que es la posición clásica alemana), de profesores colegas como Kai Ambos, que interpretan restrictivamente figuras como el crimen de agresión, crimen aquí analizado. Buscamos interpretar aquí –frente a posiciones restrictivas “clásicas” (que han sido históricamente funcionales al doble estándar de persecución penal)– “extensivamente” el Estatuto de Roma, sobre todo su última modificación en Kampala, Uganda, en 2010, de modo de volverlo más apto para perseguir los crímenes (sobre todo el crimen de agresión) en función de la forma en que los mismos cobran en el presente y no en el pasado. De este modo se combate la selectividad penal y se legitiman los tribunales internacionales, como la CPI, cuya base –en aras de la seguridad colectiva– es la cooperación internacional, principio rector de la ONU (sistema político emergente de la posguerra, pero que hoy está en crisis). Lo que hoy está en crisis es la cooperación (más que la competencia) entre países, Naciones y Estados. En medio de esta crisis (que abarca una crisis profunda de la diplomacia, de las relaciones internacionales, pero también una crisis del concepto mismo de Estado-nación, una crisis sobre los procedimientos que emplean las democracias, una crisis sobre el concepto de Estado de Derecho como opuesto al estado de excepción, que hoy ha pasado a convertirse lentamente, en el combate al terrorismo, en la “regla”) es que debe enmarcarse fenómenos como el espionaje masivo, la doctrina de la Guerra “preventiva”, la rehabilitación judicial de la tortura, y el regreso de otros

El objetivo de este ensayo es establecer o bosquejar los cimientos para una nueva doctrina (crítica, consustanciada con los desafíos y urgencias actuales en el escenario internacional, marcados por el resurgimiento de la doctrina de seguridad nacional) en lo atinente al crimen de agresión, presente en el Estatuto de Roma. Entendemos que hay, pese a los avances de Kampala, un paso todavía pendiente y es pensar la agresión según la –o en función de la(s)– forma(s) que la misma cobra en la actualidad y no por la forma que la misma cobró en el pasado, tomando como eje 1974 (Declaración 3314, incorporada al art. 8 bis del Estatuto de Roma) y no 2017. El Derecho Penal Internacional no puede ir siempre detrás de los hechos: alguna vez puede posicionarse delante. El objetido de este ensayo es reabrir, modestamente, una discusión para repensar, en el marco del derecho (penal) internacional, lo que entendemos por “agresión” y lo que entendemos por crimen.

El control digital y los servicios secretos: ¿una regresión medieval?

1. Nos proponemos reflexionar acerca de los efectos de la Revolución Tecnológica y el cibercontrol, pero no desde la perspectiva de un especialista en el tema, sino como criminólogos y desde la óptica de los Derechos Humanos.

No es nada nuevo detectar que la tecnología digital condiciona un importante momento de cambio social, que ha dado lugar a múltiples investigaciones y trabajos en las ciencias sociales, como el famoso de Gilles Deleuze acerca de la *sociedad del control*.

No obstante, creemos que el criminólogo puede arriesgar una visión propia, dada su familiaridad con el control social, que desde los años sesenta del siglo pasado ha pasado a ser el eje central de toda criminología

---

fenómenos (crímenes de Estado) que se creían desterrados o “superados”. Pensar este “retroceso” (en la legalidad internacional, inescindible del restablecimiento, luego del 11 de septiembre de 2001, tras los atentados en las Torres Gemelas de EE.UU., de la doctrina de seguridad nacional en desmedro de la “seguridad colectiva”, principio de posguerra, a la luz del cual se alumbró, vale la pena recordarlo, la ONU) es fundamental para repensar en la actualidad la forma que cobran las “agresiones”. Existen muchas agresiones (en planos como el medio ambiente, no solo en lo atinente a la vulneración de la privacidad) que no estamos enmarcando debidamente como lo que son: crímenes.

sociológica no burocrática.<sup>4</sup>Es en este sentido que arriesgamos la hipótesis de una tendencia a una *regresión tecnológica que retoma elementos capaces de dar lugar a una suerte de edad media digital*.

Los pretendidos “avances” de la tecnología pueden configurar o esconder –detrás de nada inocentes usos comerciales– también en otros planos civiles (interacción social, espacio público, capacidad de diálogo), un grave retroceso.<sup>5</sup> La principal amenaza es para la libertad civil de las personas.

Los avances (cambios) de la tecnología condicionan de modo profundo distintos aspectos de la vida en sociedad, como ser el diálogo y la participación política. El sentido de la privacidad misma (el modo en que la privacidad se entiende y se ejerce, se piensa y se defiende) es uno de ellos. Tal vez el más esencial.

2. En el mundo *desarrollado* y en las clases medias y altas del no tan desarrollado, o sea, lo que se considera el *mundo civilizado*, no puede ocultarse un fundado temor al (llamado, presentado como, pensado) *mundo salvaje* de pobres y hambrientos, que mueren de hambre y pestes en lugares no tan lejanos, algunos de los cuales golpean sus puertas o mueren en sus umbrales en el Mediterráneo o en el desierto de Arizona, e incluso a los que ocupan los fondos de sus propias sociedades, es decir, sus propias clases subalternas.

4. El control social –en los albores mismos de la sociología funcionalista norteamericana– tiene como telón de fondo el control o tratamiento de los –supuestos– “desviados” (a-normales, los que se salen de la “norma” representan siempre un “peligro” de “desviación” –alteración de un “orden” establecido–. Para la sociedad del sueño americano, todo aquel que no “encajara” en ese “sueño” autoevidente, reflejaba una “desviación” impropia y un peligro que debía “tratarse” –controlarse, medicarse, curarse–).

5. Véase Wilkens, Andre, *Analog ist das neue Bio*. Metrolit. Berlin. März 2015. El avance de la tecnología “privatiza” a las personas, que viven “encerradas” en sus celulares y pantallas, perdiendo de vista el entorno o espacio directo circundante en común donde habitan: desaparece el diálogo espontáneo en la calle con “desconocidos” (la sociedad se vuelve cada vez más impersonal), desaparece poco a poco el espacio público (la plaza, la vereda, la estación), que es reemplazado por el espacio privado en todas las esferas y formas: el celular es el ejemplo más terminante. Personas “conectadas” a miles de kilómetros de distancia, en continentes distintos (círculos cerrados, privados) pero incapaces de tomar contacto con las personas “comunes” que tienen a su lado, en su entorno más directo. Estos fenómenos condicionan la vida en sociedad y la vida política.

Ante esta amenaza *salvaje* –que irrumpió el 11S en medio de sus jardines simétricos– se torna angustiante el deseo de un supuesto *mundo ordenado de civilizados*, con puertas custodiadas, blindadas (como la fallida Operación Tritón en el Mediterráneo, cuya crisis humanitaria, derivada del drama migratorio –el llamado Mar de la Muerte– está a la vista), y donde todo esté en su lugar y nada se mueva imprevistamente ni nadie ensaye conductas nuevas, un mundo con fronteras externas aseguradas e internas que aislen a los *del fondo*.<sup>6</sup>

Lo cierto es que semejante mundo *civilizado*, seguro, pero repetitivo y no mutable, sería lo más cercano a un cementerio, por lo que no es arriesgado concluir que detrás de esta definición de *seguridad*<sup>7</sup> se oculta una pulsión

6. Todas las conductas quedan a priori, en las estructuras y con los medios actuales masivos de vigilancia, bajo sospecha. Es en este marco que cualquier persona puede ser acusada –por salirse de ese perímetro preestablecido, por no usar Facebook, por ejemplo– de tener un comportamiento “sospechoso”, de comportarse como un eventual “terrorista” (Ambos, Kai, “Los terroristas también tienen derechos”. En *Página/12*. Buenos Aires, 14 de mayo de 2011. También Ambos, Kai, “Wer ist ein Terrorist?”, en *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, FAZ, Frankfurt, 2 de octubre 2014).

7. Castel, R., *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegido?* Buenos Aires, Manantial, 2006. Castel analiza en forma lúcida las implicancias sociales y culturales de ese aumento de “protección”. El avance del espionaje en todas las esferas es uno de los rasgos de este “aumento de medidas” para alcanzar una (pretendida, no probada) mayor “protección”. El espionaje masivo no es escindible de un proceso gradual (en aras siempre de una mayor seguridad) tecnificación de la vida. Se termina confiando más en la técnica (en apariencia “neutral y apolítica”, “práctica”) que en las personas. Así se construye una sociedad de control, no de sujetos libres/autónomos. Tecnificación, proyección gradual de la propia vida, dominación y exposición y en consecuencia anulación de casi todas las acciones privadas. Se borra –se desvanece– la personalidad con esta sobre-exposición permanente. Se pone en peligro el “hombre”, se pone en peligro lo más “humano”, aquello que a partir de la privacidad nos define como personas: la conciencia, la capacidad de pensar autónomamente no es escindible de un ámbito privado. La sobreexposición borra la conciencia, nos deja desnudos, incomunicados y (pero) sobre-expuestos. No libres, sino entregados. De este modo –borrando las condiciones en que se ejerce la personalidad, se constituye la persona– se borran también todas las condiciones de la participación política. Se borran las identidades civiles que quedan reducidas a objetos de consumo (pero no de participación). La privacidad de las comunicaciones “las acciones privadas de los hombres”, “la correspondencia privada es inviolable”, etc., terminan siendo una letra muerta de nuevas constituciones liberales. Ya no existe el orden social que les daba sentido y sustento.

*tanática*, un instinto de muerte freudiano.<sup>8</sup> La construcción de un orden “supremo”, total, sin fisuras,<sup>9</sup> no parece un orden democrático, vivo, espon-táneo, dinámico, con los “riesgos” inherentes a toda forma de vida.<sup>10</sup>

Este modelo de *seguridad sepulcral* se legitima y estimula por los medios de comunicación audiovisual, empeñados en campañas donde se explotan las *emergencias del mundo salvaje* (interior y extranjero), para legitimar el control electrónico en todas sus formas y también un creciente *neopunitivismo* populachero (*völkisch*), que reintroduce instituciones premodernas en la legislación y la práctica del sistema penal.<sup>11</sup> Se observa, en distintos aspectos, un enorme retroceso en la legislación penal. Aspectos que se creían des-terrados (como la tortura, el espionaje masivo, la violación de la privacidad por los Estados) reaparecen de la mano de la doctrina de seguridad nacional, que borra los principios de la seguridad colectiva (principio rector de la ONU) basados en la cooperación entre países.<sup>12</sup> El espionaje masivo es un rasgo de

8. Un sujeto desaparecido, reprimido, “disciplinado”, un sujeto sobreexpuesto y sin dimensiones. Cuerpos disciplinados (*sujetos, cuerpos sujetos*) cada uno en su “puesto”. Sin moverse de su lugar, de su “rol”. De lo que se espera que haga. Marcuse, H., *El hombre unidimensional*, Buenos Aires, Losada, 2000.

9. Del que las disciplinas del “Saber” son parte. Foucault, M., *La Hermenéutica del Sujeto*. Buenos Aires, FCE, 2007.

10. Castel, R., *La inseguridad social. ¿Que es estar protegidos?* Buenos Aires, Manantial, 2006. Qué es y qué “significa” (qué implica, qué implicancias tiene) estar protegido, esa es la pregunta detrás del restablecido discurso de la seguridad nacional.

11. Dicho de otro modo: una penosa caída del liberalismo jurídico (cuestionado también por el penalismo de Frankfurt) en lo que este tenía de más esencial: la legalidad moderna, la clara línea divisoria entre la esfera pública y la esfera privada, garante de la autonomía moral del individuo (es decir, en su conciencia y su responsabilidad personal), en la que los nuevos sistemas económicos (y criminológicos) ya no confían. Para la criminología actuarial ya no hay sujetos “libres”, hay sujetos más o menos “peligrosos”. Hay riesgos. Lo que define es el riesgo, la “amenaza”, no ya la autonomía.

12. Se observa internacionalmente, según denuncian diversos autores, como Judith Butler en Estados Unidos, una rehabilitación judicial de la tortura. No solo que se la emplea militarmente, sino que se la justifica y legitima (incluso dentro del propio Derecho) en la llamada “guerra contra el terrorismo” (algo semejante sucede con el espionaje masivo, fenómenos que se creían superados vuelven a ser parte del estado “normal” de cosas, como observa Frankenberg en Alemania). Se observa un resurgimiento de la llamada doctrina de la seguridad nacional en desmedro de la seguridad colectiva, basada en la cooperación internacional entre Estados, principio rector de la ONU. Se observa un recorte gradual,

Estados que pugnan en la esfera internacional por privilegiar sus intereses (nacionales/comerciales). Estados que espían y se espían son Estados que ya no cooperan.

Cabe observar que este *mundo ordenado de seguridad* suele imaginarse en el pasado y se alimenta de nostalgia. Unos lo imaginan en la perdida vida rural; otros, como los nazis, lo situaron entre los nórdico-germánicos. Se imagina un *paraíso perdido en el pasado*, cuyo intento de reconstrucción inevitablemente acaba en un *infierno presente*, en muerte masiva.<sup>13</sup>

---

continuo, de garantías y derechos civiles. Una crítica al “garantismo”. Hay una erosión continua de la legalidad y del Estado de Derecho, la privacidad pierde valor. Es menester visibilizar y combatir esta tendencia internacional, que pone en riesgo –en jaque– el Estado de Derecho moderno, convirtiendo el “estado de excepción” (que vulnera las democracias) en un estado normal de cosas. Los métodos de las dictaduras (torturas, vigilancia de actos privados, violación de la privacidad y la correspondencia) están siendo adoptados por las democracias, que conservan solo su forma exterior, pero no su “sustancia”. Esta “sustancia” es lo que está en peligro, lo que Ferrajoli denomina el modelo de la democracia constitucional.

13. El (mal llamado) “drama migratorio” que se observa en Europa y EE.UU. (donde millones de “ilegales” son asesinados, librados a su suerte en un mar, un campo de “acogida” o un desierto inclemente, que cruzan junto a sus hijos) no es ajeno a este “infierno presente”, es solo una de sus caras.

El control permanente no produce sociedades con mayor orden: sino que desplaza el foco de atención (político, económico) y reinventa continuamente “peligros” (chivos expiatorios, como los “sin papeles”, los “terroristas”, las armas de destrucción masiva de Irak, etc.), para combatir los cuales (reales o supuestos) se recortan continuamente garantías y derechos. Esta es la falacia de la seguridad/protección: no ataca las causas económicas del “desorden” social (injusticia, desigualdad, pobreza, marginación, exclusión), sino que se criminalizan –y de ese modo refuerzan– las consecuencias (siempre variables) de un orden injusto, que jamás se cuestiona. La vigilancia es así parte de un disciplinamiento y un control de la sociedad (preservando sus injusticias e inequidades), pero no en aras de una mayor “seguridad” de la misma, sino en todo caso para su mejor “productividad” y “eficiencia”, repartiendo mejor los “costos” sociales y las “cargas” para el Estado. La vigilancia permanente debe inscribirse en esta tendencia de aversión al riesgo/peligro no para constituir sociedades más libres, justas y democráticas, sino más “productivas” donde todos los factores de producción (recursos “humanos”) son continuamente “vigilados” para que haya “orden”. Esto no supone, pues, en consecuencia, vigilancia –o protección real– respecto de factores externos, de “amenazas” exteriores. Esta es la excusa o pantalla para imponer la vigilancia como modelo en una sociedad cuya productividad (orden) se quiere optimizar. Por eso, en muchos países se ha comenzado a discutir si la instalación de cámaras en las oficinas y espacios de trabajo no vulnera derechos elementales de los

3. En la Edad Media la población era escasa y los miedos mucho mayores que en el presente. Las pestes diezaban poblaciones, los males provenían de Satán, que en hebreo significa *enemigo*. Los agentes de Satán eran las mujeres y los judíos, pero a las personas se las individualizaba, porque en el pequeño contorno no era necesario el fichaje policial: todos se conocían o podían conocerse. Los proyectos de existencia eran limitados, la vida adulta limitada.

El fichaje y clasificación de los *peligrosos* comenzó cuando se amplió la vida adulta en la concentración urbana,<sup>14</sup> allí surgieron las policías para controlar los proyectos criminales tanto como los disidentes (“desviados”, “vagabundos”), se vio que el crimen podía ser previsto estadísticamente (Quetelet y otros), solo faltaba saltar de la estadística a la individualización de los *peligrosos*. Para eso, se puso en marcha la técnica del fichaje humano, la fotografía y la antropometría primero, la dactiloscopia más tarde.

En definitiva, a medida que se fue superando el *fichaje natural del conocimiento directo medieval* por efecto de la urbanización que le permitía huir más de la observación, el ser humano adquirió el espacio de libertad social que le permitió ensayar proyectos existenciales propios, es decir, vida adulta

---

trabajadores, por ejemplo, el derecho al desarrollo de su personalidad. La vigilancia permanente conspira contra el desarrollo de la persona, y no se realiza para que la misma viva en un mundo o entorno “más seguro”. Esto último constituye una falencia discursiva, como advirtió Dilma Rousseff en la Asamblea General de la ONU en 2013 (cuando cuestionó el espionaje masivo contra empresas de petróleo de México o Brasil, o los celulares de presidentes como ella misma o la Canciller alemana Angela Merkel, todos aliados políticos y comerciales, espionados, que difícilmente puedan ser calificados como “terroristas”; el escándalo del espionaje masivo dejó al desnudo la preponderancia comercial de sus objetivos).

14. Cuando comienzan a generarse las grandes concentraciones urbanas con la consecuente despersonalización de la vida social, cuando las interacciones sociales se vuelven cada vez más impersonales: este proceso –inescindible del paso a la modernidad, del abandono de los estamentos rígidos– es inseparable del auge, en los 70 y 80, de pensamientos como el de Milton Friedman (opositor a toda forma de seguridad social, de asistencia social, de política pública) y de Friedrich Hayek. Estos autores impugnan toda intervención estatal como una forma –resabio– de vida tribal (de servidumbre política) frente a la cual el neoliberalismo económico impondría (con el individualismo) el “progreso”, un proyecto más “civilizado”, más “avanzado”, donde todos son más “independientes” y autónomos. Más individuos. Más personas.

menos observada.<sup>15</sup> Quizá toda la historia humana pueda expresarse como una constante pugna entre vida infantil controlada y adulta menos controlada. Como una constante pugna entre tendencias a la prisionización (incapacitación de las personas “tuteladas”, “controladas”, “vigiladas”) contra

15. La privacidad es constitutiva de la modernidad. Esta construcción de la privacidad como derecho –cuestionada, en otros sentidos, por el feminismo radical (Andrea Dworkin, Catherine A. Mackinnon)– es una de las piedras basales de la modernidad. (Véase Capella, Juan, *Fruta Prohibida. La construcción jurídica de la modernidad*, Madrid, Trotta, 2005). Es lo que diferencia a un Estado moderno de un Estado absoluto o totalitario. Karl Popper, en sus críticas a Platón se centra, un poco anacrónicamente, en este punto (Popper, K., *La sociedad abierta y sus enemigos*, Madrid, Paidós, 2010). Sin privacidad no hay margen para la autonomía ni el desarrollo pleno de la personalidad. Sin esfera privada no hay persona (s). Por eso en las cárceles se provoca una despersonalización y una regresión infantil. En las instituciones totales los “tratados” no se “recuperan” nunca: siempre “empeoran” y se vuelven cada vez menos independientes y más serviles (lo cual sea acaso el objeto final de las nuevas sociedades de vigilancia, que procuran incrementar, en el capitalismo avanzado, que socavó los cimientos del Estado de Bienestar, la “eficiencia” y reducir los “costos”). La nueva “institución total” (que nos infantiliza, que anula nuestra conciencia crítica, nuestro rol de ciudadanos, nuestro diálogo político maduro y nuestra participación política conciente, la interacción pública social) puede ser, con las estructuras de espionaje masivo, sistemático, con la vigilancia de todos nuestros actos y palabras, la sociedad civil misma. Esta es la nueva “cárcel”. El espionaje (en su vertiente comercial y en su vertiente de seguridad) anula el valor de la comunicación, de la interacción civil. Mercantiliza la palabra misma, el diálogo se desdibuja, las palabras son robadas y reconvertidas en clave comercial (en una suerte de “invasión” de la palabra, de robo de la palabra; palabras como “Claro”, como “OK”, expresiones como “me gusta” ya no pueden casi pronunciarse sin ceder al trasfondo comercial que suponen, del *holding* que se las ha apropiado, para invadir, con su producto, con su publicidad, el habla cotidiana, la nueva “estrategia de marketing” es la invasión del lenguaje, el robo de palabras, quitarles su uso cultural de “habla”, para imponerles en su lugar un uso comercial, no humano) el valor de la comunicación se desdibuja. Se desvanece el valor –el poder– de la palabra. Y la palabra es constitutiva para la conciencia individual y social (Heidegger, M., *Carta sobre el humanismo*. Buenos Aires, Losada, 2003).

La vigilancia masiva anula la conciencia moral del sujeto, su capacidad de interactuar y actuar políticamente y de reconocerse a sí mismo como un individuo con autonomía moral, propia, independiente (la conciencia de su “para sí”, de su soledad, afirma Sartre). El espionaje es el camino de la servidumbre. Violenta su derecho a expresarse y a participar políticamente, pero también de reconocerse como persona. La vigilancia anula a la sociedad y al individuo. Los desdibuja. Los inhibe. Todo esto se hace para constituir un mundo “más seguro”, más “comunicado”.

tendencias a (que preservan) la autonomía moral de cada sujeto (“menor”, “loco”, “incapaz”, “desviado”, “subversivo”, “criminal”, “peligroso”): ese parece ser el dilema que enfrentan actualmente las sociedades: más control o más autonomía. Más tolerancia al “riesgo” (mucho del cual es creado por los medios masivos de comunicación, sobre cuyas nada inocentes campañas demagógicas luego actúan, con asombrosa rapidez, los operadores penales, brindando “soluciones”) o menos margen para la libertad.<sup>16</sup>

Lo cierto es que solo a unos pocos se los encerró en instituciones totales (en el sentido de Goffman), donde hasta hoy se los priva de la vida adulta y se los somete a un proceso regresivo de infantilización (que poco y nada se vincula al presupuesto objetivo de “resocializar” personas).<sup>17</sup> El *panóptico* (cuyo cultor es a su vez el padre del utilitarismo en Inglaterra, que es una de las sociedades más vigiladas del mundo) para el resto de la sociedad era un proyecto que se intentaba a través de policías con escasa capacidad de observación. Por otra parte, las policías no tenían un discurso propio, por lo cual se lo facilitaron los médicos con su reduccionismo biológico racista, reconstruyendo una estructura de pensamiento análoga a la inquisitorial.

Hoy la *seguridad* de ese *mundo ordenado y civilizado* de las clases *incluidas centrales y periféricas* tiende en alguna medida a regresar a la infantilización medieval: la sociedad parece adoptar el modelo de la institución total y, para eso, cuenta con una tecnología digital que se vale de la cooperación indispensable de los propios controlados,<sup>18</sup> pero que no es el

16. Siguiendo a Paul Ricœur diremos que lo que se anula, cuando se anula la privacidad de una persona, es la (su) capacidad de acción. Su *poder-hacer*. Ricœur, P., *L'aventure technique et son horizon interplanétaire*, Christianisme social, 66 (1-2), 1958.

17. De reeducar, nadie puede ser “reeducado” en condiciones degradantes de encierro. Pavarini, M., *Arte Abyecto. Ensayos sobre el gobierno de la penalidad*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.

18. Las modernas tecnologías, la creciente auto-exposición, esconde y supone un desprecio por la vida privada, privacidad que está desapareciendo. El fin de la privacidad (el disvalor que la misma supone para los mismos “controlados”, que espontáneamente renuncian a la misma, a ese derecho) tiene un impacto notorio en la vida “pública”, que también desaparece como un correlato de la desaparición de la vida privada. Donde todo es “público” ya nada lo es. Al desaparecer la frontera entre actos públicos y actos privados, esa noción moderna, esa “frontera”, desaparece también la noción misma de “acto”, de esferas donde los actos cobran sentido, dimensión, objeto. De hombres que “actúan”. La vigilancia anula la acción, anulando la conciencia, desdibujando toda interacción. Por eso decimos que la vigilancia

*panóptico benthamiano*, sino que explota al máximo la cooperación de los sometidos en el sometimiento, lo que tampoco es nada nuevo, pues la denunciaba Ettiene de la Boétie en *El discurso de la servidumbre voluntaria* en la mitad del siglo XVI. El “camino de la servidumbre” (para usar una expresión de Hayek) se vale de estos mecanismos de auto-exposición (frente al Estado y las corporaciones y empresas que brindan “servicios de comunicación”) en las sociedades de control. Se entregan datos para vivir (con el objeto de vivir) “más seguro”, pero también, venciendo de ese modo el miedo a la libertad, para vivir dentro de “estamentos” nuevos, virtuales: grupos. Esta servidumbre expresa en ese sentido una nueva tendencia “gregaria”, una regresión en el sentido del “individuo” (individualismo), como lo veía Hayek: se forman nuevas “tribus” urbanas. El lenguaje no es inocente. Lo que expresa no es casual. El “control” (como en la Edad Media) expresa que los estamentos –rígidos, controlados, ordenados– se están regenerando. Y esto nos libera de nuestras responsabilidades (morales, políticas).<sup>19</sup>

Esta pulsión fanática de *deseo-nostalgia* de un *mundo seguro* por la parte *civilizada* de la población mundial, procurando regresar a la infantilización,<sup>20</sup> a la reducción de la vida adulta (y mecanizada y sin riesgos),<sup>21</sup> es

---

anula al Sujeto. Anula la subjetividad (los anula en un sentido diverso al que plantea Lévi-Strauss en sus discusiones con el humanismo de Sartre, los anula en un sentido diverso al que plantea, en el marco de las ciencias sociales, el estructuralismo francés, cuando cuestiona la noción de acto). Lévi-Strauss, C., *El Pensamiento Salvaje*, Buenos Aires, 1996.

19. No es aventurado sostener que –en este solo sentido– incluso autores como Milton Friedman –en su defensa del individuo frente a los gobiernos, corporaciones y Estados– tenga razón, cuando proclama la importancia de que cada individuo tenga una gran esfera de independencia, de autonomía (lo mismo sostuvo en los albores del liberalismo político John Locke). El control mina esa independencia: desconfía de los ciudadanos “independientes” y libres. Los prefiere tener “bajo control”. El individualismo político (casi anárquico, en el sentido de Robert Nozick) es un “peligro” para Estados que están agigantando sus estructuras de espionaje, vigilancia y control de la ciudadanía.

20. O de “discapacidad”, porque nuestro Derecho (Civil) sigue tratando a “incapaces”, “enfermos discapacitados”, personas “inválidas” como personas. Véase Croxatto, Guido L., “La Salud Mental en Argentina: dos paradigmas en pugna” en *Lecciones y Ensayos*, UBA, Buenos Aires, Vol. 90, 2012. Existe un lenguaje –dehumanizante– que debe ser erradicado de nuestro Derecho.

21. Muchos de estos “riesgos” son inherentes a la vida –humana y en sociedad (Aristóteles sostendría que esta aclaración es redundante, son dos caras de la misma moneda,

uno de los rasgos de *medievalización*. Pero hay otro, no menos importante, que es la *feudalización*, entendida como la *pérdida de poder de la política estatal*, cuyo campo de acción cada día está más limitado, sometido a los propios controles que dependen de un *entramado de intereses que ligan a fortísimas corporaciones con agencias secretas autonomizadas*. No se trata de la *crisis de la soberanía* del derecho internacional contemporáneo, sino de una pérdida del poder político real de decidir acciones. (Autónomas. La prueba más cabal y más dramática al respecto es que los propios representantes políticos electos democráticamente –depositarios últimos de la voluntad popular– son muchas veces también ellos víctimas de estas estructuras –burocracias– “autonomizadas”, que hacen un trabajo “secreto” (muchas veces “clandestino”) al interior de los propios Estados (y que tienen muchas veces intereses y objetivos propios, comerciales, autonomizados, que son incompatibles con los intereses y objetivos de una democracia). De allí que sea tan difícil de “regular” una actividad como el espionaje masivo. De ponerle “límites”.<sup>22</sup>

4. La tecnología digital permitió acumular datos al estado providente o social, lo que facilitó su operatividad. Pero sin duda que ante esta tecnología se precipitaron a ella, ávidos de datos y fichajes, los servicios secretos, las policías tradicionales, las fuerzas armadas de los países poderosos, etc.

No obstante, la acumulación de datos e información más importante cuantitativa y cualitativamente no se desarrolló por demandas de servicios de estas agencias ni de las de los *welfare states*, sino porque los datos se convirtieron en mercancía a medida que el rudimentario *marketing* anterior descubrió el campo que para la *taylorización* del consumo le abría la

---

la autonomía, que destaca al ser humano sobre las bestias, sobre los bárbaros, solo es posible [solo se alcanza] en la polis)– misma, donde el hombre es autónomo. Fuera de la polis no hay autonomía. Reducir algunos “riesgos” no solo no es posible: pone en “riesgo” a la esencia de la democracia. Reducir algunos riesgos o peligros –que no siempre son tales– supone adoptar caminos que terminan produciendo aquello mismo que en principio (dicen que) combaten: ponen en jaque a la República, a la privacidad, a los “valores de Occidente”, a la libertad política y religiosa, a la participación civil.

22. El mismo es una actividad (servicio) “secreta” que se sustrae, por su naturaleza misma, a todo control, a todo límite, a toda regulación. De allí su eventual incompatibilidad con la democracia constitucional.

nueva técnica, con un fichaje que le posibilitaba una publicidad orientada y, al mismo tiempo, una orientación del propio consumo.<sup>23</sup>

Básicamente, pues, se abrieron dos enormes bocas de deglutir datos: la comercial y la de *seguridad*. No fueron bases competitivas y desde muy temprano establecieron vínculos, que se fueron acentuando con el paso del tiempo. Las resistencias políticas fueron escasas ante el nuevo fenómeno.

Las legislaciones europeas tendieron a proteger la intimidad de las personas, lo que no sucedió en EE.UU. en igual medida. No obstante, se acaba de aprobar en Francia una ley que permite la interceptación de comunicaciones por los servicios secretos, sin intervención judicial. Algunos académicos norteamericanos del *Think tank* de derecha desprecian la privacidad, afirmando que es *cosa de viejos tontos* o de *quienes tienen algo que ocultar*, argumentos que suelen difundir los medios monopólicos de comunicación masiva.

No obstante, los parlamentarios no se despreocuparon del todo: el informe Rockefeller de 1970 (y sobre todo el informe Church de 1976) demostraron la potente intromisión de estas agencias (en especial la NSA) en la vida de extranjeros y norteamericanos, pese a lo cual hoy está probada la injerencia en la desestabilización de gobiernos democráticos extranjeros (Chile, Argentina, Uruguay, Bolivia, Paraguay y Brasil y la Operación Cóndor). Hace poco la justicia ha declarado intrusivo el programa de la NSA para interceptar comunicaciones.<sup>24</sup>

23. La globalización (financiera, el “financierismo”, como lo llama French-Davis) conspira, como afirma Paul Pierson, contra el Estado de Bienestar. Pierson, Paul, *The New Politics of the Welfare State*, Oxford University Press, 2001. La globalización (el pretendido “libre mercado”) no permite mejorar la cantidad de recursos que los Estados disponen para implementar políticas públicas. Al contrario, minan esos recursos (sociales) que se destinan, cada vez más, a circuitos financieros, donde los Estados mismos (sobre todo de países emergentes, “sub-desarrollados”, hiperendeudados, pobres, condicionados a “directrices” –muchas veces vergonzantes– de las IFI’s), como afirma Hobsbawm, terminan siendo rehenes. Esta “agenda” financiera ha demostrado, en las últimas dos décadas, tener muy poco que ver con el “desarrollo” de estos países. Frente a ella es que el “desarrollo” ha sido reconocido en diversas instancias como un derecho humano esencial, precisamente. Un derecho que muchas veces “no reconoce” el Mercado “libre”.

24. Un tribunal norteamericano declaró ilegal el programa de escuchas de la NSA. La Corte de Apelaciones de la Segunda Sección, con sede en Nueva York, falló (el 6 de junio de 2015) contra el programa de espionaje de la NSA en respuesta a una demanda

El Consejo de Seguridad Nacional (NSC) norteamericano está en manos del Ejecutivo, excluyendo al Congreso, y la Agencia Nacional de Seguridad (NSA), creada en 1952, parece estar encargada del control de comunicaciones electrónicas extranjeras. La *Electronic Communications Privacy Act* de 1986 faculta a la administración a exigir a los bancos, proveedores de internet, empresas de telecomunicaciones, bibliotecas, etc., los datos personales de sus clientes, mediante una carta (*National Security Letter*) en que el FBI afirme que el dato es de interés para la lucha contra el terrorismo o contra actividades de información clandestina.<sup>25</sup> En función de lo anterior, el FBI puede acceder a los datos almacenados de *cloud computing*, que es el modo de hacerse de datos europeos violando la protección de sus leyes nacionales.

Snowden causó un escándalo al revelar las operaciones de cibervigilancia sobre Europa. Ha revelado en 2013 que la NSA y el FBI tienen acceso a comunicaciones de internet de Microsoft, Google, Facebook, YouTube y Apple, mediante maniobras secretas autorizadas por la *Patriot Act* y por la ley de 2008 sobre vigilancia de ciudadanos no norteamericanos. Mediante el programa PRISM, la NSA y sus cuatro aliados (los *five eyes*: USA, Gran Bretaña, Canadá, Australia y Nueva Zelanda) ejercían el control más grande que se

---

presentada por la Unión Americana de Libertades Civiles (ACLU), entendiendo que las actividades de escuchas ilegales masivas de la NSA alrededor del mundo “exceden lo que el congreso norteamericano autorizó” (al aprobar la llamada “Ley Patriota”, en especial la Sección 215 de tal Ley, que autoriza al FBI a mantener “registros” con información recopilada alrededor del mundo incluso en información relativa a “negocios”). Este fallo (que declaraba ilegal el programa de espionaje masivo llevado adelante por la NSA, que se amparaba en una ley que había sido aprobada en EE.UU. tras los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001) luego sería rectificado por otro tribunal superior, alegando que los demandantes no habían logrado probar durante el proceso “su calidad de víctimas”.

25. Casi cualquier acto puede caer dentro de esos eufemismos, casi cualquier acto (que no sea sobreexpuesto en Facebook, que pasará a ser “lo normal”, la nueva “costumbre”, la nueva “regla”) puede resultar (en tanto pretenda quedar “privado”, en “privado”, por ese solo hecho, por el mero “ejercicio” de esa posibilidad, de ese derecho) “sospechoso”. La “privacidad” misma terminará por ser ella misma “sospechosa”, por representar un potencial “peligro”, que debe ser “eliminado”, descubierto: vigilado, barrido, controlado, visto. Los individuos ya no tendrán esferas privadas: libres. No habrá margen para su conciencia, para el desarrollo de su personalidad, de su persona. Este es el camino que puede terminar haciendo de la sociedad misma una institución “total”. Una verdadera prisión de puertas (en apariencia) abiertas.

haya imaginado nunca, vulnerando –pulverizando– derechos civiles de miles de millones de personas en todo el mundo, a tal punto que los artículos sobre inviolabilidad (de la correspondencia privada, etc.) de nuestras constituciones liberales, parecen ser hoy una letra muerta y vacía.<sup>26</sup> El fin de la privacidad que el espionaje masivo y sistemático preanuncia está llamado a tener notorias consecuencias en la configuración de la sociedad y de la personalidad. *La privacidad –concepto que como tal es un anglicismo– se refiere, en concreto, a la intimidad de las personas. A su esfera más íntima y personal: allí donde se desarrolla la “persona”. Sin intimidad, no hay personalidad. No hay conciencia subjetiva. No hay sujeto. No hay identidad. No hay persona.* Lo que es claro es que la tan mentada “revolución de la comunicaciones” va en un sentido inverso diametralmente (opuesto) al mentado: produce –con los avances de la tecnología, que rompen todo intercambio público, todo espacio público– cada vez menos comunicación entre las personas, cada vez menos interacción: cada vez menos “política”, cada vez más soledad/aislamiento. Cada vez menos “politización”. Menos debate. Menos intercambio. Más “mercado”. Menos “ideología”. Menos personalidad. Menos “personas” (con rasgos propios de “carácter”, con voz propia).<sup>27</sup> Más consumismo. No debate.

26. Nosotros entendemos que el espionaje masivo, con los rasgos actuales (sistematicidad, masividad, indiscriminado, etc.), puede ser pensado como un crimen de agresión entre Estados/países. El espionaje masivo, sistemático, indiscriminado, con los medios tecnológicos actuales de que disponen muchos Estados desarrollados dista de ser homologable al espionaje tradicional; es en rigor un fenómeno nuevo, que puede configurar un crimen de agresión bajo el Estatuto de Roma, tal como el mismo fue reformado en Kampala, Uganda, en 2010 (hasta ese momento el tipo penal del crimen de agresión permanecía, por las dificultades que su definición entrañaba, como un tipo penal abierto).

27. Esto es inescindible de la creciente medicalización de casi todos los aspectos –etapas, cuadros– de la vida humana: cuadros que antes eran rasgos de carácter hoy son “síntomas”, y se medican para “estabilizar” a las personas. Se borran así diferencias, las identidades, que pasan a ser vistas (estudiadas y presentadas) como “cuadros” (clínicos, como “casos” a analizar/medicar, “contener”, “conducir”, hacer un “seguimiento”). Ya no hay particularidad, libertades, rasgos de carácter (el derecho incluso a ser un “loco” sin ser por la fuerza medicado, encerrado y discapacitado): solo “riesgos”. Esto –este proceso de sobremedicación, incluso de chicos “hiperactivos”– se vincula a esta erosión de la intimidad –privacidad de las personas (homogeneización de la sociedad), a un “seguimiento” de sus “cuadros” (otro aspecto –el seguimiento médico– de la vigilancia, no en vano los primeros criminólogos positivistas fueron médicos). Son todos tratados como “recursos” humanos que deben, ante todo, ser productivos, no convertirse en “cargas” para la sociedad. Bajo esa sola meta o

No conciencia crítica. No emancipación. Menos libertad (salvo que por libertad se entienda solo mayor “consumo”).<sup>28</sup>

---

dimensión se anula la vida social y política: bajo ese solo prisma (productivo, ser “eficiente”) se entiende y piensa el “desarrollo” humano. El desarrollo de la persona. Todo lo que no se “ajuste” a ese parámetro (todo lo que no es productivo, todo lo que es “viejo”, ineficiente, “loco”, “demente”, improductivo, carente de “valor de mercado”) es “incapacitado” por el Derecho y medicado. Convertido en un “caso” que se debe “seguir”, medicar y analizar. La privacidad de la persona no juega ningún rol –positivo– en un mundo organizado de tal manera. Por eso la privacidad deja de ser concebida como un “derecho” de las personas, que son reducidas a “factores” de producción: “recursos” sin derecho a una genuina vida privada, que se convierten incluso espontáneamente en servidores –usuarios– de plataformas donde la privacidad es lo primero a lo que se renuncia (cuando se aceptan las “condiciones de uso”). La privacidad ha dejado de ser un derecho: ha pasado a ser un bien de uso, datos que se almacenan. “Perfiles”, una mercancía. Esto es paralelo a la despersonalización (la vida impersonal) que produce la sociedad moderna. La sobremedicación es un rasgo que preanuncia (cuando todo se medica, cuando todo lo que sale de una norma es “enfermo”) el fin de la privacidad, el fin de la vida privada, de las identidades sociales. En cierto sentido: el fin de la “cultura”, absolutamente travestida por el consumo “homogéneo” alrededor del mundo. Este es el trasfondo político de la globalización financiera. De la globalización del “consumo” (porque no se “globalizan” todos los aspectos que podrían promover mejores diálogos a nivel mundial, se globalizan muy pocos aspectos, se informan incluso muy pocas cosas, sobre todo aquellas que las grandes corporaciones, dueñas de los medios, quieren “informar” lo poco que quieren que “se sepa”) que está erosionando a las sociedades pero también al planeta. En este sentido, podría decirse que la globalización es una trampa, que la tan mentada “globalización” (fuera de la globalización de un par de marcas) no es real. La misma no ha redundando en un mejor diálogo entre pueblos y culturas. Al contrario, ha asimilado y arrasado culturas, identidades y países bajo el yugo del financierismo corporativo (Klein, N, *No Logo. El poder de las marcas*, Madrid, Paidós, 2002).

28. El carácter “unidimensional” de la sociedad industrial moderna (y del hombre moderno) que denuncia Herbert Marcuse (y detrás de él, con la teoría crítica, toda la Escuela de Frankfurt, M. Horkheimer, T. Adorno, en su *Dialéctica de la Ilustración*): produce el totalitarismo moderno y la indiferencia civil (la despersonalización). Esta “indiferencia” civil es un rasgo que luego permite o conduce a esas mismas sociedades dominadas por la “indiferencia”, indiferentes, a estragos y genocidios”. (Véase Bauman, Z., *Modernidad y Holocausto*, Madrid, Tusquets, 2008). La completa indiferencia civil –afirma Adorno– con la suerte de mi semejante, es uno de los rasgos sin los cuales la modernidad industrial no podría funcionar. Esta indiferencia civil (lo que algunos autores elogian como “individualismo”, Friedman, Hayek, etc.) no es un rasgo accidental o derivado o menor: es constitutivo de la sociedad industrial, conspira (el egoísmo “positivo” como lo llaman algunos economistas, individualismo exacerbado, consumista) contra la formación de ciudadanía, de ciudadanos autónomos comprometidos con su comunidad política, con sus semejantes,

5. Todas las compañías aéreas remiten los datos de todos los pasajeros que ingresan a los USA, los que se clasifican en un código según su *peligrosidad*. De este modo se va desplazando la vigilancia del terrorista al delincuente común, de esta al sospechoso y, finalmente, a todo el que se comporte de manera no convencional, siguiendo la regla policial de que todo lo *anormal* es peligroso y, preventivamente, por desconocido, debe ser prohibido o reprimido.

Para el *marketing* se reúnen los datos y se configura un *doble informático* de la persona, que no es la persona, sino un constructo configurado por sus datos, algo artificial, en que la persona deja de ser un individuo para pasar a ser un ente perteneciente a un colectivo de consumidores particular, o bien, a un incapaz descartado del consumo.<sup>29</sup>

Pero lo cierto es que el *doble informático* es el ente que cuenta para el consumo, pero también el que puede ser considerado *peligroso* o *no peligroso* para la *seguridad*.

No es posible ignorar que la neutralización de valores que precede al genocidio siempre es la visión del *otro* como no persona, es decir, como mero *miembro del grupo enemigo*.<sup>30</sup> Lo que permite comprender por qué

---

como reclaman Emmanuel Levinas, J. F. Lyotard, entre otros. En ese sentido es que muchos autores (como el director del Max Planck de Bonn) han afirmado la incompatibilidad de fondo (la contradicción emergente, aún irresuelta, de la segunda guerra mundial) entre el capitalismo (generador de enormes desigualdes económicas, de dramas sociales) y la democracia (que depende de la igualdad civil y política). La democracia y el capitalismo no se condicen y no se compensan (máxime después de la caída de los Estados de Bienestar): la democracia y el capitalismo se oponen, persiguen objetivos distintos, se manejan con lógicas diferentes, el capitalismo genera (y según Hayek necesita) desigualdad; la democracia, por el contrario, parte de la igualdad formal de los ciudadanos. El espionaje masivo es compatible (como el control social) con el capitalismo avanzado (y su “optimización de recursos”, vigilados), pero no con la democracia y las garantías civiles.

29. Parte, como vimos, de una “tribu” o “grupo” o “estamento” de “usuarios” con identidad propia, que compran (pagan por) pertenecer a ese grupo. En un mundo que desdibuja las identidades sociales, culturales y políticas, la principal “identificación” parece pasar por el consumo. Por qué, cómo y cuándo se consume. Todo se “muestra”. Todo se debe “mostrar” (no es casual –por el otro lado– la etimología de la palabra persona, que remite al griego y significa *máscara*).

30. Lyotard, J. F., “Los derechos de los otros”, en Shute, Stephen y Hurley, Susan, *De los derechos Humanos*, Madrid, Trotta, 1998.

hoy alguien mata a quien convivía pacíficamente con él hasta ayer, es, justamente, que deja de verlo como persona, para pasar a considerarlo como un simple elemento de un todo enemigo, una “molestia”.

Los peligros del fichaje y del *doble informático* son conocidos desde mucho antes de la tecnología electrónica. Cabe recordar el caso de Holanda en la Segunda Guerra, que registraba en sus censos la religión de las personas.<sup>31</sup> La resistencia y la *Royal Air Force* debieron destruir las oficinas de censo para evitar la identificación de mayor número de judíos.

Datos aparentemente ingenuos y razonables, como el fichaje de los niños para educación, pueden ser usados perversamente, como la recomendación hecha en 2005 en Francia, para el seguimiento de niños de primaria e incluso de guarderías, para detectar problemas de conducta y *familias de riesgo*, que permitiesen prevenir los delitos adolescentes.

6. Hoy cada persona, en los países occidentales, está registrada en medio millar de ficheros: seguridad, correos, hospitales, previsión social, telecomunicaciones, tránsito, servicios públicos, aduanas, tarjetas de crédito, suscripciones de publicaciones, etc. Todos estos ficheros valen dinero y son objeto de compra-venta para marketing, pero también lo pueden ser para seguridad. En este último caso, son útiles para establecer *riesgos* y *poblaciones de riesgo*.

Este fichaje actual es diferente a la observación mediante el viejo panóptico, por lo que se han propuesto dos neologismos: *synopticon* (Mathiesen), en que muchos observan a unos pocos (en la televisión) y *banopticon*, para caracterizar a la observación clasificante para excluir. Se habla de una síntesis o punto intermedio entre ambos, donde el *synopticon* llama a los clientes y el *banopticon* selecciona a los que interesan. Se lo grafica comparándolo con un conmutador que clasifica las llamadas: se atienden las que interesan, las que no interesan se postergan o se descartan por cansancio.

Lo cierto es que los servicios gratuitos no son tales, sino a cambio de datos personales que tienen valor de mercado y que son espontáneamente

31. Algunos países, como Alemania con su *Anmeldung* (obligatorio para todo residente), lo siguen haciendo aún hoy. Las estructuras de vigilancia/control no son siempre explícitas. Muchas veces son difusas y se entremezclan con “servicios” de consumo/entretenimiento donde los usuarios libremente entregan sus datos, movimientos, deseos, objetivos, valores, imágenes, vínculos.

proporcionados por los usuarios. Tarjetas de crédito, no solo bancarias, sino de tiendas, etc., como internet y los teléfonos celulares, permiten seguir la vida de un individuo paso a paso. Existen programas espías instalados en teléfonos que, sin que lo sepa el usuario, registran sus desplazamientos. Facebook recibe por mes tres mil millones de fotos y mantiene una base de datos identificatoria de las personas que aparecen en ellas (incluso más allá de su muerte). Todo esto se maneja con monopolios de hecho (Google, Facebook, Amazon, Microsoft) y con una nula conciencia o dimensión crítica de parte de los usuarios, que entregan espontáneamente –y sin grandes reparos– miles de datos personales. De este modo, puede decirse que la propia población colabora –de modo inconsciente, a instancias del temor de los “peligros” que se presentan en los medios, aunque no solamente por ello (sino también por el temor a pasar “desapercibido”, a no “aparecer”, a no ser “alguien”, todos quieren ser “conocidos”, vistos, “reconocidos”, famosos)– con la eliminación o erosión de sus propios derechos civiles. Es mayor ese temor (el temor a ser desconocido, a no aparecer en los medios, etc.) que el valor que la población le otorga, en la actualidad, a las garantías civiles sobre las que se edifica la privacidad.<sup>32</sup> Esta tensión parece resolverse socialmente y culturalmente en desmedro de los derechos civiles. En desmedro de la privacidad. Y allí no es solo la “vigilancia” la responsable (las estructuras estatales de vigilancia), sino el uso espontáneo de plataformas (concebidas con fines comerciales) por parte de los “usuarios”. También en este aspecto el “consumo responsable” (como el de otras drogas, que generan adicción, la tecnología también genera dependencia, la técnica no es neutral nunca, sus “usos” no son nunca apolíticos, cultural o socialmente “neutrales”) de ciertos instrumentos que exponen a sus usuarios sin ser ellos, sobre todo a corta edad, conscientes de los riesgos y daños que esto puede terminar implicando en sus vidas.

32. Frankenberg, G., *Técnica estatal. Perspectivas del Estado de Derecho y el estado de excepción*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014. El autor muestra cómo se va “normalizando” lo que (como la lesión y renuncia de derechos civiles) antes era visto como algo excepcional, como un estado de “excepción” que poco a poco se ha vuelto un estado “normal” de cosas, lesionando nuestras libertades y desdibujando lo que entendemos por democracia. Con el resurgimiento de la doctrina de seguridad nacional, el estado de excepción se va convirtiendo –y se ha ido convirtiendo– lentamente en la regla.

El espionaje masivo inhibe el desarrollo del ser humano y también pone en riesgo a la democracia, en tanto (sentirse vigilado) provoca la auto-censura. Sentirse vigilado –la mera amenaza de una vigilancia continua, sea real o no– tiene o produce los mismos efectos que *estar* vigilado. La sociedad se convierte en esta cárcel con su nuevo panóptico. Internet funciona en muchos aspectos como una celosía. Se difumina la confianza en los otros, en el Estado de Derecho, en las instituciones, en la esfera pública, en la comunicación, en la representación, en la política: en las personas.<sup>33</sup>

El espionaje masivo es un “trabajo” o es un “servicio” secreto, que por su naturaleza misma difícilmente puede ser “controlado” o “limitado”, o “regulado” por el Estado. Por eso carece de control civil y muchas veces político. En ese sentido, los servicios secretos se autonomizan y ponen en riesgo a la democracia, son burocracias que se vuelven autónomas.<sup>34</sup> Se separan de

33. El espionaje masivo también tiene efectos muy perniciosos en la diplomacia internacional que descansa (en aras de la “cooperación”) sobre la buena fe de sus actores. Sobre la capacidad de alcanzar acuerdos.

34. El propio presidente Obama admitió que muchas veces estas agencias cometen acciones (Kerry habló de un “equipo automático”, que funcionaría “solo”) que están fuera del conocimiento real del propio Presidente, es decir, del Estado de Derecho (“Que podamos hacerlo no significa que debemos hacerlo”, aclaró Obama). Es decir, existen muchas decisiones “autónomas” de estas agencias y servicios secretos. Decisiones que están fuera del marco y del control efectivo de un Estado de Derecho, decisiones que no solo son “ajenas” a la democracia, sino que condicionan y controlan aspectos medulares de la propia vida civil y democrática.

El presidente del Subcomité sobre Crimen, Terrorismo, Seguridad Interna e Investigaciones de la Cámara de Representantes estadounidense, James Sensenbrenner, ha reconocido en 2014 que la Agencia Nacional de Seguridad estadounidense (NSA) ha ejercido “una invasión total de la privacidad de muchas personas” incluido países de la UE en el marco de sus actividades de espionaje y ha dejado claro que ha “abusado” de la confianza del Congreso, que nunca le autorizó a ir “tan lejos”. Sensenbrenner sostuvo que “la NSA ha abusado de esa confianza” porque “ignoró” las restricciones previstas en la ley y asumió un poder “nunca imaginado”. “Peor, la NSA ha escondido sus operaciones detrás de una nube de secretismo tan gorda, que incluso si la NSA prometiera reformas, no tendríamos las capacidades para verificarlas”, ha admitido.

El Gobierno estadounidense, según el proyecto de ley, podría seguir obteniendo datos “cuando hay una sospecha razonable” de alguien vinculado con el terrorismo. “Pero ya no podría recoger datos colectivos indiscriminadamente en masa de personas inocentes” advirtió Sensenbrenner (Diario *El País*, Madrid, julio 2014) “Los Estados, a través de sus gobiernos, tienen la facultad indelegable de garantizar los derechos de las personas en

sus postulados, límites y misiones originales. La seguridad nacional termina siendo muchas veces (como denunció Dilma Rousseff en la Asamblea General de la ONU de 2014) una mera excusa o pantalla de otras operaciones, con otros fines.<sup>35</sup>

7. El otro problema que genera esta masa de datos y su utilización por parte de los servicios secretos es que *rompe los límites entre el espionaje, la guerra y el control de la propia población*.<sup>36</sup> Desde 1995 se utilizan drones, que son fabricados solo por tres empresas norteamericanas y tres israelíes, cuyo uso puede ser tanto de observación como de agresión, abriendo el espacio para la *cyberwar*. La próxima generación de drones será del tamaño de pajaritos o de insectos, incluso invisibles, lo que genera la posibilidad de una guerra invisible, además de eliminar definitivamente toda privacidad.<sup>37</sup>

---

cuanto a su integridad y libertad; es un principio fundacional de estos que no puede dejarse en manos del sector privado. Prioritariamente, la función que deben desempeñar los Estados es garantizar la libertad de expresión y el derecho a la intimidad de los usuarios de Internet”. El problema es precisamente cuando los Estados son quienes, en nombre de la protección de esas mismas libertades civiles, las mancillan. Y paradójicamente el propio sector privado, que brinda los servicios de comunicación e información que son continuamente espiados, los que terminan defendiendo, para no perder la credibilidad en sus productos ante sus clientes, los derechos civiles de sus usuarios. En este sentido parecemos haber vuelto a una situación semejante a la del primer liberalismo político. El Estado se configura, una vez más, como una potente y peligrosa amenaza para la libertad civil.

35. Que incluyen incluso la extorsión de políticos democráticamente electos, que terminan siendo “rehenes” de estos servicios secretos.

36. Como en la célebre novela de George Orwell (1984), donde la Policía de Pensamiento y Neo-Lengua (condicionar el pensamiento es condicionar el lenguaje, apropiarlo, formatearlo como forma de condicionar –limitar– la “comunicación” entre las personas, lo que no se puede decir no se puede pensar) también va manipulando (este Gran Hermano) la información, inhibiendo –y reprimiendo– el debate político. También se re-escribe –borra– la historia. Las personas quedan así en una servidumbre absoluta: inconcientes de su presente, inconcientes de su pasado.

37. La defensa de la privacidad individual fue uno de los estandartes con los que se construyó y edificó el Estado de Derecho moderno; es –o fue– una de las banderas morales de Occidente, cuando defiende y construye su cultura y su historia en el marco bélico de la Guerra Fría, contra los estados comunistas (como la DDR) que vigilaban cada esfera de la vida civil. Sin privacidad –sin individuos con esferas de acción libres, autónomas, privadas– no es concebible el Estado Derecho. No es concebible la democracia.

Los drones usados en Pakistán han sido descalificados por académicos de Stanford (NYU), quienes desmintieron su precisión y bajo costo en daños colaterales, en razón de los gravísimos daños de esta naturaleza que se han constatado y de que posibilita ejecuciones sin proceso, negándose a formar parte de un complejo militar-industrial-académico para su reproducción.

Las ejecuciones sin proceso a distancia no pueden menos que evocar el viejo relato de Eça de Queiroz –*El Mandarín*–, solo que permite eludir la culpa que sentía el personaje del relato, mediante la segmentación burocrática: *no corresponde a mi sección*.<sup>38</sup>

Además, en las últimas décadas, se ha desarrollado la tecnología de armas no letales o incapacitantes (láser, ondas acústicas, electromagnéticas, eléctricas, etc.), que pueden servir tanto para el control de la propia población –orden o seguridad interna– como para objetivos bélicos. Esta guerra con armas no letales juega a la paralización, a producir menos daños colaterales y, en particular, a destruir menos, es decir, a disminuir los costos de reconstrucción.

8. La enorme cantidad de datos reunidos por intereses comerciales, pero a disposición de los servicios secretos, más los que estos pueden recoger por su cuenta, dota a estos servicios de un poder que hace que, fundamentalmente los de los Estados Unidos, estén cada día más lejos de las agencias policiales tradicionales con sus anticuados trabajos de *inteligencia*.

El problema que plantean todas las policías es el de su *autonomización* de la autoridad política democrática, para funcionar conforme a intereses propios de la agencia. Este riesgo se potencia enormemente en los servicios

38. También Albert Camus denuncia este peligro, esta “deshumanización” en todos los campos, incluso en el dominio del “saber” referido a las ciencias sociales. La especialización de cada campo de “saber” (la pérdida de un “sentido común”) provoca este aislamiento y esta distancia (que tiene su apogeo en los campos de exterminio nazis, donde los científicos podían hacer su “trabajo” con total indiferencia de lo que sucedía allí mismo, delante de sus propios ojos, con las personas –que no eran vistas como tales, eran apenas “objetos” que se “estudiaban”– a su alrededor, a pocos metros de distancia). Esta falta de comunicación e intercambio (esta “deshumanización” del Saber especializado, de “especialistas”, no ya de “humanistas”) es lo que provoca el avance de la técnica. Véase Monsi-váis, Carlos, *Las alusiones perdidas*, Madrid, Anagrama, 2001.

secretos.<sup>39</sup> Hace muchos años observaba Wright Mills que, si bien se reafirma el control civil, son los civiles quienes se militarizan.

Esto se produce porque la *seguridad nacional* queda en manos de esas agencias y la autoridad política corre el riesgo de ser imputada de negligencia si no obedece a sus reclamos y directivas, pero también por canales menos claros y más tortuosos.

Los servicios secretos no solo fichan población, sino también a los políticos. La vida privada, íntima, sus cuentas, sus comunicaciones, sus aficiones, sus defectos, los manejos para financiar campañas electorales, sus conversaciones reservadas, etc., son conocidos por estas agencias y, por lo tanto, les resulta extremadamente fácil tomarlos como verdaderos *rehenes*.

A esto debe agregarse que entre los servicios secretos de diferentes países y sus agentes se establecen relaciones, supuestamente de cooperación, pero que con facilidad, en especial en los casos de países en vías de desarrollo, pueden convertirse en vínculos de subordinación. En definitiva, esto redundaría en que los propios agentes tienen la posibilidad de convertirse en agentes dobles o en cooperadores en maniobras de desestabilización de sus propios gobiernos democráticos.<sup>40</sup>

La literatura sobre el tema producida en los países del llamado *primer mundo* parece pasar por alto estas circunstancias que, sin embargo, deben destacarse como una de las mayores amenazas para las democracias contemporáneas establecidas y, en especial, para las más frágiles, propias de los países en desarrollo.

9. El debilitamiento del poder político frente al enorme poder de las empresas o conglomerados (que prácticamente monopolizan los datos-mercancía y la información) vinculadas a los servicios secretos (autonomizados o en riesgo de autonomización), es lo que configura la tendencia a la *feudalización*

39. Por la calidad misma de su “trabajo” secreto, de su “servicio” al Estado. Esto nos lleva sin embargo a la difícil pregunta de hasta qué punto son estas agencias secretas (estos “servicios secretos”) compatibles con un Estado democrático, con una democracia constitucional, que se asienta sobre el respeto de las garantías constitucionales, de la privacidad irrenunciable de los ciudadanos.

40. Findaly, M. J. y otros, *International and Comparative Criminal Justice: A critical introduction*. Cap. 8. “Responding to Trans-national and Trans-border Crime. Controlling the Risk Society?”, Nueva York, Routledge, 2013, pp. 197-219.

contemporánea.<sup>41</sup> Mientras la política sigue siendo local y tiene sus tiempos, el tráfico de datos es *supraterritorial* e instantáneo. Por otra parte, la antes señalada nostalgia de un imaginario pasado pletórico de *seguridad tanática* es la tendencia al infantilismo (o limitación de la vida adulta). Ambos constituyen los principales rasgos de la regresión histórica con tinte medieval.

El aporte de datos tiene lugar porque es crecientemente indispensable para la vida cotidiana. Pero a la par de los aportes *necesarios*, llama poderosamente la atención la disposición y el entusiasmo en facilitar otros que no son *necesarios* (pero cuya cesión reduce la privacidad, es decir, los propios derechos. Sorprende esta renuncia “voluntaria”. Renunciar espontáneamente a los derechos civiles es renunciar a ser un ciudadano responsable, conciente y activo políticamente. A ser una persona libre y autónoma).

Sobre esta tendencia se ha teorizado, observando que el temor a ser vigilado se subestima ante el miedo a ser ignorado.

La difusión en el blog no es una confesión sobre la que reflexionaba Foucault, sino una forma de publicidad. Parece buscarse la desnudez, pero no en el sentido democrático o igualitario, repudiado por las sociedades aristocráticas a las que les repugnaban los cuerpos desnudos. Por el contrario, aunque sea exagerado asemejar esa desnudez a una mercancía –como se ha sostenido–, lo cierto es que al menos es una oferta, una manera de llamar la atención, una forma muy particular de estar en el mundo.

Este afán suele vincularse con el debilitamiento del sentimiento de comunidad<sup>42</sup> y la consiguiente fragmentación social, pero no se sabe si como causa o como efecto: para algunos (Bauman) es la fragmentación que lo produce, en tanto que, para otros, es esta publicidad la que aumenta la fragmentación.

Lo cierto es que consiste en una búsqueda de cercanía con personas lejanas, que a la vez provoca una lejanía de personas cercanas,<sup>43</sup> aunque

41. Regresión medieval que explica también el retroceso en términos de políticas sociales (Pierson, Paul, op. cit., 2011). La erosión del Estado de Bienestar –del Estado social de Derecho– es inescindible de estas “regresiones” (auge del espionaje masivo, Estados que nuevamente “vigilan” a sus ciudadanos, rehabilitación de la tortura, etc.) civiles y políticas.

42. Fromm, E., *El miedo a la libertad*, Madrid, Alianza, 2011.

43. Véase Rousseau, J. J., *Carta a D'Alembert, sobre los espectáculos*. Madrid, Alianza, 2011. Rousseau vincula el poder de la imagen (en los espectáculos) a la pasividad civil, a la

queda la duda acerca de si realmente se produce lo primero, pues en definitiva se trata de un acercamiento a imágenes más que a personas: cada cual

---

desigualdad de las fortunas, la apatía y al vacío de la representación. Este “distanciamiento” de la otredad que genera la sociedad del espectáculo (denunciado por igual por Bacon, Rousseau, De la Boetie, también por la Escuela de Frankfurt, la indiferencia humana con el destino del “otro” es un rasgo esencial de la civilización industrial moderna, solo así “funciona”: la “sociedad” industrial –y el “mercado”– se edifica sobre esa “indiferencia” con la suerte del que está al lado) puede vincularse también al vaciamiento de las comunicaciones y espacios públicos que el avance de la tecnología (de las “comunicaciones”, paradójicamente) genera en la actualidad: los espacios públicos son vaciados, la vereda, la plaza, con la consiguiente pérdida de “contacto” (comunicación) entre las personas (de diferentes estratos y sectores sociales), que quedan “encerradas” en sus celulares y computadores (en sus círculos privados, que ahora son “móviles”) generando personas incapaces de levantar la vista de estas pantallas un solo segundo y comunicarse con el mundo que está a su alrededor, con sus “riesgos” y “peligros”, con su “otra gente”, diferente, más o menos pobre, “desconocida”, de otras culturas o grupos. Esta falta o ausencia de interacción directa (esta falta de comunicación) en el espacio público tiene serias consecuencias para la sociedad civil y la deliberación democrática, para la participación política y la democracia: redefine incluso lo que entendemos por espacio público y por “comunicación”, por reconocimiento, por identidad, etc. Este “vaciamiento” de los espacios públicos no es inocente y no es escindible de los fenómenos de vigilancia y control social que venimos analizando: van de la mano, como dijimos, la anulación de la esfera privada (merced del espionaje masivo, el control permanente, etc.) de la desaparición del espacio público, en el que ya no existe interacción humana. La tecnología refuerza así la estratificación social y la negación de la política, vista como una actividad “sospechosa”, “subversiva”, peligrosa, “problemática”, riesgosa, “desordenada”. En ese sentido la tan mentada “revolución de las comunicaciones” produce cada vez menos “comunicación” entre sectores sociales, cada vez menor “intercambio”, menos diálogo, menos política, menos participación, menos espacio “público”, menos “ideología”, menos “riesgo”, menos movimiento, más espacio “privado” (pero –o precisamente por eso– más vigilado). La arquitectura misma (el urbanismo) diseña (“renueva”) los espacios urbanos (en las universidades, residencias universitarias, plazas, veredas, estaciones) para “evitar” el contacto. No para promoverlo. El contacto entre las personas se concibe en los espacios públicos en sí mismo (retomando la lógica de Le Bon) como “peligroso”, como “movilización”, como riesgo, como “masa” (“populismo”), como amenaza, como sospecha, como riesgo, como “desorden” (caos, descontrol) como “cuerpos” (sin orden, eventualmente “subversivos”) que (se exhiben, se juntan, se “hablan”) se comprometen. Una “humanidad” que sale a la luz: esto es lo que eventualmente desde la religión, la ciencia y el Derecho se reprime, se tapa. Se niega. Se olvida. Se “vigila”, se controla. Se disciplina la corporalidad. Véase Nussbaum, M., *El ocultamiento de lo humano. Vergüenza, repugnancia y ley*. Buenos Aires, , 2007.

asume un perfil bajo el que se muestra, pero lo que opera en la comunicación no es la persona, sino su perfil.

Lo cierto es que a estas alturas hay una generación para la cual el mundo no se concibe sin internet ni Facebook. Esa generación no sabe que está aportando datos capaces de poner en riesgo la democracia y no parece importarle demasiado su propia vida privada. Incluso existe una generación que no la concibe, que no la ejerce: no la conoce. No conoce la “privacidad”, no sabe lo que la misma “es”: un derecho. Puede llegar un momento en el cual ejercer la privacidad frente al Estado (no tener “perfil de Facebook”, no usar celular, no tener Whatsapp) se conciba en sí mismo ya como un gesto “sospechoso”, como una “anomalía” personal, como algo “curioso”, “raro”, “anormal”, “peligroso”. “Fuera de la norma”: contrario a derecho. Puede ser o terminar siendo sospechoso, peligroso, raro, anormal, que alguien no emplee Facebook, no entregue todos sus datos personales y movimientos a una empresa que los administra y comercializa.<sup>44</sup>

Por otra parte, en lo que hace a la *seguridad* entendida como prevención del delito, desde la criminología no cabe olvidar que en todo tiempo, cuando ha surgido una nueva tecnología, de inmediato se depositó en ella una fe tan absoluta, que prácticamente resultaba casi blasfemo ponerla en duda. La irrupción de la biología evolucionista, de la endocrinología, de la fotografía,<sup>45</sup> de la biometría, de la dactiloscopia, etc., dan cuenta de ello en los últimos cien años.

10. Como en todo lo nuevo, la opinión acerca del futuro se divide entre entusiastas y catastrofistas, dando lugar al desarrollo de imaginaciones utópicas y distópicas.

44. Jürgen Habermas parece tener razón cuando afirma en este sentido que la modernidad es un proyecto aún pendiente de ser realizado (la privacidad misma, los derechos humanos civiles “universales”, que son tan poco “universales”) y no un proyecto acabado o realizado (no un proyecto que se pueda abandonar antes de tiempo): las restricciones crecientes a la privacidad (el espionaje, las torturas, las cárceles clandestinas, los dramas migratorios) lo demuestran. Las promesas de la modernidad (igualdad, libertad, fraternidad entre Naciones, derechos humanos universales) son o configuran aún una agenda para el futuro. Una promesa. Para muchos, apenas una ilusión que la realidad desmiente día a día. Minuto a minuto.

45. Axat, Julián, “Los fiscales y los álbumes de malvientes”. En *Página/12*, Buenos Aires, 16 de diciembre de 2013.

Sin caer en ninguna de ambas vertientes, lo cierto es que la concentración urbana de población tiende a ser casi total en el mundo en los próximos años y, desde sus comienzos con la Revolución Industrial, siempre que ha creado mecanismos de fichaje y observación, se han inventado también formas de eludirlos e incluso de utilizar la misma tecnología para neutralizarlos. No nos puede llamar la atención que esto suceda o esté ya sucediendo. Solo que no imaginamos los caminos que habrán de seguir. Conceptos como “jaula de hierro” (Weber), fábrica higiénica (Horkheimer), “campos” (Agamben) parecen reflejar o preanunciar este estado de encierro (en “libertad”) en que se ha ido convirtiendo poco a poco la sociedad moderna,<sup>46</sup> la modernidad industrial, como denunció la teoría crítica, termina siendo una “jaula”.<sup>47</sup> Vigilar “es” castigar, es agredir, es vulnerar derechos, intimidar, silenciar, condicionar. Es una forma de la agresión y de la presión. Es un hostigamiento y un crimen.<sup>48</sup>

46. Bauman, Z., *Modernidad y Holocausto*, Madrid, Sequitur, 2008.

47. Adorno, T. y Horkheimer, M., *Diálectica de la ilustración*, Buenos Aires, Losada, 1995.

48. Ya no se trata, como afirma Foucault en su libro *Vigilar y castigar*, sino de concebir que en los albores del siglo XXI, con los medios actuales, las formas actuales, la vigilancia es en sí misma, ella misma, “el castigo”. La vigilancia es una forma de castigar. Una forma de hostigar, de presionar (la vigilancia permanente, con los medios actuales, es una forma de perseguir), de condicionar, humillar, degradar y negar a la(s) persona(s). La cárcel como tal ya no es una institución (separada, aislada) del presente sino del pasado: el encarcelamiento y el aprisionamiento cobran nuevas formas, la cárcel como institución de “encierro” separado (como edificio “especial”) y control se ha extendido, carece en tanto “edificio” de relevancia en las formas del control social del siglo XXI. Ya no es un edificio separado. La cárcel se ha extendido, el modelo mismo se ha “replicado” a la sociedad misma, enteramente: la sociedad es la nueva cárcel, donde todos los rincones (donde los ciudadanos son “internos”, presos sin intimidad, sin derecho a un espacio privado, privativo) son observados, vigilados, vistos (expuestos enteramente) continuamente como por un Gran Hermano al estilo de George Orwell. Nada “escapa” a la vigilancia. A esos disimulados ojos de cámaras (“Sonría, lo estamos filmando”) que lo registran todo (“por su propia seguridad”), que sobre todo hacen un “seguimiento” de cada “caso” por “precaución”. El modelo de panóptico/vigilancia de la cárcel se ha extendido (se ha “copiado”) a toda la sociedad civil. La tecnología (la “revolución de las comunicaciones”) ha provisto los recursos, los medios técnicos (por eso es tan importante cuestionar la aparente neutralidad de la técnica, de sus usos prácticos). Los muros de esta cárcel son otros (virtuales, se esconden en nada inocentes “servicios” a los usuarios, portales, “perfiles”, etc.) pero también

De todas formas, es bastante claro que, tratándose de servicios secretos estatales, bien puede considerarse que el espionaje electrónico y el control de población de otros estados son hoy verdaderos actos de agresión, de los que pronto tendrá que hacerse cargo mucho más seriamente el *derecho internacional*.

En cuanto al control de la propia población –o *seguridad interior*–, pocas dudas caben de que el fichaje y la clasificación electrónica de datos representa una seria amenaza para las democracias, que deberá ser rápidamente materia de legislación interna, al igual que el problema planteado por la autonomización de los servicios secretos, que deberá ser encarado mediante regulaciones que impongan el control parlamentario o políticamente plural. En el mediano plazo, esto deberá ser materia del *derecho constitucional*.

---

tienen, como los muros de la Alemania de la DDR, sus guardianes. Sus “custodios” que denuncian toda “sospecha”. Todo “peligro”. Toda alteración. Todo riesgo. Todo cambio. Todo movimiento “sospechoso” en las “redes”. La vigilancia permanente –que se inicia en las cárceles– es hoy el “modelo” que rige la organización de la sociedad entera. La sociedad misma está presa. La sociedad (en el capitalismo avanzado, que debe ser en todo momento “eficiente”) está presa/rehén de esta vigilancia continua, masiva sobre cada aspecto de la vida (de todo queda un registro: médico, civil, policial, etc.) que rebaja a las personas a meros “recursos” vigilados/controlados en todo momento, a cada paso: en cada acto, por “trivial” que parezca. No faltará, en este camino (inescindible de la biopolítica o biopoder denunciado/anticipado por Foucault) en que nos observen detenidamente también dentro de los baños, en búsqueda de cualquier “información” que pudiera resultar “relevante” (no hay límites en la búsqueda de información: las torturas durante las dictaduras demostraron la ausencia de límite moral en la búsqueda de “datos” para alcanzar la “verdad”), “gesto”, “signo”, alteración “anormal”, indicio. La tecnificación gradual de todos los aspectos de la vida (la sexualidad, las relaciones amorosas que se inician en “portales” y no ya en la interacción humana concreta, espontánea, “casual”) es imprescindible de estos procesos de vigilancia, que apuntan a una mejor “regulación” (gestión) de la vida social y económica. Todo con la lógica de la administración de “recursos”. No ya con la lógica de la participación política y democrática, sino con la gestión vertical de recursos “humanos” que se “administran” del modo más “eficiente”. El auge del espionaje masivo es el auge de la vigilancia masiva, de la sociedad de control en el capitalismo avanzado, con su aversión a todo riesgo, aspecto de la criminología actuarial. Se “gestionan” pues las poblaciones. Esta era la base (totalitaria) del biopoder. (Sloterdijk, Peter, *Normas para el Parque Humano. Una respuesta a la “Carta sobre el Humanismo”*, Buenos Aires, Losada, 2012. También Žižek, Slavoj, “La máscara humanitaria de la explotación: los comunistas liberales de Porto Davos”, en *Revista Cultural* Ñ (*Clarín*, Buenos Aires, 6-5-06).

Cuando nos referimos a la tendencia a una *regresión tecnológica que retoma elementos capaces de dar lugar a una suerte de Edad Media digital*, no nos estamos refiriendo a una *fatalidad*, sino solo a una peligrosa tendencia. Señalar una tendencia es una *advertencia*, no necesariamente un *destino*. La humanidad ha superado muchos peligros y se han desmontado muchos monopolios, el control digital de población propia y extranjera es uno más. Se trata, en definitiva, y retomando la vieja fórmula del jurista alemán Ihering, de luchar por el Derecho. De retomar el proyecto ilustrado de la modernidad donde la privacidad de las personas no es (no era) concebida ni presentada como un peligro, como una amenaza latente para la “seguridad ciudadana” o nacional, la privacidad no es una amenaza para la seguridad de los Estados o en los Estados. Sobre este razonamiento esencial y primario, tan básico (que los individuos tienen una esfera de acción privada) se construyó el Estado de Derecho. Privar a los individuos de su privacidad es privarlos, en definitiva, de su carácter de tales. Es promover, con cámaras y vigilancia permanentes, la despersonalización y la ruptura de todos los vínculos y lazos y espacios sociales que se derivan de aquella. Es promover la ruptura de todo diálogo. De toda participación. De todo vínculo. Es anular el valor de la palabra y de la libertad civil.

### **La agresión contemporánea: repensando el Estatuto de Roma**

“El espionaje masivo resulta una violación grave de los derechos humanos y de la soberanía”.

Dilma Rousseff en la Asamblea General de la ONU, 2013

“Los conceptos jurídicos siempre son funcionales, porque todos cumplen una función que afecta el ejercicio del poder punitivo”.

(Zaffaroni, Alagia, Slokar, *Tratado de Derecho Penal*)

¿Puede una violación (de derecho internacional) grave, tal como indica Dilma Rousseff, quedar sin condena? Una de las crisis más complejas que atravesó y aún atraviesan las democracias en los últimos años vino dada por la profunda crisis que representó el escándalo del espionaje masivo de la NSA (destapado en 2013 por el ex espía norteamericano Edward Snowden), que afectó no solo la legitimidad de los Estados democráticos modernos (la

base misma de lo que entendemos por Estado de Derecho, por democracia, por sociedad civil), que tiene como una de sus misiones centrales preservar las garantías civiles (siendo la privacidad de las comunicaciones –garantía de autonomía personal, libertad de expresión– una de ellas, una de las más fundamentales en una democracia), sino también habiendo afectado (el escándalo del espionaje masivo a dirigentes, políticos, embajadores, jueces, estudiantes, empresarios, etc.), la efectividad y el sentido mismo de la diplomacia, de los espacios internacionales públicos, de los foros donde se negocia –en principio– de buena fe y donde se buscan, generan y consolidan acuerdos. Pensar la agresión en el derecho penal internacional (DPI) configura un tema de enorme trascendencia para pensar la evolución de la democracia en los albores del siglo XXI, pero también para pensar los caminos sinuosos que actualmente transita el Derecho Internacional Público en general y el Derecho Penal Internacional en concreto, tomando como eje la “normalización” gradual de estados, actos y medidas discrecionales que antes (del resurgimiento de la doctrina seguridad nacional, a partir de 2001) eran considerados “de excepción”. La normalización del estado de “excepción” (que ha pasado a ser, como afirma Gunter Frankenberg, el estado regular de cosas, el estado “normal”) es inseparable del resurgimiento político de la doctrina de la seguridad nacional (que explica el uso de mecanismos de tortura,<sup>49</sup> de espionaje masivo, de cárceles clandestinas, etc.; todo en nombre de la defensa no de la seguridad colectiva, como predica o pretende la ONU –en aras de la cooperación entre países– sino del interés “nacional”, las potencias defienden “sus intereses”, esta defensa de sus “intereses” es inseparable muchas veces de la comisión de severas “agresiones”). Repensar la agresión en el siglo XXI (la forma que la misma cobra en función de las nuevas posibilidades de “agresión” que abren las nuevas tecnologías de que disponen los Estados, los países más desarrollados y avanzados económicamente, con avances científicos, y técnicos) parece ser la única forma de preservar la democracia de amenazas no tanto externas (“la amenaza del terrorismo”) sino internas, como el espionaje masivo tecnológico (EMT), que en nombre del combate al terror y la defensa de las libertades civiles termina socavando esas mismas garantías civiles básicas y esas mismas libertades,

49. Denominadas con el eufemismo de “técnicas de interrogatorio mejoradas”, como el submarino.

en cuyo nombre, paradójicamente, se ejerce y comete.<sup>50</sup> El espionaje masivo termina socavando la libertad y el Estado de Derecho, erosiona la legalidad.

En el marco de la llamada “lucha al terror” (guerra al terrorismo, *están con nosotros o contra nosotros*, afirmó Bush hijo en 2001, dando pie a la basta doctrina de la guerra preventiva, violatoria de todo ordenamiento jurídico), la pérdida de derechos civiles ha dejado de ser la “excepción” y se ha convertido lentamente (a nivel discursivo, y jurídico) en la regla.<sup>51</sup> Se ha ido convirtiendo en el estado “normal” –permanente, no excepcional– de cosas. Lo que antes era la “excepción” hoy es poco a poco la regla. Esto traduce una crisis profunda de la legalidad internacional, de la modernidad jurídica. El principio de legalidad está siendo erosionado, como advierte Ferrajoli, y con él el Estado de Derecho.<sup>52</sup> La democracia constitucional está siendo vaciada de contenido, de garantías. El espionaje masivo (incluso entre “países aliados”, como sostuvo Angela Merkel, tras el escándalo que supuso que hasta su propio teléfono personal estuviera intervenido y espiado continuamente por un servicio secreto de otro país) es la contracara necesaria de esta crisis profunda. En nombre de la lucha al terror (mayor “seguridad nacional”) muchas sociedades han renunciado gradualmente a muchas de sus garantías y derechos esenciales y también han renunciado a cooperar entre ellas (la seguridad colectiva, principio rector de la ONU, se basa en la cooperación internacional, siendo la cooperación –contra la que conspira la reestablecida doctrina de la “seguridad nacional”– la contracara de todo espionaje). El espionaje masivo lesiona la autonomía y la libertad

50. Frankenberg, G., *Técnica estatal. Perspectivas del Estado de Derecho y el estado de excepción*, Rubinzal-Culzoni, 2014. El autor muestra cómo se va “normalizando” lo que (como la lesión y renuncia de derechos civiles) antes era visto como algo excepcional, como un estado de “excepción” que poco a poco se ha vuelto un estado “normal” de cosas, lesionando nuestras libertades y desdibujando lo que entendemos por democracia. Con el resurgimiento de la doctrina de seguridad nacional, el estado de excepción se va convirtiendo –y se ha ido convirtiendo– lentamente en la “regla”.

51. Las democracias corren el riesgo –sin garantías civiles sustanciales– de convertirse, como advierte Ferrajoli, en una cáscara vacía, formal, detrás de la cual no hay una sociedad civil que ejerce plenamente sus derechos políticos. El espionaje erosiona y socava la autonomía personal. Violenta nociones elementales de lo que entendemos por Estado de Derecho y democracia constitucional. Ferrajoli, L., *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2012.

52. Ferrajoli, L., *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2014.

civil y esto perjudica a la democracia. Pero también lesiona la legitimidad (el sentido mismo, el objeto) de los espacios y foros internacionales donde los Estados acuerdan: se vulnera la diplomacia. Se desdibuja el diálogo en todos los niveles: internacional, nacional, político, se desdibuja incluso la interacción civil.<sup>53</sup> Se desdibujan los foros políticos y los espacios donde se generan acuerdos nacionales o internacionales. Se desdibuja la libertad de expresión, que es reemplazada, en un Estado que vigila –registra, supervisa, y contabiliza (hace un seguimiento de)– todas las comunicaciones privadas –todos los pasos– de sus ciudadanos, por la autocensura. Por el terror. No por la libertad civil. El espionaje masivo produce autocensura. La vigilancia permanente es una forma de la represión política.

Kant establece que “la persona moral es el sujeto racional libre, bajo el imperio de las leyes éticas”.<sup>54</sup> La idea central de la modernidad, inescindible

53. Se daña el sentido de lo que entendemos por *personalidad*. El espionaje, la vigilancia, como en toda institución total (en el sentido de Erving Goffman), lógica antes solo reservada a la cárcel –donde todos los encerrados son “tutelados” e infantilizados por el sistema, reducidos y conducidos– pero que hoy se ha extendido a todos los espacios y resquicios de la sociedad, empresas, calles, parques, estaciones, universidades, campos de deportes, edificios, barrios cerrados, todo (para disminuir supuestos riesgos o peligros) es vigilado, cada espacio, cada rincón cuenta con una cámara que registra todo, inhibe el desarrollo de la persona. El espionaje masivo inhibe la libertad y lo que entendemos por derecho a la personalidad, por derecho a ser persona. Todo esto se hace en nombre de la seguridad nacional. El espionaje masivo mina todo reconocimiento civil y político a la persona espía, la disminuye, y desaparece –degrada– su autonomía civil y su capacidad de participación. Le niega sus derechos. El espionaje masivo supone un Estado que desconfía de todas las (sus propias) personas, de sus propios ciudadanos, desdibujando la frontera sobre la que se edifica la sociedad civil, escindida del Estado. En una sociedad donde rige el espionaje masivo, no hay sociedad civil. No hay participación política. No hay sociedad abierta. Todos los ciudadanos pasan a ser “internados” dentro de sus propios Estados/sociedades (Goffman). El espionaje masivo produce la represión y la auto-censura del internado.

54. Si el núcleo axiológico de la persona es la eticidad (como cree Kant), el espionaje masivo, al borrar la noción de “conciencia” (al dejarla sin espacio) del sujeto, nos deja –produce– una sociedad –un mundo, una persona– inerte y sin valores. Donde el hombre es un mudo “recurso” *inconciente, inerte*. Precisamente, la falta de “conciencia” (social, moral, política, subjetiva, la falta de conciencia en el sujeto) en todos los niveles, es lo primero que puntualizan y demandan y denuncian las escuelas críticas (Frankfurt, el marxismo, el feminismo radical, etc.). Sin conciencia “crítica” (moral) en el individuo no puede haber cambio político, participación: crítica. De allí que la anulación de la conciencia que produ-

del progreso político, en la constitución de sociedades regidas por el Derecho, es la noción de autonomía del sujeto. De sujeto racional libre y autónomo. El sujeto autónomo es el sujeto racional. Donde hay espionaje no hay privacidad, y donde no hay privacidad, no hay –no puede haber– autonomía. El espionaje destituye a la Razón. El espionaje del Estado sobre los sujetos atenta, pues, contra esta estructura de la personalidad, contra estos desarrollos de las personas, contra el derecho a la personalidad: contra el derecho a ser (reconocido y respetado como) persona. El espionaje elimina la libertad. La persona ya no es libre de “pensar” por sí misma y de actuar autónomamente. Se le quitan estas posibilidades. Como en toda institución total (en una sociedad dominada por el espionaje masivo, la sociedad es la nueva “cárcel”) las personas regresan a estadios infantiles. No hace falta, como pretendía Kant, pensar, dar el salto a la madurez. Todo es dirigido-regulado. Normado. La autonomía es reemplazada por la obediencia. La sociedad termina siendo en este escenario la nueva “institución total”. Una cárcel nueva, virtual, donde todos los pasos, voces, ideas, deseos, errores, quedan marcados, anotados, registrados, “seguidos”. Vistos. El modelo de vigilancia carcelario se expande de la cárcel a la sociedad misma, a la sociedad entera, que termina siendo ella misma una gran cárcel. Esto genera autocensura, desmovilización, indiferencia, apatía. Apolítica, no libertad.

La esencia misma del Estado de Derecho, concebido por la modernidad como reacción ilustrada a la sociedad estamental, autoritaria, de vigilancia, es puesta en cuestión, en tela de juicio, en crisis, por el espionaje masivo. El espionaje (naturalizado como algo “normal” en la lucha –permanente– al “terror”) daña de modo profundo la personalidad, el desarrollo de las personas (la confianza misma en la persona, en el progreso),<sup>55</sup> vulnera las libertades civiles, jaquea la autonomía y la capacidad de expresarse de las personas

---

ce el espionaje no es inocente en términos políticos: es funcional a un tipo de sociedad –y de sistema económico– que regentea personas como si fueran “recursos”. No sujetos con dignidad y con derechos. Fines, y no medios, pretendía Kant. No sujetos libres sino vigilados. El sistema económico invierte ese postulado básico de la moral kantiana. El sistema económico (en el cual se inscribe la vigilancia masiva) trata a las personas no como fines, sino como recursos, como medios sin voz, como sujetos indignos, ya como un medio, un recurso, no tiene dignidad: está cosificado. Es una cosa. No un hombre. No es persona.

55. La vigilancia masiva de cada aspecto de la vida civil y personal tiene como presupuesto una antropología negativa.

(su derecho a expresarse) sin sentirse acosadas o vigiladas desde el Estado mismo. El EMT mina la deliberación democrática. Desdibuja la diplomacia y la actividad política. Amenaza con destruir los pilares mismos sobre los que se construye y edifica la sociedad civil: la participación ciudadana.

Dijo Dilma Rousseff, presidenta de Brasil, en la Asamblea General de la ONU, en 2013, que el espionaje masivo (de ciudadanos, empresas, presidentes, jueces, académicos en todo el mundo) es una violación del derecho internacional grave, lo cual es claro. El desafío es ir más allá. No alcanza con decir que el espionaje masivo es un fenómeno “grave” y que sus actores –proviengan del Estado que proviengan– cometen una vaga pero muy clara “violación del derecho internacional grave”. Se debe establecer cómo y por qué esto es una violación “grave” del derecho internacional. Lo complejo es determinar en todo caso cómo (por qué y para qué) se juzga en concreto eso que se dice “violación del derecho internacional grave”. A través de qué figura en concreto del derecho internacional, de qué instituto. El crimen de agresión puede ser esa figura. Es la que permite juzgar de modo más directo y sin recurrir a la analogía (vedada en el derecho penal) estas violaciones masivas que lesionan de modo manifiesto y concreto –y sistemático– los valores y la letra misma de la Carta de la ONU. La diplomacia y la política internacional se ven socavadas y amenazadas por el espionaje masivo. Pero también el comercio, la libertad económica, la vida civil (máxime para quienes asocian, asumiendo el discurso de posguerra dirigido precisamente contra sociedades entre muros, como la Alemania de la DDR, la doctrina del libre mercado, donde se vinculan el capitalismo y la democracia), amén de la grave lesión de derechos civiles esenciales, se lesionan también la diplomacia, la actividad comercial, la deliberación política democrática. No alcanza con decir, como dijo Rousseff en Nueva York, que el escándalo del espionaje masivo denunciado por Snowden es una “violación del derecho internacional grave”. Lo es. Pero Rousseff no pudo decir mucho más que eso: esta violación “grave” carece por el momento de una figura concreta que le dé cauce y evite o morigere la impunidad con que se manejan los actores de este crimen. Por tal razón es que hace falta dar el siguiente paso. Y ese siguiente paso (que aún no se ha dado, que aún el derecho penal internacional no dio, que es un paso todavía pendiente) no se puede dar en el vacío: necesita de un marco teórico preciso, que brinde posibilidades efectivas y concretas de persecución y condena. Se debe determinar primero por qué el EMT, con las características y efectos globales actuales, es una violación manifiesta,

muy grave como dijo Rousseff, al derecho penal internacional (a la letra y al espíritu de la carta de la ONU, a la letra y espíritu de toda constitución liberal moderna, una violación de toda legalidad jurídica, de todo marco civil) y sobre todo cómo se puede o debe juzgar –a través del Derecho– tal violación grave. A través de qué figura, de qué instrumentos.

Angela Merkel pidió, apenas estalló el escándalo de espionaje masivo, con las revelaciones de Snowden, alcanzar un “balance” entre espionaje y democracia. Y sin embargo –como la propia Merkel terminaría por reconocer– no hay balance posible entre el espionaje y los derechos humanos. Entre el espionaje y la democracia el “balance” ya no es posible. Son caminos antagónicos, separados: el espionaje masivo es incompatible con la democracia constitucional, con las garantías civiles. El espionaje y la democracia se oponen. No pueden caminar juntos. Siempre van separados. Donde crece uno, desaparece el otro. No pueden convivir, porque el espionaje, una vez operado, no reconoce controles ni límites. Ningún “balance” (para usar la expresión de Merkel) es posible. El pretendido “balance” (entre espionaje y democracia, donde el espionaje “protege” a la democracia en tanto “combate” el terrorismo) no ha tenido lugar. El “balance” pretendido se inició absolutamente sobre uno de sus lados: el espionaje masivo. El “balance” nunca se alcanzó. Y nada hace pensar que el mismo sea realizable ni posible. El “balance” es solo un recurso retórico, discursivo, para justificar la supervivencia de las mismas prácticas que estamos cuestionando. Hablar de “balance” es, luego del escándalo desatado en 2013, asumir que el espionaje masivo debe –bajo ciertos “balances”– seguir. Esto es lo que estamos cuestionando y lo que la propia canciller alemana terminaría afirmando, luego de que se supiera, semanas más tarde, que su propio celular privado estaba siendo intervenido, espiado.

Existen, como se ve, nuevas formas de agresión, nuevas formas de invasión de países, hay nuevas formas de hacer la guerra y de agredir, nuevas armas, nuevos instrumentos, y nuevos métodos en lo que significa ser “invasivo”. Hay nuevos condicionantes, nuevos objetivos, nuevos blancos. El derecho penal internacional debe adaptarse a los mismos.<sup>56</sup> No puede

56. Estados Unidos tiene una tendencia política histórica a la extraterritorialidad en la aplicación de sus propias normas. Este fenómeno de aplicación extraterritorial de sus propias normas jurídicas es, en rigor, inescindible de su auto-asumido rol de policía o

permanecer impasible ni recurrir a instrumentos del siglo pasado para comprender estas realidades complejas y cambiantes.

Los avances de la tecnología condicionan también la forma en que pensamos la esfera privada de las personas: su intimidad, para evitar el anglicismo (debe hablarse de esfera íntima y no de esfera “privada”, lo que se vulnera con el espionaje es la intimidad misma de cada persona). Condicionan los modos en que la privacidad es pensada y puede ser preservada por los Estados. Sin privacidad no hay sociedad civil. No hay participación política. No hay diálogo. Sin privacidad –sin intimidad, sin espacios íntimos “excetos” de toda vigilancia– desaparece el sujeto de derecho autónomo: desaparece la (lo que entendemos por) persona. Y también por ciudadano. Por ser humano.

Sobre la vigilancia y los guardianes del Muro. El eminente jurista alemán Gustav Radbruch, que en la posguerra había cuestionado al positivismo jurídico por dejar a los juristas alemanes (a muchos, no a todos) del todo “indefensos frente a leyes injustas y crueles” (pero formalmente “válidas”) pergeñó su célebre fórmula (la llamada “fórmula Radbruch”, según la cual la injusticia extrema no es Derecho,<sup>57</sup> con lo cual el derecho nazi no era “derecho”, era un derecho tan “extremadamente injusto”, de una justicia tan “ostensible” y evidente<sup>58</sup> que se le debía negar la cualidad de jurídico, la

---

gendarme “mundial”; las actividades de espionaje masivo de las agencias de seguridad norteamericanas (pero también de otros países, que a su vez se benefician de los datos revelados por la primera) se inscriben dentro de este último aspecto, legitimadas por la Sección 215 de la Ley Patriota. Para confirmar la hipótesis relativa a los efectos extraterritoriales de la Ley Patriota de los Estados Unidos, basta con considerar sus efectos concretos, y no solo sus implicancias políticas y morales: se revisan mails y mensajes privados de millones de personas de todo el mundo, a diario, en todos los países, sin excepciones. Todos son considerados a priori “sospechosos”. Rige la “sospecha”. Un ejemplo elocuente es que el FBI espío (mucho antes de la Ley Patriota y durante más de 25 años) al escritor colombiano Gabriel García Márquez por sus “relaciones con la prensa cubana”.

57. Radbruch, G., “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, en *Süddeutsche Juristenzeitung*, München, Alemania, 1946.

58. Claro que esto no fue así en determinado momento (la etapa nazi) para millones de personas y tampoco para miles de juristas, profesores, jueces, abogados, que aplicaban este derecho como el único válido. Carl Schmitt no fue la excepción: fue la regla en esa etapa, profundamente antiliberal, antidemocrática, antiilustrada, y antiigualitaria, contra las “abstracciones” modernas (como la abstracción del principio de legalidad, la abstracción de los derechos universales del Hombre, etc.).

calidad de Derecho, es decir su validez, en suma, su calidad de “derecho válido”, luego se aplicaría este razonamiento para censurar también el derecho de la DDR) cuestionando a los guardianes del Muro de Berlín, que tenían la orden de disparar contra todo aquel hombre que, desesperado por la opresión y el hostigamiento (de la DDR) quisiera escalar esas paredes grises y escapar (“violiar la frontera”, ser un enemigo de la Alemania “democrática”) a otra parte, donde se sintiera más libre, menos espiado, menos controlado, menos vigilado, menos asediado en sus pasos. Más persona.

El caso de los guardianes del muro (*Mauerschützen*) es un caso emblemático resuelto por el Tribunal Constitucional alemán una vez producida la reunificación. La fórmula Radbruch (empleada en desmedro de principios esenciales como la irretroactividad de la ley penal) configura un “derecho suprallegal”. No es un secreto que la misma supone un regreso –de posguerra, ante el horror nazi– a los cómodos fundamentos del iusnaturalismo.<sup>59</sup> El caso de los guardianes del Muro es relevante porque muchos de quienes “violaban la frontera” (arriesgaban sus vidas para escapar de la DDR), lo hacían hartos de un Estado totalitario que los espiaba continuamente, que vigilaba y controlaba todos sus actos, hasta el mínimo de ellos, anulando primero la vida civil y política (por eso fue necesario cosntruir un Muro), y luego la calidad de personas de los individuos. Su personalidad quedaba anulada. La injusticia de ese régimen era extrema. Que dispararan los “guardianes” sobre aquellos que querían escapar de esa sociedad hipervigiliada, controlada, como afirmó Walter Linse, hasta en sus más mínimos aspectos, terminaba de cerrar un cuadro dominado por el horror, el aislamiento, la vigilancia y el totalitarismo.

Hoy el mundo parece –con la normalización del estado de excepción, con la normalización del espionaje masivo, con la normalización de las “técnicas de interrogatorio mejoradas” (torturas), con la normalización de las cárceles clandestinas e inhumanas alrededor del mundo, como Guantánamo,

59. El Tribunal Constitucional Federal de Alemania (Bundesverfassungsgericht) dictó un emblemático fallo conocido como “Los guardianes del muro de Berlín” donde se resolvieron distintos recursos de inconstitucionalidad promovidos por distintos agentes de los batallones policiales que integraban los (llamados) “Guardianes del muro”; en contra del delito de homicidio de una persona que intentó ingresar al territorio de la República Democrática Alemana (RDA). El fallo sucedió después de la reunificación alemana: después de la caída del Muro.

con los centros de “acogida” de migrantes, con la expoliación feroz de recursos naturales no renovables– estar volviendo lentamente sobre sus pasos. Por eso mismo entendemos que no es descabellado pensar (y para prevenir crímenes mayores) que el espionaje masivo pueda ser pensado como un crimen de agresión, por su dimensión y su escala, por su sistematicidad, operatividad. Ya no hablamos del espionaje con las características que el mismo tenía en 1950, 60 o 70. El espionaje masivo en celulares, computadoras, a dirigentes políticos, presidentes, jueces, embajadores, ciudadanos comunes, tiene una escala y una dimensión nueva –impensable poco tiempo atrás– que obliga a replantear la forma en que se lo piensa, define y aborda. Nos obliga a repensar la agresión.<sup>60</sup>

El espionaje masivo, con los medios y la sistematicidad actuales, a dirigentes, cancilleres, diplomáticos, jueces, periodistas, estudiantes, empresas y empresarios en todo el mundo, violando fronteras territoriales y reglas básicas del derecho internacional público de modo sistemático, socavando la base y el valor mismo de la diplomacia, es o configura abiertamente un “acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituye una violación manifiesta de la Carta de la ONU”. Una violación de la democracia. Del principio básico del derecho internacional de que se negocia y se

60. Incluso es posible pensar que las actividades reveladas por Snowden, con los sofisticados equipos informáticos automatizados, configuran una actividad “nueva” diferente del espionaje tradicional (que a falta de un término mejor denominamos “espionaje masivo”), que quedaría, incluso, “legitimado” como práctica de excepción. Lo que no puede hacerse es tomar los argumentos que se usan para justificar el primero, el espionaje (como práctica de excepción, con sus métodos clásicos) y emplearlos para justificar (el segundo, que configura) un fenómeno nuevo, altamente invasivo (sistemático, altamente “agresivo”, masivo) de todos los aspectos de la vida (humana y social, económica y política, vulnerando y avasallando la soberanía de los países). Incluso es posible pensar que son dos fenómenos separados (y separables) y que los argumentos que se usan para justificar el primero (incluso si siguen siendo válidos para justificar el espionaje tradicional, excepcional, cuando se utiliza el espionaje para “prevenir atentados”) no pueden ser usados para justificar el segundo, el espionaje “masivo” que abarca a miles de empresas, jueces, periodistas, diplomáticos, estudiantes, activistas de todo el mundo, que en modo alguno pueden ser catalogados ni sospechados de “terroristas”. El espionaje sobre esta gama variada de personas responde a otros intereses comerciales y geopolíticos estratégicos (distintos del “combate del terrorismo”). Precisamente responde a nuevas formas de hacer la guerra (económica) y acometer agresiones (en el mundo de los negocios, etc.) Esto explica el cambio en la forma de la “agresión”.

pacta de buena fe. El espionaje amenaza con quitarle valor a la diplomacia. Al derecho internacional. A los tratados firmados. A la propia justicia internacional. El espionaje atenta contra la paz. Atenta contra las relaciones entre los países, contra su soberanía y su integridad esenciales. Por esa razón el espionaje masivo (tecnológico, sistemático, indiscriminado), lo cometa el país que lo cometa, debe ser considerado como un crimen de agresión.

La discusión sobre el crimen de agresión es una discusión determinante sobre el futuro rol del Derecho Internacional, un derecho que ve actualmente cómo muchos de sus principios e instituciones e instrumentos esenciales están, desde el retorno de la retórica de la seguridad nacional y la guerra “preventiva” (y de escándalos globales como el escándalo del espionaje masivo), en crisis. Existe un grave retroceso en materia de legalidad internacional. Muchos actos que configuraban antes (del auge, en 2001, en plena “lucha al terrorismo”, de la doctrina de seguridad nacional) un estado de “excepción” hoy se han normalizado y forman parte del cuadro cotidiano (del estado normal de cosas) de la vida civil y política. La normalización de la excepción (la normalización del espionaje, la normalización de las torturas, la normalización de las guerras “preventivas”, la normalización de Guantánamo), como advierte Gunter Frankenberg en Alemania, representa un riesgo para la democracia. La vigilancia erosiona la vida civil y política. El escándalo del espionaje masivo y sistemático a dirigentes, empresarios, jueces, periodistas, políticos, ONG’s, diplomáticos, académicos, estudiantes, revela la crisis en que se encuentra sumida la diplomacia internacional pero también el Derecho Internacional Público.

A la hora de repensar la figura del crimen de agresión, una interpretación “restrictiva” no carece de consecuencias en la práctica: su consecuencia directa es el doble estándar en la persecución penal, que redundaría en la impunidad de las agresiones (sofisticadas, “nuevas”) que cometen los Estados más poderosos. La interpretación amplia de la agresión es la única que ape- la verdaderamente a la propia utilidad –sentido mismo– de la figura de la “agresión”: que es prevenir, justamente (a tiempo), crímenes aún mayores. La interpretación restrictiva –clásica posición alemana– en el fondo descrea de la figura misma de la “agresión”. No es casual que esta sea la posición “clásica” predominante en Estados que tienen –como Alemania, un Estado avanzado tecnológica y científicamente por otro lado– una larga historia de agresiones a otros Estados. Pareciera que la interpretación “restrictiva” es a su vez la posición más compatible –para estados poderosos, colonizadores

presentes y pasados– con la defensa de propios intereses nacionales o geopolíticos, e incluso comerciales.<sup>61</sup>

61. La expoliación de los recursos naturales en países pobres (de África o América Latina) también puede ser pensada (desde el margen latinoamericano, apelando a la teoría de la dependencia, que divide centros de periferias expoliadas, que padecen a su vez las consecuencias más notables del cambio climático que la erosión de la naturaleza en los países centrales produce) como “crimen de agresión”. (Si se prueba que la erosión industrial de las potencias y la polución que se produce en países avanzados tiene sus secuelas más graves y devastadoras no en esos mismos países que contaminan, sino en aquellos más atrasados, con menos infraestructura, como los países de África o América Latina; entonces es posible encontrar nuevas formas de –concluir que existen nuevas formas de– la agresión, vinculadas a la forma de procesar y defender intereses económicos, comerciales, estratégicos, políticas públicas vinculadas no solo a “objetivos militares” sino económicos y comerciales, industriales, que pueden derivar en “agresiones” a Estados indefensos o poco desarrollados económicamente, que ven su soberanía, territorio, recursos, población, vulnerados, “agredidos” de dos maneras por los Estados poderosos: 1. Por la expoliación directa e injusta de sus recursos naturales; desde épocas de la colonización hasta la actualidad subsiste esta agresión, este crimen de agresión; la colonización cobra nuevas formas. 2. Por las consecuencias que producen, sobre todo en los países menos desarrollados, con menos infraestructura, el cambio climático, consecuencia directa de la polución que producen las potencias centrales, que tiran sus desechos industriales “en la periferia” climática, económica, social y financiera, en forma directa, comprando espacios para desechar, y en forma indirecta, por la forma en que se procesa la contaminación en los ecosistemas. En suma, el desafío que proponemos pasa por repensar el sentido de la “fuerza armada” presente en la figura del crimen de agresión, repensando, en ese camino, lo que entendemos por agresión misma en el siglo XXI. Hay lógicas nuevas que el Derecho Internacional no puede dejar de considerar y que impactan de modo profundo en nuestra forma de pensar las “agresiones” como crímenes. Hay muchas agresiones que históricamente han quedado impunes, silenciadas, no vistas. Negadas. Vistas como etapas necesarias en el “desarrollo”. El objetivo es cambiar –combatir– esta impunidad, que permite que se juzguen curiosamente todavía en la actualidad algunas agresiones (cometidas por estados poco desarrollados, colonizados, como los países de África, esto no es casual, es doblemente simbólico) dejando impunes, una vez más, las agresiones que cometen, con su sofisticación instrumental (antes como ahora), los Estados más poderosos del planeta: los colonizadores militares, económicos, culturales. (Zaffaroni, E. R., *El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*, Buenos Aires, Ed. Madres de Plaza de Mayo, 2015). En este sentido la teoría de la dependencia (Schwarz, Cardoso) aporta un marco teórico adecuado para cuestionar el lenguaje “universalista” de las responsabilidades por ejemplo medioambientales, que no son “parejas” para todos, como pretendía la primera Declaración de Estocolmo, que la Declaración de Río sobre medio ambiente, en 1974, en Brasil, terminaría cambiando, instalando esta división conceptual

entre centros y periferias del “desarrollo”). La colonización no terminó y sus “agresiones” tampoco: cambian de forma.

Así como en el plano político los “golpes” no son ya militares porque han cambiado las formas de los “golpes” políticos (armados...), porque hay ya nuevas “armas”, nuevas formas de dar los golpes, hay nuevas formas y métodos de hacer la guerra, hay nuevas formas de hacer y acometer la agresión, nuevas formas de cometer agresiones. Lo que entendemos por “armado” pudo haber cambiado pero eso no obsta a que por “meras cuestiones de nomenclatura”, como afirma Benjamin Ferencz, no veamos el fondo de la agresión en un acto violento como el espionaje masivo o la extracción de recursos naturales en países pobres y expoliados que padecen doblemente las consecuencias de una polución ambiental que ellos mismos no producen, pero padecen. La expoliación histórica de los recursos naturales en África por muchas potencias (Europa y EE.UU.) puede y debe ser vista como un crimen de agresión, tanto o más que el espionaje masivo (que esos mismos Estados producen). La agresión exige, en varios planos, como se ve, ser repensada. Cada uno de los elementos de lo que configura el crimen de agresión exige una revisión profunda, también la cualidad de lo “armado” exige ser repensada, porque todas estas conceptualizaciones están siendo profundamente alteradas por los rápidos avances y cambios de la tecnologías, que dotan a los Estados de nuevos y sofisticados instrumentos y nuevas formas de “atacar”, hostigar y de “agredir”. (Véase Ginzberg, Victoria, “Para que los delitos económicos no queden impunes”, en *Página/12*, Buenos Aires, 10 de septiembre 2015. También Naucke, W., *El concepto de delito económico-político. Una aproximación*. Madrid, Marcial Pons, 2015. El concepto de criminalidad económico, como afirma Naucke en Alemania, debe ser interpretado y repensado, al igual que proponemos con la agresión –con el crimen de agresión– en este ensayo, “extensivamente”, no en modo restrictivo, interpretación “restrictiva” de la criminalidad económica y financiera y medioambiental que es naturalmente favorable a aquellos centros de poder mundial donde estos crímenes –financieros, económicos, medioambientales, con consecuencias atroces, como el mal llamado “drama migratorio”, escudando los fenómenos y actos que producen o provocan estos “dramas” humanos– se organizan, planifican y deciden. Todo esto nos debería hacer pensar un nuevo concepto de la criminalidad económica que abarque también a la “agresión”, al crimen de agresión financiera, económica y medioambiental, en cuyo marco a su vez las prácticas de espionaje masivo, como parte de intereses estratégicos comerciales globales, deben ser inscritas, siendo fenómenos inescindibles a la luz de un Estado que defiende “posiciones” globales, invisibilizando todo acto que implique una –o pueda ser denominado como una– “agresión”). Por definición los crímenes de los Estados más poderosos no se conocen, y cuando se conocen, no se nombran, no se califican con precisión, carecen de un nombre adecuado, carecen de una tipificación: no se juzgan. La “agresión” interpretada y pensada extensivamente (del espionaje masivo a las “agresiones” económicas entre países, pero también medioambientales, financieras, etc.) puede brindar un cambio para alterar este statu quo en la doctrina y en la jurisprudencia. Las consecuencias de las agresiones (no nombradas) están presentes y son ostensibles. No se pueden seguir disimulando. En modo contrario, ni las guerras ni las “crisis migratorias”

ni las catástrofes “naturales” en países en desarrollo –sin infraestructura suficiente para afrontar tales cambios– podrán comprenderse o entenderse. Hay “agresiones” disimuladas detrás de estos fenómenos, que siempre se explican como “dramas” sin causa. La causa existe y es una agresión, una agresión que a menudo no es nombrada sino negada por el Derecho. Por eso proponemos lo básico: proponemos “nombrar” estas agresiones. Proponemos “nombrar” estos crímenes de agresión. Este es el primer paso. El sentido de esta figura, el crimen de agresión, es criminalizar conductas de modo de evitar crímenes aún mayores. Entonces, con la interpretación extensiva propuesta, abarcando nuevas “agresiones” (actuales, no solo pasadas) hacemos exactamente “lo propio” (el objeto) de esta figura: prevenir crímenes mayores. Evitar más muertes. Más crímenes. Más sufrimiento. La que falla, entonces, de cara al objeto mismo de esta figura, es la interpretación *restrictive*, que aquí impugnamos y discutimos: solo la visión *extensive* conduce a esta figura a alcanzar su propio cometido, que es evitar, condenando las agresiones (las nuevas agresiones), nuevas guerras. Nuevos dramas humanitarios. Nuevas crisis. Callar la agresión es ser funcional a la guerra. Por eso no es casual que en muchos países Estados “potencia” se proponga como en Alemania una posición “restrictive”. Pero los países emergentes, como los latinoamericanos, deben estar, en función de su propia historia (cargada de agresiones no nombradas) en contra de esta “interpretación” que tiende a mitigar la responsabilidad de los países centrales en la erosión y explotación del planeta, en la generación de desigualdades económicas-sociales, etc. En una palabra, en la propagación de la injusticia y de la erosión del medio ambiente llamada por algunos “progreso”. Nosotros entendemos que el “progreso” esconde agresiones (contra otros países que se “resisten al progreso”, que no quieren “estar en el mundo”, recibir “inversiones”, etc.: existe toda una retórica de la agresión, destinada a negarla). Niega sus crímenes. La interpretación *restrictiva* está en contra en el fondo de la figura misma de la agresión, como el profesor Ambos reconoce. Nosotros proponemos una interpretación amplia, extensiva, precisamente porque estamos de acuerdo, a diferencia de Ambos, con emplear cada vez más esta figura para denunciar y hacer ver las muchas agresiones –los muchos crímenes– que se reproducen en el planeta sin que el Derecho las nombre. Y no las nombra porque muchas de estas agresiones, muchos de estos crímenes (que muchos quieren interpretar “restrictivamente”) son funcionales a un determinado sistema económico, a unos determinados “intereses” nacionales (de países centrales, que manejan a su vez las finanzas globales), a un determinado reparto del poder mundial, del uso y abuso de recursos naturales “estratégicos”, etc. El reparto del poder financiero, la organización del poder económico, es inescindible de la forma en que pensamos (extensiva o restrictivamente) la agresión. El statu quo propondrá siempre una definición *restrictive*, funcional al sistema económico imperante. La visión *extensive* aquí propuesta pone precisamente este sistema económico (sus intereses y parámetros) en tensión: los cuestiona, los discute, los impugna. Esto es lo que la visión restrictiva de la agresión no quiere. Cuestionar un sistema económico (financiero y medioambiental mundial) que se beneficia (y se maneja con) “agresiones” (con crímenes) que no se pueden nombrar. Con el uso y abuso de recursos “estratégicos”, con la violación de la soberanía de muchos países/Estados, con la violación de la

privacidad de cancilleres, empresarios, políticos, jueces, del mundo entero: esta estructura de espionaje masivo (vigilancia masiva) no busca como afirma Rouseff combatir al terrorismo, sino generar un sistema de “control” permanente sobre recursos naturales y comerciales “estratégicos” distribuidos alrededor del mundo. El espionaje masivo revela pues una pugna comercial y geopolítica (una carrera de intereses) entre Estados: los ciudadanos, privados de su privacidad, de su intimidad, son las primeras víctimas de esta “guerra”, de esta nueva “carrera”. Pero la lucha no parece ser “contra el terrorismo” (esa es apenas la excusa para justificar el estado de excepción impuesto como nueva “regla”) sino para consolidar “intereses” nacionales, recursos estratégicos, etc. Es en este Nuevo marco (de combate por recursos estratégicos) que se están multiplicando las agresiones, que han cambiado, a su vez, de forma, de apariencia, de sentido, de objeto. Por eso la aplicación o inclusión de la Declaración 3314 en el art. 8 bis, en pleno siglo XXI configura un error político y jurídico nada inocente: su inclusión es funcional a la visión restrictiva de la agresión que estamos aquí cuestionando. Por eso muchos países emergentes (africanos) se opusieron a la definición alcanzada en Uganda. Por entender que la misma no era “adecuada”. Que solo era funcional para criminalizar las agresiones toscas (que se cometen en África), pero no las nuevas formas de la agresión, de la que esos mismos países han sido históricamente (y siguen siendo aún hoy) las primeras víctimas. No victimarios. Por eso es tan importante cómo pensamos la agresión. La visión restrictiva que aquí cuestionamos (posición clásica alemana) es funcional al reparto del poder económico mundial actual, al actual sistema económico, cuyas agresiones (injusticias, y crímenes, “secuelas”, y daños) se ocultan. La interpretación extensiva aquí propuesta, por el contrario (que cuestiona las deficiencias de la definición de la agresión alcanzada en Uganda en 2010), pone de resalto precisamente lo que la visión restrictiva de la agresión disimula: las injusticias actuales del sistema económico imperante (no separa, en el siglo XXI, los intereses económicos de los “objetivos” militares, del accionar bélico), no solo pasadas: las agresiones que se cometen a diario a nivel internacional para mantener en “pie” un sistema económico mundial, financiero, medioambiental rapaz, inhumano, con múltiples consecuencias sociales (no asumidas, ya que al negar la agresión se niega su causa eficiente, se niegan las causas de muchos “dramas”, siendo que casi siempre son desatados por “agresiones” no nombradas, agresiones históricas negadas que han dado forma a un nuevo “sistema”, la acumulación de agresiones –disimuladas, vistas como algo “normal”, como parte del “progreso”, de la “civilización”, de Occidente– puede dar lugar a un “sistema” económico. El genocidio de indios es un claro ejemplo de “conquista” que no se interpreta como crimen, como agresiones a comunidades, a su historia, su identidad, sus tierras, sus recursos, su vida, su habla, su cultura, etc.) basado en el dominio y la explotación voraz de recursos naturales “estratégicos”, etc. Por eso entendemos que hay muchas agresiones que aún necesitan –demandan– ser nombradas. Este “grito silencioso” (de las agresiones acalladas, no dichas) no es inocente ni neutral: puede derivar directamente en el cuestionamiento de todo un sistema económico de reparto de poder mundial, cuyo cuestionamiento por punto es inescindible del cuestionamiento en abstracto de las “agresiones” (de las que el sistema económico forma inescindible “parte”). Las agresiones no se

cometen solas. Persiguen un objeto. Tienen un “sentido” comercial “estratégico” financiero mundial, basado en el reparto del poder y de recursos. De allí que las estructuras de espionaje masivo “cooperen”; muchas veces las agencias de estos países “trabajen juntas”. Por eso Obama dijo en Berlín, luego del escándalo de espionaje masivo, como si fuera una buena excusa, “no espiamos ciudadanos europeos”, léase: no espiamos “aliados” colonizadores, los que están con “nosotros”, los que comparten nuestros “intereses estratégicos” alrededor del mundo. Por eso el espionaje masivo (como agresión) no puede ser interpretado en modo “aislado”, separado de una macroestructura comercial y económica (financiera, medioambiental) con intereses precisos. Repensar la agresión es repensar la economía. El reparto del poder económico en el mundo: los “intereses” (agresiones) del sistema financiero. Por eso la visión restrictiva de la agresión (posición alemana) no es inocente. Es funcional o favorable al statu quo del que se benefician esos mismos países o potencias centrales, que “regulan” el sistema económico-financiero, como Alemania o EE.UU. Por eso es lógico, del todo “entendible”, que estos países defiendan una visión “restrictiva” de la agresión. defienden de ese modo sus posiciones “estratégicas”, sus “intereses”: y para hacerlo no se deben juzgar (nombrar, no se deben ver) sus agresiones, sus crímenes. Sus agresiones –ciertos crímenes de agresión– no son la excepción, sino la “norma” en el funcionamiento de un sistema económico mundial basado en la explotación y expoliación de recursos “estratégicos” y de personas. Nosotros proponemos –con Wolfgang Naucke– empezar a pensar esto como “agresión”. Como crímenes (de agresión) que no admiten seguir siendo acallados en aras del “progreso”, como en tiempos de la conquista (que padecen nuestros países de la “periferia”, pueblos, al decir de Hegel, “sin Historia”) agresiones que se silencian en aras de la tan mentada “civilización”. Estos crímenes del pasado son también del presente. La conquista no terminó. La expoliación de recursos perdura. Sigue en pie. La visión restrictiva no es solo funcional al statu quo del que se benefician quienes (negando sus agresiones, sus crímenes) dominan el sistema económico actual (que se sostiene, vale la pena repetirlo, sobre la “agresión” permanente entre países): produce a su vez, como segunda consecuencia, inescindible de la primera, el doble estándar de persecución, condenando las “agresiones” de los países más pobres y emergentes, negando, de este modo, como afirma Zolo, su calidad de víctimas. Es que esta es la primera cualidad que se debe “tapar” para negar o disimular las agresiones cometidas a diario por las potencias económicas centrales. Por eso es tan importante “condenar” (juzgar) países de África. Para borrar rápido su verdadera cualidad de víctimas de la agresión (víctimas del sistema económico de reparto, basado en la expoliación/robo de recursos). El doble estándar (producto de la visión restrictiva) no es, pues, inocente. Persigue un objeto deliberado, preciso. Es otra manera justamente de “ocultar” las agresiones más fuertes, más potentes: menos visibles (condenando las formas más atrasadas de la agresión, las más primitivas, las menos relevantes, más toscas, pero que no juegan ningún rol en la consolidación del sistema económico actual: eso es lo único que se “juzga” como agresión: lo que no “pone en juego” al sistema económico, las agresiones toscas cometidas en las costas de África no ponen en juego el “progreso”, la selectividad es funcional al sistema económico imperante, también a nivel mundial las cárceles están simbólicamente “llenas de

pobres”) porque son ya parte inherente (estructuran, son, las agresiones sofisticadas, invisibles) del sistema económico mundial imperante, que al ser imperante, por definición, no define y no ve a sus propias (graves) agresiones como tales, sino que las disimula con eufemismos legales, como actos para el “progreso”, la civilización, el “desarrollo”, “inversiones”, “seguridad jurídica”, estar en el mundo, “generar empleo”, traer “trabajo”, etc. Se borra la agresión con un eufemismo. Repensar la criminalidad económica y financiera es un camino paralelo (inclusivo) al camino aquí propuesto, de repensar e interpretar el crimen de agresión en los instrumentos internacionales de un modo no restrictivo (como proponen los países o potencias centrales) sino extensivo, haciendo visibles las agresiones históricas que aún no han sido nombradas. No pueden ser nombradas por falta de instrumentos jurídicos (críticos, no funcionales al poder económico) eficaces para pensar de modo más refinado la agresión, en función de su rol estructurador de un sistema económico desigualitario, excluyente, con intereses disímiles, antagónicos muchas veces. No es casual que esta figura haya permanecido tanto tiempo como un tipo penal abierto: la dificultad política para alcanzar una definición de “consenso” (entre colonizadores y colonizados es muy distinto lo que se interpreta y vive como “agresión”, como crimen, etc.) en una materia tan sensible y determinante era y es muy marcada. Nosotros aplicamos aquí el marco teórico de la teoría de la dependencia para pensar el desarrollo y para pensar las agresiones y las formas de la criminalidad (Cardoso, etc. Véase Schwarz, Roberto, “Las ideas fuera de lugar”, en *Meridional, Revista Chilena de Estudios Latinoamericanos* Número 3, Octubre 2014, pp. 183-199). Estar en contra de la visión restrictiva (alemana) es estar en contra del doble estándar en el ejercicio de la jurisdicción. Esto a su vez sirve –denunciar el sentido de esta selectividad– para poner en tela de juicio el “marco” (económico, financiero) en que las múltiples agresiones (que no se denuncian, que no se juzgan, no se nombran) se inscriben y se cometen. Para poder “nombrarlas” hace falta salir de la interpretación restrictiva (que califica una vaga enumeración de actos de 1974 en pleno siglo XXI como una lista “exhaustiva” y “excluyente”, cuando su anacronismo y atraso nos obliga, lejos de lo que piensa Kai Ambos, a ir en un sentido directamente y estrictamente contrario, opuesto), ir hacia una visión mucho más amplia de lo que es o configura una “agresión”, adaptada también a los tiempos actuales, no solo pasados (sin descuidar, tampoco, como latinoamericanos, las múltiples agresiones cometidas en la región). A las tecnologías –instrumentos, servicios– actuales, atendiendo su “evolución” y su impacto –notorio– en la forma de “agredir” países. Lo que afirmamos es que salir de esta visión restrictiva de la agresión (no casualmente visión imperante en los Estados y países más poderosos, que se benefician del actual sistema económico mundial, sistema económico que se sostiene en pie precisamente agrediendo países, recursos, intereses, que se sostiene acometiendo “agresiones”) nos conduce indirectamente (una vez que salimos de la abstracción jurídica de pensar las agresiones en términos meramente doctrinarios) a pensar el sistema económico vigente, la regulación financiera, el uso y abuso de los recursos “estratégicos”, el cuidado del medioambiente, la dependencia, la explotación y el subdesarrollo de muchos países, etc. Todos estos fenómenos (económicos, financieros, medioambientales, políticos) no son ajenos al fenómeno amplio (al crimen) de la “agresión”.

El Artículo 8 bis del Estatuto de Roma, que define el crimen de agresión (después de la reforma de 2010 en Uganda), establece que “una persona comete un ‘crimen de agresión’ cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas”. En el inciso segundo se establece que “por *acto de agresión* se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas”. Si bien la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en función de crímenes de agresión podrá recién ejercerse después del año 2017, como se dijo, es tiempo de pensar, ya en el siglo XXI, qué formas tiene o adopta la agresión en la actualidad, no en el pasado; y qué entendemos por uso de la fuerza armada, qué entendemos por arma y por agresión, qué entendemos

---

Para conectar (para advertir) esto es que hace falta dejar de lado la visión restrictiva, uno de cuyos cometidos es precisamente dejar al sistema económico y político (financiero, medioambiental) a salvo de todo cuestionamiento, de toda crítica, de toda responsabilidad en las sucesivas “crisis” y agresiones. De este modo se “desconecta” (con la visión restrictiva de la agresión) al sistema económico actual de toda forma de criminalidad, sin las cuales el sistema económico actual es, sin embargo, impensable. Las agresiones no se cometen en el vacío. Persiguen intereses (recursos) muy específicos. Por eso es tan importante repensar el crimen de agresión desde una interpretación extensiva, amplia, aportando una perspectiva política crítica (que abarca al espionaje, la diplomacia internacional, la erosión del medio ambiente, las nuevas formas de invasión de países, la apropiación y expoliación de recursos naturales, etc.). Salir del doble estándar (adoptando la perspectiva amplia del crimen de agresión) supone necesariamente poner en cuestionamiento un determinado sistema económico-financiero y político imperante (colonizador, generador de subdesarrollo), que se beneficia con la selectividad sobre ciertos crímenes, negando muchos otros (negando los que son funcionales al sistema económico y sus agresiones-“intereses” propios, “funcionales” al “progreso”: esta es la “agresión” que la nueva perspectiva –amplia– quiere hacer visible, los crímenes que permanecen aún hoy sin ser nombrados, las agresiones –crímenes– que todavía se callan, porque están en la base de la persecución de intereses “estratégicos”, funcionales a la economía, al sistema económico, a cuyo servicio opera siempre el Derecho Penal) Esto supone ir más allá de la demanda clásica de condenar la criminalidad de “cuello blanco”. Supone comprender que mucho de lo que denominamos y entendemos por “progreso” esconde o es, abiertamente, en sí mismo, un crimen. Un crimen de agresión. Una agresión abierta, una herida llamada “civilización”, una “conquista del desierto”.

por crimen, por invasión. Hay prácticas “invasivas” nuevas, más sofisticadas, más sutiles, más difusas. Hay nuevas formas de la invasión. Hay nuevas formas de invadir (agredir) países y Estados. Más puntualmente, si el espionaje masivo tecnológico, con las características y escalas (y medios, rasgos, sistemáticos, indiscriminados, totalitarios) actuales, no configura abiertamente, en este siglo, un auténtico crimen de agresión contra las personas y contra los países/Estados, violando su soberanía y su integridad territorial de un modo manifiesto, de un modo “manifiestamente incompatible con la Carta de las Naciones Unidas”. Nosotros entendemos que el espionaje masivo, sistemático, tecnológico, indiscriminado, automatizado, global (a empresarios, políticos, jueces, diplomáticos, periodistas, estudiantes, legisladores, activistas, profesores, escritores, artistas, etc.), como fue denunciado por Edward Snowden, configura estrictamente (mediante una interpretación extensiva de la figura, que no es, como pide Arthur Kaufmann, una integración analógica) un crimen de agresión. Este “espionaje” masivo se diferencia del espionaje tradicional, excepcional, cuyo cometido supuesto era o es la prevención de atentados “terroristas”, como dijo Rousseff en la Asamblea de la ONU. El nuevo espionaje persigue otros objetivos. Tiene otras metas (comerciales), otros métodos, otros procesos. Es menester del derecho internacional público (y del penal internacional) probar esta tesis, precisar las nuevas formas que, en el siglo XXI, adquiere la agresión, en caso contrario los tribunales internacionales seguirán persiguiendo crímenes y agresiones que, como afirma Danilo Zolo (reinterpretando la colonización financiera, económica, pero también medio ambiental, con sus agresiones disimuladas, no dichas, no alcanzadas por el Derecho), se cometen solo en los países más pobres, pero nunca en los países más poderosos, que son los primeros en “agredir”, en invadir (y luego en juzgar a los otros países dominados, expoliados o vencidos). El derecho penal internacional seguirá con un doble estándar que le quita toda legitimidad, todo valor, a las tareas de la justicia penal. Así se socava y se vicia la legitimidad de los tribunales como la ICC. Por eso cuestionamos la interpretación restrictiva alemana. Porque la misma (en lo atinente al crimen de agresión, como la defiende el prof. Kai Ambos) conduce al doble estándar. A la selectividad.

Un error de la conferencia de Kampala, en 2010, donde el crimen de agresión fue definido, fue haber incorporado, como aclaración en el artículo 8 bis, una resolución de hace más de medio siglo, como si las formas de la agresión de 1974 (bloqueo de puertos, etc.) fueran las formas actuales.

Ese anacronismo no es inocente ni casual (y así fue denunciado por algunas ONG's): perjudica a los países más atrasados tecnológicamente y más pobres (reforzando el argumento de que la Corte Penal Internacional se ha convertido en los hechos en un tribunal que solo persigue crímenes cometidos en África, como afirma, entre otros, Danilo Zolo, contra argumentos de autores alemanes como Kai Ambos, que defienden al tribunal de esta crítica, mientras defienden, paralelamente, la posición restrictiva de la agresión, la posición clásica alemana en la materia). El desafío es pensar la agresión en función de la forma que la agresión tiene en la actualidad. No de la forma que la agresión tuvo en el pasado. En caso contrario, los países con menos recursos tecnológicos serán –los países más atrasados tecnológicamente, usualmente países pobres, colonizados, sin tecnologías avanzadas a su alcance, pero que padecen muchas agresiones (erosión de sus recursos naturales de parte de las potencias) que en general permanecen impunes, porque las cometen, a diferencia de las agresiones toscas, Estados poderosos– los únicos criminalizados por su accionar y sus agresiones (que tampoco deben quedar impunes). En tanto aquellos que detentan las tecnologías más avanzadas están, en función de esa tecnología (que les sirve para apropiarse de recursos), dando forma a agresiones “nuevas” que quedarán impunes porque el Derecho no está aún preparado para conceptualizarlas y juzgarlas. Porque el Derecho Internacional no quiere verlas. El espionaje masivo tecnológico, con los medios y la sistematicidad actuales, a dirigentes, cancilleres, diplomáticos, jueces, periodistas, estudiantes, empresas y empresarios en todo el mundo, violando fronteras territoriales y reglas básicas del derecho internacional público de modo sistemático, socavando la base y el valor mismo de la diplomacia, el orden de posguerra (basado en la seguridad colectiva, esto es: en la cooperación entre países) es o configura abiertamente un “acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituye una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas”. Es decir, un crimen de agresión. Una violación de la democracia constitucional. Del principio básico del derecho internacional de que se negocia y se pacta de buena fe. El espionaje amenaza con quitarle valor a la diplomacia (pero también socava la vida civil y política, las garantías sobre las que descansa toda democracia: las libertades); al derecho internacional, a los tratados firmados, a la propia justicia internacional. El espionaje masivo tecnológico “automático” (desconocido por el Congreso que lo autorizó, hecho de espaldas al propio Presidente, de espaldas al Estado de Derecho, mostrando la peligrosa autonomía global que alcanzan estas “burocracias” y

“servicios” secretos) atenta contra la paz. Atenta contra las relaciones estables y “seguras” entre los países, contra su soberanía y su integridad esenciales. Por esa razón el espionaje masivo, lo cometa el país que lo cometa, debe ser considerado como un crimen de agresión. Como un crimen que juzgan –no como un crimen que evaden– los tribunales internacionales en el siglo XXI. Defender esta tesis (esbozar esta nueva doctrina, los cimientos de la misma) fue el objetivo esencial del presente trabajo. Para ello se cuestiona la doctrina clásica alemana, representada actualmente por el profesor Kai Ambos en Göttingen, que es una tesis “restrictiva” en materia de agresión (que es la posición clásica alemana en la materia, como se dijo), por entender que la misma (la visión restrictiva de la agresión, entender que la Declaración 3314 adjunta al art. 8 bis es “exhaustiva” y no meramente, como creemos nosotros, ejemplificativa, enumerativa, ilustrativa pero en modo alguno excluyente, máxime teniendo en cuenta su antigüedad) conduce en la actualidad no a una justicia internacional más ecuánime (y en consecuencia más legítima, más justa, más creíble, más representativa), sino a una forma de doble estándar en la persecución penal, lo cual socava la legitimidad de todo el Derecho.

Por otro lado, es importante remarcar que 2017 no es (no será nunca) 1974. Existe un abismo entre ambos momentos históricos. Son dos épocas separadas, dos mundos diferentes, dos posibilidades (geopolíticas, tecnológicas, civiles, comerciales, internacionales), muy diferentes y el derecho penal internacional no puede permanecer impasible o ajeno ante esto. Hacerlo significaría avalar las consecuencias de este desfasaje entre las conceptualizaciones jurídicas (de 1974, en la posguerra) y las posibilidades que brinda la tecnología en el siglo XXI, que son notoriamente diferentes, muy distintas: ese “desfase” o anacronismo conceptual no es inocente ni neutral, provoca el doble estándar jurídico-político de persecución criminal en los hechos, donde las agresiones más sofisticadas permanecen, como ha sido históricamente (con el derecho eurocéntrico, etnocéntrico), impunes y las más toscas, cometidas (como en 1974 en 2017) por estados/países menos desarrollados económicamente, con menos tecnologías a su disposición, son criminalizadas y condenadas con toda la fuerza, porque son las únicas que “comprenden” (y en consecuencia las únicas que juzga) el Derecho.<sup>62</sup> Lo mismo sucede en el plano local: las cárceles

62. Coté, Luc, “International Criminal Justice: tightening up the rules of the game”. En *International Review of the Red Cross*. Volume 88, Number 861, March 2006.

no las pueblan criminales de cuello blanco, crímenes sofisticados, la criminalidad financiera-económica permanece impune, siendo que la misma es la más grave de todas, porque es la que mayormente afecta y violenta el orden social, es la que produce, aunque no se vea así, la mayor “inseguridad”. Inversamente, las cárceles están llenas de pobres (considerados los más “peligrosos”), cuando en rigor tienen un bajo poder –con sus actos “criminales” toscos– de configurar a la sociedad. El derecho penal criminaliza las consecuencias: no ataca nunca las causas de un “orden” social injusto, que permanecen, como la criminalidad económica (con sus agresiones financieras, medioambientales, etc.) del todo impunes, pese a que son la principal causa generadora de injusticia, desigualdad y “violencia”<sup>63</sup> en la sociedad. Esto configura un factor –y una falla– estructural del derecho. Esto no significa pedir que los crímenes que se cometen (en los países menos desarrollados) no se juzguen o queden impunes, como sugiere Ambos. Al contrario, significa pedir más, no menos. Significa que la ecuanimidad (base de la legitimidad política) en el plano internacional demanda que la persecución jurisdiccional –que concita la atención y el interés de todo el mundo– no sea solo en determinados escenarios o países (pobres), sino en todos donde un crimen (por sofisticado que pueda ser) se cometa. Pero la primera aclaración es esta: 1974 no es 2017. Son dos épocas –dos mundos, dos posibilidades tecnológicas, técnicas– abiertamente diferentes. Son dos mundos separados, que requieren un derecho penal internacional pensado para el siglo XXI. No para el siglo pasado. El espionaje no es igual en 2017 que en 1974. En 1974 el mismo (con los medios de que se disponía) podía no configurar de hecho –incluso cuando no fuera “excepcional”, como pretende la doctrina liberal (que lo avala)– una agresión, un crimen. En 2017 las circunstancias y medios cambiaron y mucho. Lo que antes no configuraba una agresión puede comenzar a serlo por diferentes razones. Puede empezar a ser visto como un crimen. Como un atentado a la soberanía, a las poblaciones, a los Estados, como un atentado muy grave en un mundo regido casi absolutamente por las telecomunicaciones, como una “violación grave del derecho internacional”, como dijo Dilma Rousseff ante la Asamblea General de la ONU. El derecho debe juzgar esa “violación grave”. No la debe dejar impune. La misma no afecta solo a la diplomacia internacional, afecta la cooperación entre países, pero también la vida comercial (su sentido final

63. Wacquant, Loïc, *Las cárceles de la miseria*, Buenos Aires, Manantial, 2000.

es controlar “intereses”, hacer un seguimiento, como afirma la Ley Patriota, en especial la Sección 215, de aplicación extraterritorial, de los “negocios” que afectaran a EE.UU., sin importar en qué rincón del planeta –en qué rincón del mundo– esos “negocios” tienen lugar), la vida civil, la vida política. Esta es la pantalla jurídica (emergente de los atentados del 11 de septiembre, cuando se restablece la doctrina penosa de la “seguridad nacional”, que socava la doctrina de la seguridad colectiva) para acometer nuevamente agresiones. Nuevos crímenes. Los estados más vulnerables y vulnerados (en África) no pueden ser los únicos estados cuyos “crímenes” (inescindibles de los otros crímenes, de las otras agresiones económicas, financieras, medioambientales, silenciadas) se juzgan.<sup>64</sup> La evolución del Derecho (Penal) tiene como norte la concreción de nuevas figuras que alcancen a visibilizar los crímenes más graves, que en general son los crímenes y agresiones menos vistos, jamás nombrados. El concepto de “crimen de agresión”, el concepto mismo de “agresión” en el derecho penal internacional es una figura que contiene un potencial crítico enorme que debe ser aprovechado por el doctrinario. Qué es lo que configura una “agresión” en el siglo XXI, en un mundo marcado por la desigualdad (que mina a la democracia), por injusticias (y agresiones, disfrazadas con nombres como “drama migratorio”, etc.) y crímenes atroces: este es el desafío planteado. No ver solo las “consecuencias” sociales (dramas migratorios, etc.) sino las causas de esta “violencia” social y económica. Ver las “agresiones” financieras, medioambientales, económicas, políticas, que aún subsisten en un mundo colonizado por pocos países poderosos, que le imponen al resto su lenguaje (y el Derecho a veces es parte de este fenómeno de colonización cultural) y sus intereses nacionales. El desafío es, en este marco eurocéntrico, descubrir y hacer ver nuevas formas de la “agresión” que escapen al marco “tradicional” (eurocéntrico, “restrictivo”, como quiere Ambos desde Alemania) de pensar las agresiones entre los países. El camino de visibilizar la “agresión” allí donde la misma no ha sido –no es– vista por el Derecho. Tampoco por la sociedad.

64. El concepto de “culpabilidad por vulnerabilidad” puede servir para juzgar estas agresiones en el Derecho Internacional. A mayor vulnerabilidad, menor es el juicio de reproche del Derecho Penal, e inversamente. Este concepto combate el otro factor estructural del derecho penal y de la justicia, que es la selectividad. Un derecho selectivo se combate con un derecho que apela a la vulnerabilidad para medir la culpabilidad, para medir el juicio de (la capacidad de) reproche. Zaffaroni, E. R.; Alagia, A.; Slokar, A.; *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2000.

Hay agresiones –crímenes de agresión– que han sido negados, olvidados, disimulados por la doctrina y la justicia penal, tapados con eufemismos sobre la necesidad “del progreso”, el daño “colateral”, etc. Disimulados y negados por la Historia (que a menudo juzga estas revisiones como “revancha”, como “anacronismos”).<sup>65</sup> Esas agresiones están en la base (son la causa) de la otra violencia (tosca) que en todos los planos (nacionales, internacionales) luego se criminaliza y se juzga. En el medio queda un margen de violencia estructural no nombrada. Los conceptos jurídicos “siempre son funcionales, porque todos cumplen una función que afecta el ejercicio del poder punitivo”.<sup>66</sup> Ningun concepto jurídico que afecta al poder punitivo –o sirve para legitimarlo– es neutral, todos los conceptos jurídicos son siempre funcionales. Por tal razón es que proponemos, en términos de refuncionalizar un concepto crítico, complejo– en este marco histórico, en esta etapa histórica mundial, precisa, de crítica a los diferentes colonialismos que han erosionado el planeta, sus recursos, generando también por esta guerra de recursos, movimientos humanos, migatorios, críticos, que producen para millones dolor y muerte, desesperación y aislamiento, exilios forzados, cambios de localidad, pobreza, privación de la propia historia, de la propia tierra, de la propia identidad, de la propia familia, del propio lenguaje, del propio espacio vital, repensar lo que entendemos (hoy pero también respecto del pasado de nuestro desarrollo) como agresión. Como crimen de agresión. Hay una larga historia de agresiones que no han sido vistas. Que exigen que se las nombre.

La agresión contemporánea dista de ser, como dijimos, por otro lado, la agresión (en forma, métodos, y objetivos) que tenía lugar hace medio siglo (y por ende no puede ser juzgada con los mismos marcos o parámetros), la

65. La “pacificación” de la Araucanía, la “Conquista del desierto”, por señalar solo dos ejemplos “civilizatorios” en el camino del “progreso” histórico de nuestros países, son abiertamente genocidios (guerras de agresión) contra comunidades concretas (“desiertas”) no vistas como tales. La historia –pero también el Derecho– emplea eufemismos (pacificación, reconciliación) para disimular responsabilidades en “agresiones” que no llegan a ser vistas (dado que las comete el colonizador) como crímenes, como agresiones, como agresión contra “alguien” (vencido). La regla para estas agresiones (de conquista) ha sido históricamente la impunidad. El silencio (cuando no la celebración, la gesta). La falta de un nombre. (Jaspers, Karl, *Die Schuldfrage: Von der politischen Hoffnung Deutschlands*. Berlín, , 2010; también Viñas, David, *Indios, ejército y frontera*, México, Siglo XXI Editores, 1982).

66. Zaffaroni, E. R; Alagia, A; Slokar, A., op. cit., 2000.

agresión cambió o “evolució”, se refinó, se volvió en muchos aspectos mucho menos visible, más sutil, menos evidente, más disimulada, aunque más crítica, más sostenida, producto de la evolución tecnológica permanente;<sup>67</sup> el Derecho Penal Internacional no puede mantenerse ajeno a estos cambios determinantes, fundamentales, a veces sutiles, si quiere ser eficiente (y ecuánime y “actual”) en sus cometidos, si la jurisdicción –penal internacional– pretende ser ecuánime, sin lo cual pierde toda legitimidad.

En concreto, el espionaje masivo de la NSA, con las características actuales (sistemático, masivo, global, cotidiano, tecnológico, automático, indiscriminado, fuera del conocimiento de autoridades civiles, a espaldas del Estado de Derecho, a espaldas del congreso norteamericano, etc.) puede configurar un crimen de agresión bajo el Estatuto de Roma, siempre y cuando se esté dispuesto a repensar la “agresión” de forma acorde a los cambios/avances que la tecnología supone en un mundo globalizado y cada vez más interconectado y “comunicado”. El espionaje masivo, con las características con que acaba de ser denunciado (a jueces, dirigentes, empresarios, estudiantes, activistas, etc.), puede configurar, y de hecho configura, un acto (de agresión) “que por sus características, gravedad y escala” constituye una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas. Y si bien no constituye (el EMT) un uso clásico de “fuerza armada” (dependiendo de qué máquinas se comprendan como “armas”, ya que se emplean máquinas –“armas”– muy complejas y sofisticadas, como reconoció el mismo John Kerry, para organizar el espionaje masivo, vulnerando la soberanía de los estados y la intimidad de las personas, etc.), es claro que el espionaje masivo y sistemático-tecnológico cotidiano y global, indiscriminado, en cada rincón del globo donde se afecte un “negocio”

67. Véase “Cortocircuito entre EE.UU. y China por un masivo ciberataque”, en diario *La Nación*, Buenos Aires, 06/06/2015. En este caso una periodista (que no es abogada) lo dice desde el sentido común. Y lo que dice, sin conocer la convención de Roma, es correcto. El espionaje es en los albores del siglo XXI una nueva forma de ofensiva –es decir de agresión– entre países. Y el derecho penal internacional no puede permanecer impasible ante esto. Ante estos cambios notorios en las formas que cobran las agresiones. (Como bien sostiene Amnistía Internacional el espionaje masivo en realidad es –y debe ser nombrado y pensado como– una forma de la “vigilancia masiva”. Véase también Informe de Amnistía Internacional: <http://amnistia.org.ar/noticias-y-documentos/archivo-de-noticias/vigilancia-masiva-6>)

(como pide la Sección 215 de la Patriot Act)<sup>68</sup> es –no puede dejar de ser visto como– un acto manifiesto de un Estado “contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado”, cometido “en una forma abiertamente incompatible con la Carta de las Naciones Unidas”. Tal como exige, punto por punto, el crimen de agresión.<sup>69</sup>

## Huir de la pesadilla

“Solo en su fase última y completamente totalitaria quedaban abandonados los conceptos del enemigo objetivo y del delito lógicamente posible, elegidas las víctimas completamente al azar y, sin llegar a ser acusadas, declaradas incapaces de vivir. [...] La libertad de opinión no queda abolida en aquellos que son suficientemente valientes como para arriesgar sus cuellos. Teóricamente, la elección de la oposición existe también en los regímenes totalitarios; pero semejante libertad queda casi invalidada si la realización de un acto voluntario solo asegura un ‘castigo’ que cualquiera puede tener que soportar de cualquier forma. En este sistema, la libertad no solo ha menguado hasta su última y aparentemente todavía indestructible garantía la posibilidad del suicidio, sino que ha perdido su sello distintivo porque las consecuencias

68. La extraterritorialidad (la aplicación extraterritorial –histórica– de ciertas normas de un Estado como EE.UU.) en este aspecto es evidente y colisiona con la genuina aplicación de las normas internacionales, que terminan perdiendo peso/eficacia concreta pero también valor simbólico. No se impugna aquí un servicio secreto en concreto (como la NSA) sino una estructura (de vigilancia masiva) en la que todos los servicios secretos del mundo terminan formando parte, compartiendo “información”. Es esta “estructura” secreta (mundial) la que representa un verdadero peligro para las democracias y el Estado de Derecho. Estas burocracias sin nombre, sin rostro, con prácticas (y muchas veces con intereses) que la democracia desconoce, ignora. Por eso proponemos repensar, en medio de esta crisis internacional (de la diplomacia, pero también de todos los equilibrios económicos, comerciales, políticos, medioambientales) el crimen de agresión, la agresión misma. Esto significa repensar también lo que entendemos por seguridad “jurídica”. (Seguridad jurídica es la de los bienes jurídicos de todos los habitantes; son bienes jurídicos de los habitantes los que posibilitan al ser humano su realización como persona). La intimidad es un bien: no puede dejar de serlo. Sin intimidad no hay persona: no hay ciudadano, no hay democracia, no hay libertad, no hay sujeto, no hay participación política.

69. Proponemos, en el sentido de Arthur Kaufmann, una interpretación extensiva (indispensable para que la doctrina avance) y no una integración analógica.

de su ejercicio son compartidas por personas completamente inocentes. El cambio en el concepto del delito y de los delincuentes determina los nuevos métodos de la Policía Secreta totalitaria. Los delincuentes son castigados; los indeseables desaparecen de la faz de la Tierra; el único rastro que dejan tras de sí es el recuerdo de aquellos que les conocieron y les amaron, y una de las tareas más difíciles de la Policía Secreta consiste en asegurarse de que desaparecerán incluso semejantes rastros junto con el hombre condenado.

Se dice que la Ojrana, predecesora zarista de la GPU, inventó un sistema de archivo en el que cada sospechoso era anotado en una gran tarjeta en el centro de la cual aparecía su nombre dentro de un gran círculo rojo; sus amigos políticos eran designados dentro de círculos rojos menores, y sus amistades no políticas, por círculos verdes; los círculos pardos señalaban a personas en contacto con amigos del sospechoso, pero no conocidas personalmente por este; las interrelaciones entre los amigos del sospechoso, políticos y no políticos, y los amigos de sus amigos, quedaban señaladas por líneas entre los círculos respectivos impuestas solo por el tamaño de las tarjetas, y, teóricamente, una gigantesca y única tarjeta podría mostrar las relaciones e interrelaciones de toda la población. Y este es el objetivo utópico de la Policía Secreta totalitaria. Ha renunciado al anhelo de la Policía, que se supone que hace realidad el detector de mentiras, y ya no trata de averiguar quién es quién o qué piensa quién. (El detector de mentiras es quizás el ejemplo más gráfico de la fascinación que este sueño ejerce aparentemente sobre la mentalidad de todos los policías; porque, obviamente, el complicado mecanismo de detección difícilmente podrá demostrar nada más que la sangre fría o el temperamento nervioso de sus víctimas. Realmente, el razonamiento simplista que subyace en el empleo de este mecanismo puede ser solo explicado por el deseo irracional de que al fin y al cabo sea posible alguna forma de lectura de pensamiento). Este antiguo sueño resultaba bastante terrible y desde tiempo inmemorial ha conducido a la tortura y a las más abominables crueldades. Contaba solo con una cosa en su favor: pedía lo imposible. El sueño moderno de la Policía totalitaria, con sus técnicas modernas, es incomparablemente más terrible. Ahora, la Policía sueña con que una mirada al gigantesco mapa en la pared de un despacho baste en cualquier momento dado para determinar quién está relacionado con quién y en qué grado de intimidad, y, teóricamente, este sueño no es irrealizable aunque su ejecución técnica esté llamada a ser algo difícil. Si este mapa existiera realmente, ningún recuerdo se alzaría en el camino de la reivindicación

totalitaria a la dominación. Semejante mapa podría hacer posible borrar a las personas sin dejar rastros, como si nunca hubieran existido”.<sup>70</sup>

Los orígenes del totalitarismo, tal como los describe Hannah Arendt, se vinculan menos al movimiento de una sociedad bajo la égida de un líder carismático (como suelen describir al Estado totalitario las visiones tradicionales, que comienzan por cuestionar el “populismo” y la demagogia de su líder), que a la continua erosión de los lazos intersubjetivos y civiles: la gradual separación entre las personas es la base sobre la que se construye un régimen de terror y desconfianza recíproca, y es sobre esta desconfianza recíproca (sobre este aislamiento) que el “líder” trabaja y “sube”, es a esta masa de seres desarticulados y solos a quienes “representa”. La vigilancia masiva es a la vez causa y consecuencia de esta erosión de la vida civil. Los individuos, bajo un régimen de terror, se sienten cada vez más aislados y solos. La soledad impuesta al sujeto es la primera regla para vencer su autonomía.

La sociedad puede ser pensada, en este marco de vigilancia masiva, como una suerte de institución total, como la pensó Erving Goffman. “Goffman analizó con este esquema (teatral, de roles asumidos, cuando un rol no se cumple, sea positivo o negativo, se cae en la disrupción, que altera todo el orden social; para algunos como Marcuse la disrupción es positiva en tanto, como la criminalidad, sobre todo si es tosca, urbana, socava un orden injusto, que cosifica a los sujetos) las instituciones totales, que son aquellas en que la persona desarrolla toda su actividad vital, desde que se levanta hasta que se acuesta, trátese de manicomios, prisiones, internados, asilos, etc. Los círculos separados de trabajo, diversión y descanso se unifican y reglamentan, no hay esferas separadas de la vida, la persona se desculturaliza, la separación entre el personal y el internado es tajante. El internado debe acostumbrarse a pedir por favor lo que en la vida libre es obvio, se sufre el efecto de ceremonias de degradación, la persona queda librada a profanaciones verbales por parte del personal y además pierde toda reserva, incluso en los actos más íntimos es invadida y controlada. La persona sufre ataques al yo, o sea, que pierde autonomía, queda a merced del personal y de sus humores, incluso los jefes pueden darse el lujo de ser más bondadosos que los subalternos, asumiendo la función del rey bueno y gracioso de los cuentos infantiles.

70. Arendt, H., *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, Taurus, 1998, pp. 347-348.

Imaginemos por un momento algo muy loco: que usted vive en una casa de departamentos y un buen día es ocupada por invasores que demuestran todas las paredes divisorias, incluso las de los baños, y lo obligan a convivir con todos los otros ocupantes del edificio con los que mantenía relaciones no siempre cordiales, bajo el control de los invasores, que los vigilan constantemente y los igualan en lo posible porque necesitan mantener el orden. Esta es una imagen alucinante, una pesadilla. Pues bien, más o menos eso es una institución total, con mayor o menor intensidad controladora.

Es obvio que en el caso de la pesadilla usted no aprendería a socializarse, que sus hábitos de vida cambiarían totalmente, que sufriría una pérdida de autoestima brutal y su objetivo dominante sería ver cómo hace para salir de allí, para irse lo más lejos posible, huir de la pesadilla. (Zaffaroni, E. R., *La cuestión criminal*, Buenos Aires, Planeta, 2011) Esta escena de “internados” que sufren la despersonalización gradual, la pérdida de su lenguaje, hasta que dejan de ser (reconocidos como) “sujetos” autónomos, es la escena que el mundo hipervigilado (donde la tortura se rehabilita) parece querer regenerar.

Ferrajoli vincula inextricablemente democracia y garantismo, porque la democracia es “garantías”.<sup>71</sup> Cuando se ataca o se estigmatiza (en los medios que apoyaron dictaduras) al “garantismo”, lo que se ataca es, detrás de esta crítica al exceso de “garantías” civiles (de los “delincuentes”)<sup>72</sup> la democracia constitucional: la legalidad jurídica, límite de todo Estado de Derecho. Sin garantías no hay democracia y no hay Estado de Derecho. En el marco del avance (normalización, dirá Gunter Frankenberg) del estado de “excepción” no sorprenden las continuas críticas mediáticas al “garantismo”, es decir, a la sola idea de que el ciudadano (“delincuente”) debe contar con “garantías” y derechos básicos (como el debido proceso, igualdad ante la ley, etc.). La crítica al garantismo –en este marco internacional, de auge de la doctrina de seguridad nacional– no es casual, tampoco inocente.<sup>73</sup> Tiene un objetivo deliberado (en el marco del crecimiento de los “riesgos”, los “peligros”, las “amenazas”: erosionar la legalidad en el derecho. Erosionar la confianza en la legalidad,

71. Ferrajoli, L., *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2014.

72. Que debieran carecer de “derechos humanos”, ya que no serían personas.

73. Ferrajoli, L. y otros, *Not in My Name. Guerra e diritto*, Roma, Editori Riuniti, 2003.

desdibujando el sentido y el fin de sus basamentos: las garantías civiles).<sup>74</sup>  
Imponer gradualmente la excepción como regla.<sup>75</sup>

74. No es casual tampoco que en las facultades de abogacía gradualmente la filosofía del derecho y la teoría legal (donde se discuten fundamentos, valores y objetivos) pasen a un muy discreto segundo plano, tengan (como toda teorización “poco práctica”, “ideologizada”, “política”) un lugar marginal y marginado, pierdan cada vez más espacio (se resigne en las facultades las grandes discusiones de las que emerge el Derecho, se “olvide” el fundamento de la disciplina social) mientras su lugar es ocupado por el nada inocente análisis económico del Derecho (*Law and Economics*), que se impone y se enseña como un dogma en las facultades en la era del capitalismo financiero. La imposición de un discurso único en las ciencias sociales (el discurso de la economía, de la economización de “recursos”) contraviene postulados elementales del Derecho mismo, que se maneja con parámetros y valores –recursos, discursos, objetivos– diferentes a los de la economía, que también es una ciencia social y política. Uno preserva la eficiencia, el otro la dignidad. Son parámetros distintos. El uno trata medios (recursos), el otro “fines”: personas con dignidad. Son en ese sentido dos disciplinas con lógicas separadas y hasta cierto punto, incompatibles entre sí. Antagónicas. La economía y el Derecho no caminan un mismo camino. (La dictadura borró de la carrera de Economía el nombre de la carrera misma que era “economía política”, dejando “economía” a secas, olvidando o matizando el hecho de que esta más que una “ciencia dura” es una disciplina social, no matemática, una ciencia “blanda”, en la cual no reina una sola verdad, sino una deliberación política continua con posiciones encontradas, en muchos de cuyos temas fundamentales tampoco hay acuerdo, hay debate). La “política” como mala palabra (siendo que la política remite a la polis, a la cosa pública, a lo público, a la res publica, a la república, a la participación política, a la militancia de los jóvenes, al debate, al cambio, a la emancipación social de los lazos fijos de la “economía” del libre “mercado”, al movimiento político, a la crítica, a una historia que “sigue” y que no tiene “fin” ni “final”) supone una sociedad de individuos que no interactúan: solo consumen y son “recursos” pasivos, sin libertad. Este denuesto continuo de la política (“el muro ya cayó”) no es inocente ni casual: expresa un tipo de sociedad desmovilizada y sin críticas, consumista y en cierto sentido, anómica. Donde todo está “en orden”, donde todo está vigilado, donde cada uno cumple, como quiere Jakobs, con su “rol” preestablecido, sin moverse un ápice del guión preestablecido, conservando “su lugar”: también en ese aspecto se ve mermar la autonomía (espontaneidad crítica) personal como capacidad de crítica al orden imperante en que se vive o bajo el cual se nació. La autonomía como capacidad de cambio. Como capacidad de crítica, de emancipación, como capacidad política: eso es lo que se está desvaneciendo en las sociedades de vigilancia.

75. Ferrajoli, L., “Constitutionalismo principalista y constitucionalismo garantista”. En *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34 (2011) pp. 15-33.

El espionaje masivo, sistemático, indiscriminado, sin “objetivos”, general, genérico, continuo, automático<sup>76</sup> (es decir, el espionaje con los rasgos que el mismo cobra en la actualidad, en pleno siglo XXI, y no con los rasgos que tenía hace medio siglo)<sup>77</sup> violenta la privacidad que es la base sobre la que se edificó, con la modernidad,<sup>78</sup> el concepto de la dignidad humana y de la autonomía personal, bases de la participación política. El espionaje violenta así el principio de la legalidad. Impone como “norma” el estado de excepción. Genera un Estado sin garantías, donde los hombres son tratados como medios, como “recursos humanos”, como objetos (como medios, no como fines con dignidad y una esfera privada de acción, “exenta” de toda vigilancia o autoridad: es esta esfera la base del concepto de individuo autó-

76. Desarrollado en forma automática por máquinas muy avanzadas, como renació John Kerry (Secretario de Estado) en EE.UU.

77. Por eso sostendremos que la Declaración 3314 incorporada al flamante inciso segundo del art. 8 bis del Estatuto de Roma incorporado en la conferencia de Kampala, Uganda, en 2010, está (pese a su novedad) desactualizado, es anacrónico y no es apto (no es funcional) para criminalizar las agresiones teniendo en cuenta la forma que las mismas cobran en la actualidad y no en 1974, cuando aquella declaración –que se retoma para 2017, más de medio siglo después– tuvo lugar. Son épocas diferentes y es mucho lo que la tecnología ha cambiado en más de medio siglo. En consecuencia, el derecho penal internacional no puede pensar (conceptualizar, criminalizar) la agresión con un instrumento de 1970, salvo que quiera negar (más que perseguir, invisibilizar, disimular) las agresiones actuales. La consecuencia de este desfase es que el instrumento termina siendo útil al solo efecto de criminalizar las agresiones más toscas, que tienen lugar en los países menos avanzados o desarrollados (África) dejando impunes, en una forma de doble estándar, las agresiones más “sofisticadas” que se cometen en la actualidad, por parte de los Estados más desarrollados económicamente, más poderosos, con los instrumentos de agresión más sutiles y más “avanzados”, que aún no logra conceptualizar (ni criminalizar) el Derecho. Luchar contra el doble estándar es una de las grandes tareas de todo derecho penal (todo derecho penal es selectivo, el derecho penal internacional no está exento de este defecto estructural). Se criminalizan históricamente las “agresiones” más toscas, más rudimentarias, más ostensibles, más fáciles de advertir y de “probar” (a los ojos de una comunidad internacional dominada, también financiera y mediáticamente e institucionalmente, en casi todas las burocracias, por los Estados más poderosos), aquellas que replican en 2017 la forma de la agresión de 1974 (siendo que las agresiones son lideradas por los Estados más poderosos, colonizadores, en una multiplicidad de campos), dejando impunes las agresiones contemporáneas, por carecer de un instrumento jurídico apto al efecto.

78. Capella, Juan, *Fruta prohibida. La construcción jurídica de la modernidad*, Madrid, Trotta, 2004.

nomo,<sup>79</sup> sobre el que Kant edifica la base misma del “derecho a la personalidad”.<sup>80</sup> El derecho “a ser persona”, esto lesiona el espionaje masivo.<sup>81</sup> Esto es lo que produce y lo que provoca la vigilancia: la despersonalización. Una sociedad de personas despersonalizadas. Vacías. Viciadas. Solas. Incomunicadas. Que no participan. Que no dicen lo que piensan por temor. Reniega del carácter de “personas” de los individuos, que sin privacidad, sin libertad ni autonomía en sus comunicaciones, dejan de ser considerados como tales: como “sujetos” de derecho (con derecho). Dejan de ser poco a poco “conscientes” y se convierten en recursos autómatas. Pasan a ser objetos en una estructura de producción-vigilancia-disciplina y consumo. No personas. La vigilancia inhibe la personalidad: despersonaliza. Una persona vigilada es una persona sin libertad para ejercer en forma autónoma sus derechos: es una persona que tampoco tiene la libertad de infringir una norma. De transgredir. De participar. Y la frontera donde el cambio (político) y la “transgresión” legal se encuentran no es –nunca fue– clara. Por eso el Derecho es dinámico. Nunca es estático: es un fenómeno en continuo cambio. Está, como diría Savigny en sus discusiones con Thibaut en Alemania, vivo. La vigilancia, detrás de la despersonalización, produce una sociedad dócil de individuos obedientes. Personas que no piensan: obedecen.<sup>82</sup> Mucho de lo

79. La idea de autonomía moral es la base sobre la que se edifica la filosofía moderna y la noción de sujeto (cartesiano) de derechos.

80. Que también estaba presente en Paul Anselm von Feuerbach, jurista y filósofo alemán artífice del principio de legalidad moderno. (El principio de legalidad es, como reconoce Thomas Duve, una consecuencia directa –y necesaria– de la teoría de la pena que tenía Feuerbach, alejada del retribucionismo kantiano).

81. Kant, I., *La metafísica de las costumbres*, Buenos Aires, Losada, 1998.

82. Marcuse, H., *El hombre unidimensional*, Buenos Aires, Losada, 1998. Cuando Herbert Marcuse en su trabajo cuestiona el “totalitarismo” de la sociedad industrial avanzada (las fábricas higiénicas, las “jaulas de hierro”, dirá Weber) está cuestionando el “totalitarismo” moderno de una sociedad donde todo se regula y se vigila, donde todo tiene preestablecido su “lugar”, y todo movimiento crítico es de antemano sospechoso, “político”, cuando no vigilado por su potencial “terrorista” (Günter Jakobs, penalista alemán, con sus roles “fijos” estaría de acuerdo, y cualquiera que abandonara su “rol” pasa automáticamente a la despersonalización: deja de ser “persona”; deja de estar “protegido” por el Derecho y pasa a ser visto como un “enemigo” potencial de la sociedad, sin garantías civiles). Donde la libertad (el individuo mismo, con su capacidad de crítica, de desobediencia) desaparece porque cuestiona el lugar que se le tiene asignado. Allí impera la “vigilancia”, no la conciencia del

que el derecho en determinadas épocas denomina “delito” (transgresión a una “norma”) esconde en realidad formas del cambio y la emancipación social y política, formas de la crítica a la injusticia imperante (ya que hay derecho “injusto”, como recuerda Radbruch en la Alemania de la posguerra): en cierta época la esclavitud era “derecho”, hasta que dejó de serlo y empezó a ser visto como la negación de un derecho: como violencia. La Alemania nazi tuvo sus normas, tuvo sus jueces, tuvo sus códigos, tuvo su Ley “válida”. El “cambio” muchas veces sucede, pues, confrontando también con las propias estructuras jurídicas. Cambiando –y confrontando con– el Derecho. Cambiando las normas jurídicas que en determinada época son consideradas como “justas”, que son consideradas la Ley. Por eso es importante el margen de “privacidad” de las personas, y no que todo acto sea potencialmente “sospechoso” para una sociedad hipervigilada (donde todo lo que no es posible de ser vigilado pasa a ser per se “un peligro”, “terrorismo”, etc.). La frontera del cambio político, la crítica al orden imperante, y la acusación de “criminales” que ejercen la “subversión” y el “terrorismo” nunca ha sido clara. Por eso son conceptos que se deben emplear con sumo cuidado, más cuando de por medio están en juego las libertades civiles esenciales, pilar de toda democracia deliberativa. Para que el Derecho tenga un margen de cambio (evolución, humanización) la sociedad civil debe permanecer escindida del Estado y sus controles. Y la única manera de mantener viva esa escisión (la única manera de mantener viva a la sociedad civil) es manteniendo las acciones privadas de los hombres como tales: “exentas de la autoridad de los magistrados” y de toda otra forma posible de vigilancia, presión, persecución u hostigamiento. Es decir, conservando privado un margen de intimidad de toda forma de “control”. La contracara es una sociedad vigilada, donde los individuos se despersonalizan y la participación política, consecuencia de un diálogo robusto con objetivos políticos, desaparece. Esa es una sociedad donde desaparece, como afirma Aristóteles en su *Política*, la “polis”, la res pública, la cosa pública, la participación. Es decir: la autonomía de las personas, su

---

sujeto sino el “Gran Hermano”. Para Marcuse, la modernidad supone que el consumismo contribuye a una mercantilización de la cultura (a una cosificación de la vida) y a una tecnificación cosificadora de la conciencia del sujeto. El control supone que la conciencia moral (hipervigilada, y asediada) se desdibuja: la autonomía se pierde. El individualismo apunta solo al consumo, pero no al ejercicio crítico de la propia libertad.

“separación” del Estado o de toda otra estructura.<sup>83</sup> Solo en la polis se puede ser autónomo pensaba Aristóteles. Eso diferencia al hombre de las bestias: que puede expresar con palabras una visión de la Justicia. En una sociedad despersonalizada los hombres ya no expresan visiones ni ideales. Ya no tienen ni sienten esa libertad política. Ya no tienen esa autonomía moral, esencial para su iniciativa (y su emancipación). La vigilancia de todos sus actos, de todos sus pasos, de todas sus palabras, los inhibe de ella. Se las quita: la vuelve inútil, insignificante, estéril. Los reduce y retrotrae a un estado primario, primitivo, “irresponsable” (la falta de control justamente en Alemania se asociaba y asocia –aún hoy– a la idea de un sujeto “responsable” de sí mismo, ante su conciencia privada más que ante una autoridad externa que lo “controla”, como sucede, según Weber, en los países católicos, menos desarrollados),<sup>84</sup> como toda institución total: infantiliza con su “tutela”.<sup>85</sup> La vigilancia es la contracara de la autonomía y de la persona “responsable” de sí misma. Expresa la “tutela” continua de un sujeto (peligroso, preso, loco en el manicomio, etc.) que se convierte(n) lentamente en un “objeto” sin voz (irresponsable incluso de sí mismo, “tutelado”), como todos los presos, que terminan cediendo su autonomía (ceden su conciencia privada, autónoma, personal, al “control” externo –autoridad y vigilancia externa– que es –pasa a ser, y quiere ser– responsable por ellos) pero terminan “presos” (tratados como “menores”) de una estructura, de la cual luego no pueden separarse ni escindirse: no pueden volver a ser libres, volver a ser personas, son sujetos

83. Sartre responde a Lévi-Strauss (padre del estructuralismo) en pleno Mayo Francés “las estructuras no salen a la calle, salen las personas”. (Sartre, J. P.) Lo que destruye la vigilancia permanente es precisamente esa posibilidad crítica: que las personas “salgan” –se sientan libres de salir– a la calle. Aparezcan. Se manifiesten críticamente. Cambien la sociedad en la que viven, la pongan en cuestión.

84. Weber, M., *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Madrid, Alianza, 1998. La paradoja (no tanto si se piensa en la DDR) es que en este marco la “vigilancia” conspiraría contra la libertad de tal modo que viciaría los fundamentos mismos del sistema económico capitalista con su prédica acerca del libre mercado y la iniciativa privada como basamento de todo progreso material.

85. Zaffaroni, E. R., *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 2009. Las instituciones totales (neuropsiquiátricos, cárceles “comunes”, etc.) tratan a sus “internos” como a (los reducen a una tutela de) “chicos”, no de plenas personas. Son tratados como “menores” que no han alcanzado la edad de la “razón”, es decir: carecen de plena autonomía, de derechos. No son sujetos: son objetos que deben ser tutelados.

dependientes, y así terminan siendo “recursos” humanos, objetos, cifras que se manipulan, que incluso cuando son librados, “vuelven” a la cárcel, porque no pueden vivir “afuera”.<sup>86</sup> El espionaje masivo destruye el derecho a la personalidad, el derecho a la independencia, a la autodeterminación, el derecho mismo a ser persona, la iniciativa. La capacidad de intercambio y acción autónoma, de acción libre. Convierte la sociedad (de las “comunicaciones”) en una enorme cárcel.<sup>87</sup> En una sociedad de “control” de riesgos y de “tutelas”, de “peligros” que deben ser enfrentados, de “amenazas” que pueblan los medios masivos a diario. En este tipo de sociedad ya no hay espacio, margen alguno, para la libertad.<sup>88</sup>

Considerar al espionaje masivo, con sus rasgos y características actuales (sistemático, masivo, tecnológico, autonomizado, tecnológico, independiente del poder político, en burocracias que se separan de los mandatos constitucionales, y actúan de espaldas a los órganos de representación popular, por ejemplo en EE.UU.; aunque no solamente en ese país) como un crimen de agresión.<sup>89</sup> Bajo el Estatuto de Roma, con las reformas que recibió el mismo en la conferencia en Kampala, Uganda, en 2010.

El artículo puede ser cuestionado por imperfecto, por insuficiente, por anacrónico. La definición alcanzada es insuficiente y es anacrónica porque en medio siglo es mucho lo que cambió la tecnología (otros dirían que la

86. La novedad es que estaríamos todos presos (actuaríamos como “internos”) en la misma “sociedad”. La sociedad sería la cárcel. Por eso harían falta, como en la Alemania de la DDR, guardianes del muro, que disparen sobre aquellos que quieran escalarlo y escapar a una sociedad más libre, donde la comunicación aún sea posible. Donde sea posible – todavía– ser persona: ejercer plenamente “el derecho a la personalidad”. El espionaje masivo destruye ese derecho básico, que está en la base del concepto mismo de derechos subjetivos.

87. Desaparece el contacto público –como tal, el intercambio– entre las personas.

88. De allí el auge –la moda– de la criminología actuarial y de la criminología cautelares. Véase Young, Jock; Taylor, Ian y Walton, Paul, *The New Criminology: For a Social Theory of Deviance*, London, Boston, 1974.

89. Pensar, como dijimos al comienzo del trabajo, una idea nueva no es simple. Impone un desafío en la doctrina. Lo contrario sin embargo son los manuales de derecho (penal internacional): libros que repiten todos lo mismo, incapaces de moverse un solo centímetro del discurso preestablecido dominante en la materia. Libros y manuales incapaces de hacer pensar a los estudiantes de abogacía. Libros incapaces de generar eso que predicamos: pensamiento.

misma “evoluciona”) y en consecuencia es mucho lo que cambió la forma que adoptan las agresiones y muchos otros crímenes. La misma es en la actualidad, en pleno 2016, totalmente distinta de lo que era en 1974. La tecnología cambió: la (forma de la) agresión también. No adaptar el derecho (internacional penal) a los tiempos que corren, es una forma indirecta de mantener vivo el doble estándar de persecución, como denuncia Zolo, que debate contra los “restrictivistas” (que ven una lista “exhaustiva” donde apenas hay una enumeración anacrónica y anticuada de hechos o agresiones) como Ambos.<sup>90</sup>

Primero se inventa el problema (se presenta un peligro), luego se propone una “solución”. La solución casi siempre redundante en tener menos libertades y menos derechos. Esta pérdida continua de libertades (que se acepta con curiosa facilidad) se hace en nombre de la democracia (como las “técnicas de interrogatorio mejoradas”, eufemismos que se emplean para ocultar que nuestras democracias “avanzadas” matan y también torturan,<sup>91</sup> no somos “mejores”, nuestras democracias son, como afirma Chomsky, no solo víctimas de la “agresión”, son muchas veces las primeras que “agreden”). En esta contradicción, el estado de “excepción” es (se impone lentamente como) la “regla”. Esta inversión (donde se normaliza el estado de

90. Zolo, Danilo, “The double-track approach to international criminal justice”, en *Journal of International Criminal Justice* 2007 5(4), pp. 799-807.

Kai Ambos defiende a la CPI (mientras defiende, paralelamente, una visión restrictiva de ciertos crímenes como la agresión) de esta crítica. No significa pedir que los delitos que se cometen en África queden impunes mientras otros no se juzguen. Significa pedir que se juzguen todas las agresiones, no solo algunas; esto es pedir ecuanimidad en el ejercicio de la jurisdicción penal. Significa pedir que todos los crímenes se juzguen, no solo algunos (en general de países con menos poder y menos desarrollo). Véase Ambos, Kai, “The crime of aggression after Kampala”, en *German Yearbook of International Law*, GYIL 53, 2010. Nosotros entendemos que no se trata de pensar el crimen de agresión “after” Kampala (después de Kampala) sino abiertamente “más allá” de Kampala, más allá de las conceptualizaciones políticas y jurídicas que se intercambiaron allí. Las limitaciones de las mismas quedaron en evidencia en las deficiencias de la propia definición alcanzada en Uganda (el art. 8 bis, incorporado al Estatuto de Roma).

91. Como denuncia Judith Butler en Estados Unidos, nos enfrentamos en la actualidad a una riesgosisima (anti-democrática, anti-republicana, anti-igualitaria, totalitaria) “rehabilitación judicial” de la tortura. Butler, J., *Violencia de Estado, guerra, resistencia. Por una nueva política de la izquierda*, Buenos Aires, Katz, 2011.

excepción) erosiona la legalidad y el Estado de Derecho, pilares de la modernidad jurídica. Vivimos continuamente “amenazados”, se nos asegura que nuestras sociedades están continuamente asediadas y en “peligro”. Y de este modo se coartan derechos y garantías elementales, básicos, esenciales, sin los cuales la democracia –la sociedad civil– se desvanece, no puede vivir. En nombre de este “peligro” tremendo inminente se toleran las torturas, las invasiones, las guerras.

Estos nuevos peligros, nuevos riesgos, se quieren combatir recortando libertades. Amedrentando a la sociedad. Y no es menor que el copamiento (la invasión continua) de la privacidad se hace y se realiza en nombre de la lucha contra el terrorismo, que amenaza esas mismas esferas: la libertad, la privacidad, la autonomía, reemplazándolas por el temor a la libertad, a la participación, y a la privacidad misma. El llamado “terrorismo” genera temor a la libertad, pero el Estado con el espionaje masivo no lo combate de modo diferente, lo “combate” aplicando el mismo “temor” (la misma amenaza, el mismo método) como estrategia, el mismo camino, el mismo desprecio a la libertad.

Thomas Jefferson (como vicepresidente de John Adams) afirmaba “ciertamente, este proyecto de ley (de sedición) y el otro (vinculado al espionaje) son tan evidentemente opuestos a la constitución que demuestran (los federalistas) que no piensan respetarla”.<sup>92</sup> Los federalistas habían presentado un proyecto de ley de sedición que en visión de Jefferson iba en contra del Estado de Derecho. Luego Jefferson, tiempo después, ya como presidente de Estados Unidos, declara como inconstitucional, deroga la ley de sedición y la ley de espionaje, y otras leyes semejantes: es en este momento preciso, con Thomas Jefferson en la presidencia, en abierta oposición a este tipo de leyes (de sedición, espionaje, etc.) que se desarrolla en serio en EE.UU. la libertad de expresión. En este momento nace, con un marco ilustrado, anti-imperialista (en contra del imperialismo británico), esa libertad (presente

92. Desde tiempos de Jefferson el espionaje es pensando como contrapuesto a toda forma de democracia basada en la libertad civil de los ciudadanos, con su pleno derecho a expresarse con libertad. El espionaje socava la autonomía de la persona, su libertad. Jefferson, que se enamoró de una esclava de su hermanastra, con quien tuvo varios hijos, lo cual para la época no dejaba de ser en sí mismo un acto revolucionario y democrático y civil. Generador de una nueva sociedad, como la que se estaba gestando en los Estados Unidos.

en la primera enmienda) como tal. Eso es lo que está hoy en juego. Eso es lo que no debe perderse: esa libertad civil.

Jefferson (no en vano considerado en EE.UU. como uno de los padres fundadores, tercer presidente de ese país, redactor de la declaración de la independencia) luchó por abolir las actas de espionaje. Estas actas volvieron, sin embargo, después de la Primera Guerra Mundial (1918-1919). Jefferson se oponía al espionaje por su defensa acérrima, casi un dogma del Estado de Derecho, de la libertad de expresión. No había para él “balance” posible entre una cosa y la otra, pero tampoco ese balance es posible hoy. El “balance” entre el espionaje y la democracia (entre el espionaje y la libertad de expresión, entre el espionaje y los derechos humanos, entre el espionaje y los derechos civiles) no es posible. El espionaje masivo es un crimen que atenta contra la libertad de las personas y de los Estados de un modo abierto y frontal, cosa que ya Jefferson sabía: donde hay espionaje no hay democracia. No puede haber democracia. Donde hay espionaje no hay derechos civiles, no hay libertad, no hay ciudadanos, no hay participación, no hay política. Hay solo “recursos humanos” sin voz, sujetos sin la mínima libertad, sin el mínimo derecho a expresarse.

Los avances de la tecnología se suceden al mismo tiempo que avanzan los márgenes de la llamada “sociedad de riesgo”<sup>93</sup> y se anulan (con los nuevos “problemas” surgen –con la tecnología– las nuevas “soluciones”) los espacios de libertad. Se descubren continuamente nuevos “peligros”, situaciones que antes eran parte simplemente de la vida en democracia, de repente representan y se presentan como graves “amenazas”, riesgos, para la “seguridad” ciudadana. Por eso estamos siempre obligados a volver a hacernos la pregunta que se hizo Castel: qué es, qué significa (qué riesgos se corren también, paradójicamente, para) estar mejor protegidos. Para estar “seguros”, qué resignamos, qué “cedemos”. Supone estar siempre vigilados, renunciando a todo espacio privado, a la propia autonomía, base de la personalidad y el diálogo.<sup>94</sup> ¿Significa estar seguros renunciar a todo derecho?

93. Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 1994. La tecnología no amplía muchas veces nuestras posibilidades de comunicación. Al contrario, las pone en peligro. Las recorta.

94. Castel, R., *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegidos?*, Buenos Aires, Manantial, 2006.

¿A toda garantía? ¿A todo espacio de intimidad o privacidad personal? ¿A toda comunicación libre? ¿No vigilada? ¿No es más importante lo que perdemos (la libertad) que lo que “ganamos” (supuestamente mayor seguridad, aunque muchos –como la presidenta de Brasil– desmienten que el verdadero fin, el verdadero objeto de estas estructuras de vigilancia masiva sea combatir al terrorismo) con la sociedad de vigilancia?

La noción de “riesgo” lleva implícita la noción de control. Donde crece uno, crece el otro: a más “riesgos” (reales o supuestos), más “controles”. El espionaje masivo supone una forma de vigilancia y en consecuencia, una forma de control, y en consecuencia, de amedrentamiento: de limitación de las libertades. El libre desenvolvimiento de la personalidad se ve amenazado y socavado por estas enormes estructuras de vigilancia: se desdibuja la persona. Cuando se dan –estos procesos, actos– entre Estados, son (hablamos de) agresiones, no solo de violaciones al libre desarrollo y desenvolvimiento de la persona, sino también a la soberanía de los Estados. Una cosa es desdibujar la intimidad (individual del sujeto), otra, violentar la soberanía de un Estado. Ninguna es menos grave, son dos consecuencias de un mismo crimen. En un sentido (respecto de la vulneración de la intimidad individual, de la privacidad del sujeto “vigilado”) usamos el término “agresión” en sentido amplio, en el segundo sentido (en tanto violación grave de la soberanía de un Estado, de sus mecanismos, de sus espacios e instituciones, relaciones, decisiones, intereses, empresas, ciudadanos, población, territorio) empleamos el término en sentido jurídico, de acuerdo a la figura presente en el Estatuto de Roma: el crimen de agresión como tipo penal. Son dos formas de agresión (dentro de otras muchas formas de agresión que existen y aún deben ser visibilizadas por el Derecho), una de las cuales ya está, desde Kampala 2010, tipificada por el Derecho Penal Internacional.

Como en el panóptico ideado por Bentham (padre del utilitarismo inglés, que impugna la universalidad “abstracta”, como Burke, de derechos), no se trata de si hay alguien “observando” (o no) desde la torre ubicada en el centro: se trata de la mera posibilidad (sentir esa posibilidad, sentir esa “mirada”) de que se está siendo observado-vigilado o de que alguien puede en cualquier momento observar nuestros actos más íntimos, más personales, y “seguir” nuestras comunicaciones personales: esa “observación” (la sombra de una vigilancia permanente, y continua, todopoderosa, la “conciencia” reemplazada, un nuevo Dios “testigo” de nuestros actos) termina por socavar y anular la libertad, bloquea nuestra capacidad de acción o participación civil.

Por anular a las personas en su derecho esencial a expresarse. Esta libertad es fundante para la democracia: sin ella, como en la Alemania oriental (la Stasi en épocas de la DDR) la democracia no sobrevive, no perdura. Las personas terminan por callar, por autolimitarse, por autocensurarse, por ejercer la autocensura (en nombre de la “libertad” y la democracia y la lucha al “terrorismo”, se consolida, paradójicamente, de este modo, en Occidente, un Estado totalitario, sin libertades básicas, donde la privacidad –base de la autonomía personal y de la participación política– pasa a ser una letra muerta de nuestras constituciones liberales).<sup>95</sup> Lo que el espionaje masivo pone en juego y en jaque no es una libertad en concreto, sino la libertad – como concepto– en sí misma. La vigilancia anula todas las libertades. Anula la personalidad. La iniciativa: la autonomía. Anula al ciudadano, lo borra, lo desaparece.<sup>96</sup> Anula los espacios públicos. Anula la discusión y la deliberación política, anula la participación, anula a la sociedad. La diferencia entre sociedad civil y Estado –con el espionaje masivo– desaparece. Termina por difuminarse. Por eso estas sociedades necesitan (como la Alemania de la

95. No en vano se ha dicho que lo que se está poniendo en juego (con la normalización de los estados de “excepción”) son los logros esenciales de la modernidad: la legalidad misma. Lo que significa vivir en un Estado de Derecho: una democracia constitucional, el tan denostado “garantismo”. Las garantías civiles mismas, inherentes a toda Constitución. Los ataques al “garantismo” (a la idea de “delinquentes” con “derechos humanos”, tratados como personas, con garantías como el debido proceso) son ataques abiertos –insistentes y nada inocentes– al Estado de Derecho. La legalidad está puesta, a nivel global (como demuestra el escándalo de espionaje masivo) en tela de juicio.

96. La Stasi en Alemania fue un penoso ejemplo de los extremos a los que la vigilancia permanente conduce a una sociedad: desaparece la “sociedad” misma. Esto es lo que logra (y probablemente lo que busca) el estado totalitario, que desaparezca la sociedad civil. Arendt, H., *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, Taurus, 1998. El totalitarismo no es, como suele pensarse, afirma esta autora alemana, la unión de toda la sociedad (colectivismo) bajo el mando de –detrás de de la figura de– una sola persona, sino la separación de los individuos (la separación intersubjetiva, entre nosotros, el “no te metás”) porque el terror los separa: en el totalitarismo el individuo queda “segregado” (desaparece la sociedad civil), cada individuo se siente solo, en tanto cualquier otro (con el que establecer una relación, un vínculo, un lazo) puede ser considerado un potencial “enemigo”. La teoría sobre el totalitarismo de Hannah Arendt es fundamental para cuestionar y pensar el impacto del espionaje masivo en la sociedad moderna. Surgen preguntas: cómo se le puede poner límites a algo que se hace en secreto, cómo se puede “regular” (controlar o limitar) una actividad semejante. ¿Es compatible una actividad semejante con la democracia?

DDR), para sostenerse, de la construcción de muros. Para que los ciudadanos, impedidos de hablar, de pensar, de participar, de decir lo que piensan, de pensar en modo libre y autónomo (crítico), de oponerse, no lo hagan, pero tampoco escapen. Vivan encerrados, controlados, vigilados a toda hora.<sup>97</sup> El espionaje masivo y sistemático no construye un muro de hierro, pero construye un muro virtual, invisible, pero presente. Y este nuevo muro condiciona la vida en democracia. La pone en peligro. Por eso, ningún “balance” entre espionaje masivo y democracia, como pidió Merkel, es posible. Porque el espionaje se opone a todo lo que significa e implica vivir en democracia. El espionaje “desconfía” de todo lo que la democracia “valora” y presupone: autonomía, intimidad, libertad, crítica, iniciativa, pluralismo: pensamiento.

Pensar el espionaje masivo, con una interpretación extensiva (crítica de la definición alcanzada en Kampala en 2010, marcando las deficiencias del art. 8 bis del Estatuto de Roma, sobre todo de su inciso segundo) como un genuino Crimen de Agresión significa sentar los cimientos para repensar una sociedad que se conduce, acaso sin saberlo, mediante el empleo pretendidamente “neutro” e inocente (“comercial”) de ciertas técnicas nuevas y plataformas de “servicios” de “comunicación”, hacia un tipo totalitario de sociedad, marcado por el aislamiento y la autocensura, no por la libertad del sujeto, no por las garantías civiles, no por la democracia constitucional, no por la soberanía de los Estados, no por la cooperación entre países, no por la legalidad, no por la seguridad colectiva, sino por la seguridad nacional. Cuestionar el espionaje masivo como un crimen de agresión sirve (como cuestionar la rehabilitación judicial de la tortura o la novedosa doctrina de las guerras “preventivas”) también para cuestionar (y para visibilizar) el renovado (penoso) auge de esta doctrina (de seguridad “nacional”), que erosiona todos los cimientos y objetivos del derecho y la diplomacia. Por todo lo expuesto el espionaje masivo, con los rasgos actuales, sistemático, masivo, automático, indiscriminado y global, debe ser considerado un crimen de agresión. Lo contrario (como pretende la visión restrictiva de la agresión, la tesis alemana) conduce al doble estándar de persecución. Esto agrava la falta de cooperación entre países y socava la legitimidad de los tribunales. Los conceptos jurídicos (como el de Agresión) no son nunca neutrales. Tienen

97. Sorensen, Ted, *Decision-making in the White House. The olive branch or the arrows*, Nueva York, Columbia Classics, 2005.

una historia y son siempre funcionales (por lo que dicen pero sobre todo por lo que callan, por lo que disimulan, por lo que niegan, y han negado, por lo que omiten poner sobre la mesa) a una determinada forma de ejercer el poder punitivo. Pensar el crimen de la agresión (y repensar la agresión como un crimen) en los albores del siglo XXI –desde una perspectiva mucho más crítica y mucho más amplia, mucho menos funcional a determinados intereses económicos puntuales– es de fundamental importancia para repensar el Derecho. Las agresiones impunes –los crímenes de agresión callados (históricamente, pero también o sobre todo en la actualidad, cuando las agresiones se han vuelto más sutiles)– son la base de toda injusticia consolidada como “sistema”, como “Progreso”, como “civilización”, como conquista. Por eso, repensar la agresión es repensar el Derecho, la sociedad y el mundo en que vivimos y queremos vivir. La definición (cuestionada aquí en sus deficiencias y limitaciones) del crimen de agresión alcanzada en Uganda, en 2010, no fue el último paso, fue el primero. El proceso y la discusión sobre el crimen de agresión está recién comenzando, está en sus albores. En esa discusión se cifra el futuro –el sentido mismo– del Derecho Penal Internacional, de la Justicia Penal Internacional. El sentido de la “civilización” y el “desarrollo”, de la “cooperación” entre países, el restablecimiento urgente de la seguridad colectiva (principio rector de la ONU) en desmedro de la hoy imperante doctrina de seguridad nacional, sin cuyo auge ni el escándalo del espionaje masivo, ni la rehabilitación judicial de la tortura, ni las cárceles clandestinas alrededor del mundo, ni las guerras “preventivas”, entre otros fenómenos (que evidencian un enorme y peligroso retroceso en la legalidad internacional) pueden acabadamente comprenderse. Hay una sola manera de evitar o combatir este retroceso (evidente en la legalidad internacional, en el auge del estado de excepción, normalizado, como el recorte a las garantías civiles, y convertido poco a poco en la “regla”) y es repensar la agresión –el crimen de agresión– desde una perspectiva (mucho) más amplia. No hay otro camino. Solo uno. Solo ese. Repensar la legalidad y restablecer el imperio del Derecho supone repensar las agresiones y los crímenes que aún hoy el Derecho Penal Internacional se resiste a nombrar. No quiere decir. No nombra.

## **Bibliografía**

- Ambos, Kai: “Los terroristas también tienen derechos”, en *Página/12*, Buenos Aires, 14 de mayo de 2011.
- “The crime of aggression after Kampala”, en *German Yearbook of International Law*, GYIL 53, 2010.
- “Wer ist ein Terrorist?”, en *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, FAZ, Frankfurt, 2 de octubre 2014.
- Arendt, H.: *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, , 1998.
- Axat, Julián: “Los fiscales y los álbumes de malvivientes”, en *Página/12*, , 16 de diciembre de 2013.
- Bauman, Z.: *Modernidad y Holocausto*, Madrid, Tusquets, 2008.
- Beck, Ulrich: *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 1994.
- Butler, J.: *Violencia de Estado, guerra, resistencia. Por una nueva política de la izquierda*, Buenos Aires, , 2011.
- Capella, Juan: *Fruta Prohibida. La construcción jurídica de la modernidad*, , Trotta, 2005.
- Castel, R.: *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegido?* Buenos Aires, , 2006.
- Coté, Luc: “International Criminal Justice: tightening up the rules of the game”, en *International Review of the Red Cross*, Volume 88, Number 861, March 2006.
- Croxatto, Guido L.: “La Salud Mental en Argentina: dos paradigmas en pugna”, en revista *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, UBA, Vol. 90, 2012.
- Ferrajoli, L.: “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 2011, pp. 15-33.
- *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2014.
- Ferrajoli, L. y otros: *Not in My Name. Guerra e diritto*, Roma, Editori Riuniti, 2003.
- Findaly, M. J. y otros: *International and Comparative Criminal Justice: A critical introduction*. Cap. 8. “Responding to Trans-national and Trans-border Crime. Controlling the Risk Society?”. Nueva York, , 2013, pp. 197-219.
- Foucault, M.: *La Hermenéutica del Sujeto*, Buenos Aires, FCE, 2007.

- Frankenberg, G.: *Técnica estatal. Perspectivas del Estado de Derecho y el estado de excepción*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2014.
- Fromm, E.: *El miedo a la libertad*, Madrid, Alianza, 2011.
- Ginzberg, Victoria: “Para que los delitos económicos no queden impunes”, en *Página/12*, Buenos Aires, 10 de septiembre 2015.
- Heidegger, M.: *Carta sobre el humanismo*, Buenos Aires, ,2003.
- Jaspers, Karl: *Die Schuldfrage: Von der politischen Hoffnung Deutschlands*, Berlín, , 2010.
- Kant, I.: *La metafísica de las costumbres*, Buenos Aires, Losada, 1998.
- Klein, N.: *No Logo. El poder de las marcas*, Madrid, Paidós, 2002.
- Lévi-Strauss, C.: *El Pensamiento Salvaje*, Buenos Aires, Sudamericana, 1996.
- Liotard, J.-F.: “Los derechos de los otros”, en Shute, Stephen y Hurley, Susan, *De los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 1998.
- Marcuse, H.: *El hombre unidimensional*, Buenos Aires, Losada, 2000.
- Monsiváis, Carlos: *Las alusiones perdidas*, Madrid, Anagrama, 2001.
- Naucke, W.: *El concepto de delito económico-político. Una aproximación*, Madrid, Marcial Pons, 2015.
- Nussbaum, M.: *El ocultamiento de lo humano. Vergüenza, Repugnancia y Ley*, , Katz, 2007.
- Pavarini, M.: *Arte Abyecto. Ensayos sobre el gobierno de la penalidad*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.
- Pierson, Paul: *The New Politics of the Welfare State*, Oxford University Press, 2001.
- Popper, K.: *La sociedad abierta y sus enemigos*, Madrid, Paidós, 2010.
- Radbruch, G.: “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, en *Süd-deutsche Juristenzeitung*, München, Alemania, 1946.
- Ricœur, P.: *L’aventure technique et son horizon interplanétaire*. *Christianisme Social*, 66, 1958.
- Rousseau, J. J.: *Carta a D’Alembert, sobre los espectáculos*, Madrid, Alianza, 2011.
- Sloterdijk, Peter: *Normas para el Parque Humano. Una respuesta a la “Carta sobre el Humanismo”*, Buenos Aires, Losada, 2012.
- Sorensen, Ted: *Decision-making in the White House. The olive branch or the arrows*. Nueva York, , 2005.
- Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht): “Guardianes del Muro”; “Mauerschützen” (BVerfGE 95, 96 - Mauerschützen), Alemania. Véase Schwabe, Jürgen (comp.), *Jurisprudencia del Tribunal*

- Constitucional Federal Alemán*, Konrad Adenauer Stiftung (KAS), México, 2009.
- Viñas, David: *Indios, ejército y frontera*. México, Siglo XXI Editores, 1982.
- Weber, M.: *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Madrid, Alianza, 1998.
- Wilkens, Andre: *Analog ist das neue Bio*, Berlin, Metrolit, März 2015.
- Zaffaroni, E. R.: *El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*, Buenos Aires, Ed. Madres de Plaza de Mayo, 2015.
- *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 2009.
- Zaffaroni, E. R.; Alagia, A.; y Slokar, A.; *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires, Ediar, 2000.
- Žižek, Slavoj: “La máscara humanitaria de la explotación: los comunistas liberales de Porto Davos”, en *Revista Cultural* Ñ (*Clarín*, Buenos Aires, 6-5-06).
- Zolo, Danilo: “The double-track approach to international criminal justice”, en *Journal of International Criminal Justice*, 2007 5(4), pp. 799-807.