

**CONFERENCIA EN CURSO DE ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL  
ECONÓMICO  
FACULTA DE DERECHO –UNIVERSIDAD GETULIO VARGAS DE SAN  
PABLO**

(San Pablo, noviembre 2007)

**Abordaje metodológico de la Delincuencia Económica Sofisticada**

**RAÚL CERVINI**

Catedrático de Derecho Penal y Director del Departamento Penal de la Universidad Católica del Uruguay  
Profesor Titular (G4) en la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de la República  
Secretario General para América Latina y 2do. Vicepresidente del Consejo Consultivo Internacional del ICEPS

**& 1. Planteos introductorios**

1. La frecuente impunidad de las formas más gravosas de criminalidad económica esta vinculada, entre otras causas, a una clara insuficiencia metodológica de los diferentes segmentos del Sistema Penal. Esta carencia se pone de manifiesto en todas las instancias de su dis-funcionalidad. Desde el momento inicial de la selección abstracta normativa por parte del legislador surge con evidencia que éste no cuenta, por lo general, con una formación integral idónea para desentrañar con la profundidad necesaria, la complejidad operativa de los variados procesos económico-financieros que pretende regular. Este mismo tipo de falencias se repite- en mayor o menor medida- a nivel administrativo y alcanza a todos los agentes institucionales y privados del sistema judicial. Se trata de una realidad que, mediando los matices del caso, se viene constatando desde hace décadas a nivel universal. En atención a ello, desde diferentes ámbitos académicos internacionales, generalmente multidisciplinarios, se vienen propiciando ideas innovadoras en el campo metodológico, todas ellas conducentes a facilitar un más adecuado acercamiento y conocimiento de los procesos económicos más complejos por parte de todos los operadores del sistema penal.

2. En ese contexto renovador el ámbito sofisticado de la macro delincuencia económica resulta particularmente propicio - tanto por la urgencia que impone su agresividad como por la naturaleza técnica de sus procesos - para implementar esas imprescindibles renovaciones metodológicas. Este ámbito sirve para evidenciar las virtudes y limitaciones del método clásico de aproximación a estos procesos que llamamos *método clínico*, también las grandes ventajas y aparentes complejidades inherentes al *método tomográfico*. Finalmente es un campo muy propicio para comprender que las dos metodologías de acercamiento de la macrodeltincuencia económica mencionadas no son de modo alguno contrapuestas, sino sustancialmente complementarias y confluyentes por representar perspectivas diferentes de una misma realidad estructural, analizada sucesivamente desde sus síntomas exteriores (carácter trasnacional, abuso de la posición dominante, apariencia de legalidad, sobredimensión del daño, mutabilidad, carácter difuso de la víctima, impunidad) y desde la intimidad de los propios mecanismos económicos. El primer método, necesariamente atemperado por una perspectiva estructural, sirve para visualizar en su conjunto la existencia del fenómeno y evaluar críticamente las disfunciones del control formal. El segundo, resulta idóneo para detectar a partir de un adecuado conocimiento del objeto y de modo preventivo el posible ejercicio abusivo de los mecanismos o resortes superiores de la economía.

3. Por otra parte, priorizar la especialización en el análisis de la macro o extracriminalidad económica constituye de por sí un imperativo de la realidad contemporánea. Según datos recientes,

cuantitativamente, el 93 % de los delitos conocidos siguen siendo convencionales y de poca monta (bagatela y/o dañosidad media); cualitativamente, el 7% restante de criminalidad estadística representa el 75% del daño general provocado por las conductas definidas como delictivas, evaluado en términos constantes <sup>1</sup>. Dejando provisoriamente de lado la cifra negra y la cifra dorada de la criminalidad económica los datos resultan igualmente impactantes. Un gran fraude a las subvenciones detectado en Francia a fines del año 2001 representó un monto equivalente a 2000 delitos convencionales contra la propiedad ocurridos en el mismo año <sup>2</sup> y la "mega operación" Casablanca de lavado de activos representó un monto económico equivalente al de todos los hurtos y atracos contra personas físicas ocurridos en EE.UU. durante los 4 años anteriores <sup>3</sup>. Aún más categórico. Hace pocos años hemos sido testigos de que el embate especulativo de grupos especializados sobre determinadas monedas es susceptible de llevar a su virtual devaluación y a un incremento exponencial del correspondiente riesgo país. Las autoridades públicas y corporativas de todo el mundo conocen en carne propia la potencialidad de daño y virtual impunidad de especialistas aislados de todo control que detentan el dominio funcional-operativo del ciberespacio financiero. Ante este tipo de agresión a las economías nacionales e internacional todo esfuerzo comparativo con la dañosidad atribuida a la delincuencia convencional trasuntará siempre un sentimiento de grotesca impotencia.

4. En atención a lo señalado nuestra exposición versará sucesivamente sobre los siguientes tópicos: (2) Concepto de macro o extracriminalidad económica; (3) Idea general sobre una metodología de aproximación a la misma ; (4) exposición sobre el sistema de análisis clínico sintomatológico y sus notas características ; (5) exposición sobre el sistema de análisis tomográfico de los mecanismos económicos; (6) comentarios sobre la trascendencia técnica dogmática del criterio metodológico y finalmente; (7) sugerencias sobre la forma de abordar la tipificación de los macro delitos económicos en un Estado de Derecho.

## **& 2. Concepto de Macrocriminalidad Económica**

1. Anticipándose a su tiempo, hace más de cuarenta años, ROBERTO LYRA fue de los primeros en señalar y caracterizar la macrocriminalidad económica como un abanico de formas de delincuencia socioeconómica muy perfeccionadas, de enorme dañosidad social, que se mostraban cada vez más accesibles a la evidencia científica, pese a lo cual raramente aparecían tipificadas en la ley penal. Agregaba finalmente que en el hipotético caso de encontrarse previstas en la norma penal, esas tipificaciones se realizaban normalmente en forma inadecuada, teniéndose la sensación de que "*las autoridades no quieren o no pueden alcanzarlas*" <sup>4</sup>. Sus observaciones reflejaban una aproximación criminológica sumamente certera que, pese al tiempo transcurrido, mantiene clara vigencia, incluso confrontada con posteriores pesquisas y elaboraciones doctrinarias <sup>5</sup>. En el decurso de este trabajo, al

---

<sup>1</sup> Datos extraídos de Informe UNICRI-CINAF. Documentos MCC- 105 y MCC 130, correspondientes al 2006 y 2007 respectivamente, (Roma).

<sup>2</sup> BACRIE, Stephane: Reporte sobre Criminalidad Europea para Consejo Consultivo ICEPS, diciembre 2001.

<sup>3</sup> RUGGERO-FLECK MOYANO: Informe Melbourne Superior Institute of London, Doc. CB.6 / 2000.

<sup>4</sup> LYRA, Roberto: "Criminología", Editorial Forense, Río de Janeiro, 1964, p. 59 y ss.

<sup>5</sup> STRECK, Lenio Luiz: " Hermeneutica Jurídica e (m) Crise" 3era. Edición, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001, p. 36. Nos recuerda que en 1998 sale publicada una interesante pesquisa realizada por la ex Procuradora de la República, Ela Volkmer de Castilho, "O Controle Penal dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional" (Del Rey, Belo Horizonte, 1998). Sus resultados confirman los certeros juicios de LYRA. De la misma investigación surge que entre 1986 y 1995, el Banco Central de Brasil sólo presentó 682 denuncias por crímenes financieros. De ellos resultaron con condena en la Primera Instancia en la Justicia Federal tan sólo 5 casos, dictándose otras 9 condenaciones a nivel de los tribunales superiores. La autora ilustra estas cifras

analizar las notas definidoras de la macrocriminalidad económica, haremos referencia a esos filtros del sistema penal que engendran y recrean precisamente tan intolerable vulnerabilidad.

2. En el campo más reciente y revulsivo del Derecho Penal Económico, el Profesor norteamericano SEVERIN, quien reúne la doble condición de abogado criminal y economista, reflexiona en el sentido que *la macro o extracriminalidad económica contemporánea* (como él prefiere llamarla a fin de evitar equívocos) *configura la expresión emergente de una nueva forma de desviación estructural, aquella vinculada al ejercicio ilícito u objetivamente abusivo de las leyes económicas y de los mecanismos o resortes superiores de la economía, fundamentalmente a los conocidos como mecanismos económicos abiertos, los que no necesariamente se vinculan a la llamada economía de mercado, a saber: los mecanismos del equilibrio de la economía nacional con el mundo exterior (mecanismo de los cambios), los de transformación del capital en renta y de la renta en capital (mecanismos financieros y bursátiles), los de la circulación y aplicación de activos y finalmente los del equilibrio entre la producción y el consumo (manejo de los "commodities", carteles, abusos al consumidor, etc.)*<sup>6</sup>.

Los conceptos del mencionado Profesor de Austin requieren, a nuestro modo de ver, ciertas precisiones terminológicas y conceptuales complementarias que hacen fundamentalmente a la Teoría Económica.

2.1 En algunas ocasiones ciertos publicistas interesados en el campo de la delincuencia económica han conectado inadecuadamente la llamada macrodelincuencia económica con la macroeconomía, al tiempo que también han intentado asociar las manifestaciones de microdelincuencia con la microeconomía<sup>7</sup>. Ese paralelo analítico es científicamente inapropiado y supone un grueso error conceptual que imposibilita una comprensión global del tema que nos ocupa. Entendemos la macrocriminalidad económica como una modalidad de desviación estructural incidiendo en su conformación tanto factores económicos como sociales. Los primeros aluden a los mecanismos o resortes superiores de la economía; los segundos a su ejercicio ilegítimo o abusivo<sup>8</sup>.

---

manifestando que se estiman en más de 2000 los casos de crímenes de cuello blanco que se cometen en Brasil anualmente.

<sup>6</sup> SEVERIN, Louis W.: "Recent Developments in Relation to Economic Crimes", Ladelt Editors, Austin, 1991, p. 42 y ss. En el mismo sentido se pronuncia el autor en su artículo "The economic crime and it profits", en *Law and Criminology Review*, Vol. 12, No. 3, School of Law, University of Texas at Austin, Austin, 1993, p. 63 y ss.

<sup>7</sup> Posición sostenida, entre otros, por BENILAR, Fernando: "La Criminalidad en Cifras", Fascículos del Círculo Bancario Bolivariano, Vol. 3, La Paz, mayo - junio 1991, p. 20; RUBIN, George: "The Conglomerate of Crime", Hamilton Editors, Siracusa, Nueva York, 1989, p. 62.

<sup>8</sup> La macroeconomía, y consiguientemente la teoría macroeconómica, se ocupa del comportamiento, equilibrio, evolución y ajuste de variables globales, entendiéndose por variables globales las que se refieren a fenómenos económicos en conjunto, normalmente relativas a un espacio económico delimitado económica o políticamente: una región o un país. Entre las variables de este tipo encontramos: el ingreso nacional, el producto nacional, el nivel general de precios, el nivel de ocupación del total de la población, las exportaciones e importaciones totales, los impuestos recaudados globalmente por el gobierno, el stock monetario, etc. Por su parte, la microeconomía y su teoría, también conocida como teoría de los precios, se interesa en la conducta de los agentes económicos individuales (empresarios, consumidores, etc.) y de los resultados de esas conductas que se adoptan de acuerdo a determinados objetivos. No obstante estas diferencias conceptuales tan tajantes, es posible intentar -así lo hace por ejemplo la teoría del equilibrio económico general- una explicación de los valores y evolución de las variables globales a partir de la explicación de la determinación de los valores y evolución de las variables individuales. Esta flexibilización se encuentra en la base de los planteos de SEVERIN, cuyo concepto de extradelincuencia económica se alcanza con corte transversal a través de los mecanismos económicos, lo que le permite integrar variables macro y microeconómicas en su análisis, evitando las limitaciones propias de un enfoque rígido.

2.2 La propuesta conceptual expresada también requiere una explicación adicional sobre el alcance técnico de la expresión "mecanismos económicos" <sup>9</sup>. A grandes rasgos podemos decir que la teoría económica adopta dos formas distintas: está hecha tanto de leyes económicas que expresan la relación funcional o causal de interdependencia de dos o más fenómenos económicos, como de mecanismos económicos que expresan la cadencia cronológica de una serie de fenómenos (económicos) cada uno de los cuales obedece al anterior. Esos mecanismos económicos son entonces relaciones entre grupos de hechos de órdenes distintos, proceden de la observación pero se prestan al análisis cartesiano, al razonamiento y hasta al cálculo <sup>10</sup>.

En todo caso los mecanismos pueden clasificarse en mecanismos cerrados y abiertos. Los mecanismos económicos cerrados son aquellos que desembocan en un resultado de la misma naturaleza, sino de la misma fuerza, que el impulso inicial. Este resultado es, a su vez, el impulso inicial de un nuevo mecanismo parecido al precedente<sup>11</sup>. Se ven involucrados normalmente con las más variadas formas de criminalidad económica convencional. Los mecanismos abiertos -tan relevantes a efectos de nuestro análisis sobre extracriminalidad- son, en cambio, aquellos que desembocan en resultados de naturaleza distinta al del fenómeno inicial. Sin duda este resultado puede ser, a su vez, impulso inicial de una cadena de fenómenos económicos, pero respondiendo a un impulso de naturaleza distinta, el mecanismo también será distinto, pero siempre, técnicamente predecible.

En teoría ambos tipos de mecanismos resultan por distintos canales técnicamente susceptibles de desviaciones. En los hechos, la naturaleza de los fenómenos económicos involucrados conduce a pensar que las desviaciones de mayor gravosidad social tienden a concentrarse en el campo de los mecanismos abiertos. El número y proyección de esos abusos estarán supeditados a definiciones técnicas, legislativas y prácticas. Dependerán tanto de la pertinencia científica, especificidad y coherencia preventiva de las normas regulatorias de dichos fenómenos económicos como del funcionamiento eficaz de los controles que se decidan poner sobre ellos. Como veremos más adelante, este último aspecto estará a su vez directamente vinculado al perfeccionamiento profesional de los portadores del control.

2.3 La referencia a los mecanismos superiores de la economía no acota necesariamente el ámbito socio-económico en el cual se cumplen estas manifestaciones extradelictivas. Frecuentemente se expresa que a medida que la tecnología progresa y aumentan las facilidades de comunicación y del transporte, en un conjunto armónico e indicativo del desarrollo global, también la criminalidad avanza en términos de técnica y sofisticación. De esta premisa se suele extraer una conclusión mucho más discutible: la macrocriminalidad, como actividad sistemática perfilada como una empresa para la consecución de actos ilícitos, está inexorablemente unida al desarrollo económico.

Es evidente que el desarrollo económico propicia las condiciones ideales para la eclosión de la macrocriminalidad, principalmente en el área económica, pero no puede sostenerse de modo alguno

---

<sup>9</sup>. Sobre el tema ver: CULMANN, Henri: "Los Mecanismos Económicos", Colección Beta, A. Redondo Editor, Barcelona 1989, p. 8 y ss.; LECAILLON, Jacques: "Les Mécanismes de L'économie", 2 edición, Colección Initiation, Editorial Cujas, París, 1972.

<sup>10</sup> Se puede decir que hay mecanismos económicos cuando, habiéndose producido un fenómeno inicial, se producen a su vez fenómenos de naturaleza distinta, sin nuevo impulso, en un orden determinado, que conducen a un resultado que se puede racionalmente conocer y consecuentemente prever. Que un mecanismo sea una serie de fenómenos económicos quiere decir que su conocimiento es esencialmente empírico, no implica ningún juicio de valor. Sin embargo, esta primera aproximación debe completarse. El hecho que la constatación de un mecanismo no contenga lógicamente ningún rastro de apreciación valorativa, no implica que la investigación de las condiciones o circunstancias de su funcionamiento no se deba realizar con toda la precisión deseable, pues sólo a través de ese conocimiento minucioso de los mecanismos puede llegarse a la regulación eficiente de sus posibles desviaciones.

<sup>11</sup>. Es el caso de los llamados mecanismos no cuantificados (los ciclos económicos, proceso acumulativo) y de los cuantificados (efecto multiplicador y modelos de secuencia).

que las formas más gravosas de la delincuencia económico-financiera sean extrañas a las estructuras sociales subdesarrolladas. En materia de criminalidad económica y en términos de evaluación terminal de costos sociales, no puede científicamente afirmarse que en los países de menor desarrollo sufren una criminalidad de carácter preponderantemente individual, empírica y asistemática, sin hacer una inmediata referencia complementaria de orden cualitativo; en caso contrario se presentará un cuadro deformado de la realidad. La simple observación actualizada de la experiencia latinoamericana alcanza para desterrar el preconceito antes denunciado. Si ello no alcanzara, la propia Asociación Internacional de Seguridad Bancaria, en su Cuaderno Estadístico No. 33 (febrero 1995), ya constataba que los fraudes bursátiles y el ejercicio abusivo de las actividades de intermediación en valores "se ha incrementado sustancialmente debido al auge de las Bolsas en los países en vías de desarrollo" <sup>12</sup>.

SEVERIN confirma nuestra posición precisando: *"las formas de desviación estructural macroeconómicas no son, en absoluto, exclusivas de las economías desarrolladas. Muy por el contrario, es a su criterio en los países subdesarrollados donde cohabitan más frecuentemente las formas de desviación estructural propias de la marginalidad (cuantitativamente preponderantes) y estas otras propias de quienes detentan el manejo irregular de ciertos resortes del mercado (sin duda cualitativamente más significativas). Los porcentajes cuantitativos pueden variar en los países menos desarrollados, no así su significación social y económica, pues se encuentra en la esencia de la macrocriminalidad el volumen del daño"* <sup>13</sup>. Es más, puede sostenerse que -en lo que concierne a la extracriminalidad económica financiera- muchos de nuestros países están expuestos a un mayor riesgo potencial. El desfase existente entre los niveles profesionales y técnicos de los operadores del control social y funcionarios encargados de la supervisión del sistema financiero, con el que detentan algunos grupos delictivos sofisticados que operan en el área, seguramente facilita y estimula (elemento agresividad) el emprendimiento de este tipo de acciones. También, y fundamentalmente en el ámbito de los macrodelitos económicos, el desconocimiento engendra la impunidad y ésta estimula las tendencias desviadas <sup>14</sup>.

### **& 3 Metodología de apreciación de la macrodelincuencia económica.**

1. (Aspectos generales). Como vemos, una exacta identificación y comprensión de los fenómenos de macrodelincuencia económica requiere una evaluación estructural global lo suficientemente amplia como para que no se desentienda de la dinámica de los mecanismos económicos involucrados. Pero más aún, la simple postura amplia no alcanzará a la hora de resolver en el plano teórico y aún en la práctica, ciertos problemas connaturales a los fenómenos macrodelictivos si no se comprende el funcionamiento real de los mecanismos superiores de la economía. Allí se encuentra el principal marco de referencia que prudentemente conceptualizado deberá ilustrar en primer término al legislador

---

<sup>12</sup> Cuaderno Estadístico De La Asociación Internacional De Seguridad Bancaria, N°. 33, Ginebra, febrero 1995, p. 9.

<sup>13</sup> SEVERIN, Louis W.: "Recent Developments ..." op. cit. , p. 62.

<sup>14</sup> Esta línea de razonamiento sirve para esclarecer -entre otros- el debatido tema de la objetividad jurídica en los delitos de lavado de dinero. En tal sentido interesa enfatizar que en este contexto, el único bien jurídico razonablemente justificador de tutela penal en el caso del lavado de activos debería encontrarse en el normal funcionamiento de los mecanismos económicos abiertos financieros y bursátiles y todo ello en la medida en que tales mecanismos aparezcan afectados por un ejercicio ilegítimo u objetivamente abusivo. El citado SEVERIN, Presidente Internacional del ICEPS, ya advertía en 1970 que la protección penal debe tener por objeto un interés concreto y suficientemente definido, en todo caso referenciado a necesidades del individuo y a otras muy limitadas exigencias sociales que traducen la función de coordinar y equilibrar los conflictos. Bajo tales circunstancias, expresaba, resulta extremadamente forzado encontrar la objetividad jurídica de la legislación positiva sobre money laundering en la Salud Pública, en la Economía Pública latu sensu e incluso con un relativo mayor asidero en la Administración de Justicia. Concluye que técnicamente resulta apropiado concretar ese bien-interés normativamente valorado en el normal funcionamiento de los mecanismos económicos, cuyo ejercicio ilícito y objetivamente abusivo traduce instancias de macrocriminalidad. Conforme: SEVERIN, LOUIS W.: "Economics Process and Criminal Law", en Law and Criminology Review, Vol 2, No.4, Austin. 1970, p. 67 y ss.

y luego al intérprete, llegado el momento de deslindar definitivamente en ese campo los límites del jus puniendi, la conducta ilícita de aquella lícita o meramente elusiva. En otras palabras, distinguir claramente el recurso típico, atípico o eventualmente abusivo de los citados mecanismos económicos.

Se ha señalado que un conocimiento profundo de esos mecanismos superiores de la economía puede alcanzarse -tomando prestados términos de la ciencia médica- a través del análisis clínico-sintomatológico de aquellas aristas que definen a las desviaciones macroeconómicas, reflexionando en el sentido que "por sus frutos lo conocerás". Evidentemente, una descripción acabada de las notas que singularizan a las desviaciones de un mecanismo pueden ayudar a comprenderlo, principalmente si se procede con espíritu crítico.

2. Desde el ámbito de la teoría económica se sugiere una metodología diferente. Se dice que será más complejo pero indudablemente más provechoso revertir el enfoque y profundizar en el conocimiento de los propios mecanismos económicos. Este enfoque metodológico opera como un análisis tomográfico de dichos mecanismos para detectar, a partir de ellos los niveles técnicos y prácticos de vulnerabilidad de todo el sistema (<sup>15</sup>).

Hemos sostenido en trabajos anteriores que la criminalidad en su conjunto (convencional o no convencional) es simplemente un sub-producto estructural. Por ello pensamos que estas notas características de la macroadelincuencia se vinculan, tanto a las estructuras del quehacer económico como a las del control social formal. La realidad las exhibe íntimamente compenetradas, al punto que los grados de desviación abusiva de los mecanismos económicos están, en mayor o menor medida, asociados a los niveles de eficacia del control, consecuentemente no pueden comprenderse acabadamente las disfunciones de este último sin conocer de modo íntimo la mecánica de los primeros.

#### **& 4. Análisis clínico-sintomatológico de la macroadelincuencia económica**

1. (Planteo). Hecha esta salvedad, pasamos a referirnos en primer término a las características de la macroadelincuencia económica. Estudiaremos en este momento *sus síntomas exteriores*, pero nuestro interés no estará acotado a una visión meramente descriptiva y periférica del fenómeno. Ya desde este primer nivel de acercamiento se impone una perspectiva de análisis global. En caso contrario, el esfuerzo será siempre estéril.

Posteriormente, abordaremos el mismo fenómeno de extradelincuencia a partir del funcionamiento de los propios mecanismos económicos. Nuestra aspiración es tender ciertas líneas metodológicas que permitan arribar a un concepto mínimamente integrado y funcional de la macroadelincuencia económica, acorde a su proclamada naturaleza estructural.

2. (Transaccionalización). En ese complejo contexto debemos resaltar el incremento de actos delictivos caracterizados por una suerte de ubicuidad en el despliegue de su proceso ejecutivo que se sitúa en diferentes territorios nacionales. Esta transnacionalización es sin duda -en la faz operativa- la nota más saliente de la criminalidad organizada contemporánea ante la cual los Estados aislados pueden verse reducidos a una virtual impotencia.

---

<sup>15</sup> Sobre aspectos metodológicos ver CERVINI, Raúl: "Macrocriminalidad Económica. Apuntes para una aproximación metodológica analítica." en Anales del Seminario Internacional de Derecho Penal Económico, Revista Brasileña de Ciencias Criminales, Año 3, No. 11, julio-setiembre 1995 y "Nuevas formas de macroadelincuencia económica. Abordaje metodológico" en obra colectiva "Ensayos Penais en Homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodríguez de Souza" Editor Ricardo Lenz, Porto Alegre, junio 2003.

El crimen organizado de carácter transnacional, como bien ilustra Elgio RESTA <sup>16</sup>, rompe el circuito de validez y eficacia de las normas, puesto que se establece fuera de su alcance ya que, usando el lenguaje de la cibernética "un sistema no puede sobrepasar sus propios límites". Este tipo de delitos no sólo traspasa las fronteras nacionales sino que las utiliza, precisa y deliberadamente para sus fines, puesto que la policía, como el Derecho Penal al cual sirve, está delimitada por el principio de territorialidad. Su límite de acción termina en la frontera del país donde desarrolla su actividad y toda intromisión policial y judicial foránea está implícitamente rechazada por la propia definición de Estado soberano. Estas dificultades se acrecientan tratándose de la internacionalización del acontecer económico, nos dice TIEDEMANN. Agrega luego que la magnitud y potencia financiera de los grandes consorcios "les confiere un enorme poder que, como todo poder, sea político, económico o de otra naturaleza, induce al abuso" y el único que puede hacer frente a ese poder es el Derecho Penal "para prevenirlo dentro de lo posible o, en todo caso, castigarlo posteriormente". Es a su juicio el medio idóneo llamado a hacerle frente a los excesos de las transnacionales.

Así las cosas, los delitos financieros internacionales, los descalabros de bancos, los delitos tributarios, el quebrantamiento de las disposiciones sobre moneda extranjera y hasta el propio blanqueo del "dinero sucio" producto de las actividades de los traficantes, como delitos a distancia, adquieren mayor grado de eficacia y están más a salvo de la acción del sistema penal.

La acción policial y judicial se enfrenta en estos casos con problemas específicos, tanto en el terreno de los hechos como en el jurídico, cuando hay que tomar la declaración a un testigo en el extranjero o realizar cualquier otro acto de investigación o diligencias sumariales. Las diferencias que a menudo existen entre las legislaciones de los distintos países contribuyen a acentuar el problema.

Precisamente, para abarcar conceptualmente todo este movimiento de medios y recursos destinados a combatir las manifestaciones transnacionales de la delincuencia frecuentemente organizada, a superar las dificultades fácticas de una investigación de esta naturaleza e incluso aquéllas derivadas de los desajustes normativos de las leyes de diferentes naciones, TRAVERS acuñó en 1925 la expresión "Entreayuda Penal", l'entraide <sup>17</sup>, para ROUX l'entre'aide <sup>18</sup>, también conocida posteriormente entre algunos autores americanos como Extrayuda Penal <sup>19</sup>, como significativa de los diversos tipos de colaboración que crecientemente se prestan en la actualidad los Estados entre sí, sin mengua alguna de sus respectivas soberanías.

El citado ROUX creía advertir tres formas de auxilio recíproco: el policial, el judicial y el legislativo <sup>20</sup>. Modernamente se reconocen dos formas de asistencia o cooperación internacional en materia penal <sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> RESTA, Elgio: "Relato sobre Aspectos Sociales", en Congreso, cit. Sub. 8, p. 7; Cf. RISSI, Eduardo Mario: "La Transnacionalización en la Sociedad Contemporánea", Edic. Jasil, México, 1991.

<sup>17</sup> TRAVERS, Maurice: "Les Effets Internationaux des Jugements Répressifs" en Recueil des Cours de L'Académie de Droit International, T. 4, Librairie Hachette, París, 1925, p. 430.

<sup>18</sup> ROUX, Jean-André: "L'entraide des Etats dans la lutte contre la criminalité", Recueil des Cours de L'Académie de Droit International. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932, t. 36, p. 80 y ss. Para este autor la entre-ayuda requiere una doble condición: primero, un sentimiento de cortesía existente entre las naciones civilizadas, y segundo, el sentimiento de que los criminales no constituyen solamente un riesgo nacional sino que constituyen un peligro internacional.

<sup>19</sup> CLIFFORD, William: "The Standard Minimum Rules for Treatment of Prisoners" en Proceedings of the 66<sup>th</sup> Annual Meeting of la American Society of International Law, American Journal of International Law, Vol. 66, No. 4, setiembre 1972, Lancaster Pa, 1973, p. 134.

<sup>20</sup> ROUX, Jean André: "L'entre'aide des Etats ...", op. cit. , p. 87.

<sup>21</sup> Cf. TROUSSE, Paul-Emile: "Quelques Aspects de la Collaboration des Etats dans L'Administration de la Justice Répressive" en Revue Belge de Droit International, 1968-1, Bruxelles, 1968, p. 11; STORDAHL, Frank: "Modalidades de Extrayuda Penal Internacional", Doc. Bc45-3, vers. mim. de conferencia pronunciada durante el 2do. Curso de Cooperación Internacional en Temes Penales, Universidad del Estado de Florida, mayo 1991, p. 26; FIERRO, Guillermo

La administrativa, que es fundamentalmente policial pero que puede tener otras expresiones no necesariamente conectadas con la policía, y las variadas formas de Cooperación Judicial Penal Internacional<sup>22</sup> que pueden esquematizarse descriptivamente, siguiendo las enseñanzas de POLIMENI como un conjunto de actividades procesales (cuya proyección no se agota en las simples formas), regulares (normales), concretas y de diverso nivel, cumplidas por órganos jurisdiccionales (competentes) en materia penal, pertenecientes a distintos Estados soberanos, que confluyen (funcional y necesariamente) a nivel internacional, en la realización de un mismo fin que no es sino el desarrollo (preparación y consecución) de un proceso (principal) de la misma naturaleza (penal), dentro de un estricto marco de garantías (acorde al diverso grado y proyección del auxilio requerido)<sup>23</sup>.

En esta materia muchas veces, principalmente tratándose de investigaciones de macrodelitos económicos con connotaciones externas, los exhortos carecen de toda precisión en su contenido. Se saca la impresión de que el juez exhortante no sabe lo que quiere o, lo que es peor, no le interesa que su rogatoria pueda diligenciarse eficientemente. Sólo un conocimiento técnico acabado de lo que se pretende proteger, de lo que se desea investigar y de cuáles son las formas más idóneas para hacerlo, permitirá precisar al detalle las pruebas o diligencias solicitadas en instancias de Cooperación Penal Internacional. Sólo mediando esa concreción es factible una asistencia judicial internacional efectiva.

Ya expresamos en trabajos anteriores que el debate, en lo que refiere al alcance de la Cooperación Judicial Penal Internacional, estaba basado en un falso dilema. En torno a ello, concuerdan varios autores contemporáneos de primera línea. La admisibilidad o improcedencia jurídica de un instituto de tanta trascendencia como es la Cooperación Judicial Penal Internacional, advierte PITTARO, no se puede fundamentar en un extremismo en términos de “ocho u ochenta”. No se trata de cooperar de cualquier modo ni tampoco de abstenerse de hacerlo por principio<sup>24</sup>.

Surge entonces naturalmente una pregunta obligatoria: ¿cómo se pueden amalgamar los aspectos garantistas de la tesis restrictiva con la necesaria solidaridad internacional que inspira a la tesis amplia jus-privatista? La respuesta, a nuestro juicio, debe encontrarse en la propia estructura de interacción procesal funcional entre las jurisdicciones de los diferentes Estados comprometidos en niveles de asistencia penal.

Toda alternativa cooperacional se estructura en tres planos fundamentales que deben mantenerse en constante tensión dinámica. Eso se debe reflejar en una necesaria tensión entre los intereses de una eficaz cooperación jurídica internacional, en equilibrio con el reconocimiento jurídico formal y sustancial de la diversidad de los sistemas normativos involucrados y de los derechos de aquellos individuos concretos eventualmente afectados en el cumplimiento de instancias cooperacionales.

Tradicionalmente, atendiendo al hecho de que la cooperación nace de los Estados y encuentra su reconocimiento originario en el Derecho Internacional Público, solamente se tuvieron en cuenta las

---

J.: "La Ley Penal y el Derecho Internacional", Primera Edición, Buenos Aires, De Palma, 1977, p. 208.

<sup>22</sup> Sobre Cooperación Penal Internacional: CERVINI, Raúl y TAVARES, Juarez: "Principios de Cooperacao Judicial Penal Internacional no Protocolo do Mercosul", Editora Revista Dos Tribunais, San Pablo, 2000; ARAUJO JUNIOR, Joao Marcello de, SEVERIN, Louis W., CERVINI, Raúl, TAVARES, Juarez y otros: "Curso de Cooperación Penal Internacional", publicación conjunta de la Universidad Católica del Uruguay, ISIEC (Valença, Río de Janeiro) e INTERNATIONAL CENTER OF ECONOMIC PENAL STUDIES (Secretaría Latinoamericana), Ediciones Carlos Alvarez, Montevideo, 1994.

<sup>23</sup> Idem ibidem, p. 19.

<sup>24</sup> PITTARO, Paulo: "Tutele Procedurali e Requisitti in Materia Penale", Conferencia pronunciada en la Conferencia Internacional sobre Extradición, organizada por el Instituto Superior Internacional de Ciencia Criminal, Siracusa, diciembre de 1989, p.6.



partes formales de la Cooperación Judicial Penal Internacional: los Estados. Hoy en día, a través de un enfoque integrado, los penalistas reivindican la consideración de las partes sustanciales de esas mismas instancias de auxilio: los Estados y los ciudadanos.

Ciertas abstracciones de Derecho Público se redujeron históricamente a un eufemismo transpersonalista, desconociendo el hecho de que gran parte de los casos de asistencia judicial penal internacional, para no decir todos, afectan directa o indirectamente la situación de individuos concretos provocando, en muchos casos, daños claramente irreversibles en la esfera de su libertad y de su patrimonio. Las personas eventualmente afectadas tienen una natural y legítima vocación de hacer oír su punto de vista, en el decurso de estas instancias de auxilio interetático, las cuales, no obstante ese carácter preponderante (de asistencia entre Estados) no pueden ejecutarse legítimamente de espaldas a los derechos de los destinatarios finales de todo el tráfico jurídico: los ciudadanos. No olvidemos que, tanto el Derecho Penal interno de cada Estado como las manifestaciones internacionales de auxilio penal deben tener su centro en el Hombre y sus intereses

<sup>25</sup>.

La anteriormente expuesta estructura funcional de este tipo de asistencia implica una doble proyección externa e interna del instituto, y por consecuencia, una lectura bifocal de sus alcances.

En lo que refiere a un primer nivel de aproximación que podemos denominar como “el continente”, es indiscutible que en los tiempos actuales las instancias de Cooperación Judicial Penal Internacional deben ser vistas -en principio- como un mecanismo procesal normal o regular de Derecho Internacional, como derivación natural del Principio de solidaridad judicial interetática. Obviamente que tratándose de asistencia de naturaleza penal, la calificación de normal o regular no se puede entender de modo alguno como sinónimo de indiscutible o inexcusable. Por la sensibilidad de los temas que aborda, la prestación de asistencia debe priorizar el respeto de las máximas garantías individuales <sup>26</sup>.

Atendiendo a este último aspecto, la discusión, si cabe, deberá recaer sobre “el contenido”. En este ámbito entrarán a jugar necesariamente una red de Principios de eficacia y garantías. Dentro de estos últimos, aquellos de naturaleza formal y sustancial, o sea, aquellos propios del proceso y también, muy especialmente, los inherentes al dogma penal, como son: la dignidad de la persona humana, la relevancia del bien jurídico o el respeto a las categorías lógico-objetivas, la culpabilidad, racionalidad, etc <sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> SCHUTTE, Julian J. E: "La Regionalización del Derecho Penal Internacional y la Protección de los Derechos del Hombre en los Procesos de Cooperación Internacional en Materia Penal", Informe General de la A.I.D.P., Cadernos do XV Congresso Internacional de Direito Penal, Seção IV, Rio de Janeiro, Editora U. E. RJ (Organizadores: José Luís da Costa e João Marcello de Araújo Jr.). En el No. 6 del capítulo II (A proteção dos Direitos Humanos na Cooperação em Matéria Penal), del Proyecto de Resolución al Tema IV, afirma: "Na elaboração de novos instrumentos sobre cooperação internacional em matéria penal, os Estados deveriam prestar específica atenção à definição e proteção aos direitos e interesses do indivíduo em procedimentos realizados no transcurso da aplicação de tais instrumentos. Estes direitos e interesses podem incluir, dependendo do caso: o direito de invocar a aplicação do instrumento a seu favor, o direito a ser informado de qualquer aplicação do instrumento e o direito de acesso ao tribunal para controlar a legitimidade de tal aplicação". Conf: CERVINI, Raúl: "Los Derechos Humanos como límite a ciertas instancias de cooperación internacional", VM de conferencia dictada durante el transcurso del 5º Curso Internacional de Criminología Integrada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Florida, 18 de junio de 1992, p. 24.

<sup>26</sup> PITTARO, Paulo: "Tutele Procedurali...", op.cit, p.6.; CERVINI, Raúl: "La Protección Penal del Consumidor y el Desafío de la Regionalización", in Estudios sobre A Proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1994; el mismo autor en "Princípios da Cooperação Judicial Internacional...", op. cit., p. 23.

<sup>27</sup> Cf. TAVARES, Juarez: "Limites Dogmáticos a la Cooperación Penal Internacional", publicada en la obra "Curso de Cooperación ...." op. cit. p. 101 y ss; el mismo autor en "Princípios de Cooperacao Judicial Penal Internacional..." Segunda Parte, op. cit, , p. 173 y ss.

Esos mismos principios de eficacia y garantía, armónicamente balanceados, permitirán a los jueces requeridos y, eventualmente, a la Administración, resolver con plena eficacia, caso a caso, conforme al nivel de asistencia requerido y otras valoraciones jurídico-formales y sustanciales, la procedencia, improcedencia o diferimiento de la asistencia solicitada.

3. (Abuso de la posición dominante). Los macrodelitos económicos traducen inequívocamente un abuso de la posición dominante, un uso abusivo de los recursos de poder que se disponen. Para nosotros se expresa no sólo en el campo económico y político sino también y necesariamente en el ámbito de la especialización profesional.

El poder, ha escrito Max WEBER, es "la posibilidad de hacer prevalecer la propia voluntad aún contra la resistencia de los demás" <sup>28</sup>. El abuso de poder, expresa Klaus TIEDEMANN, radica en que una persona natural o jurídica, que por vías absolutamente legales ha alcanzado una situación prominente, jurídica o fáctica, utiliza ésta en una forma objetivamente abusiva <sup>29</sup>. La noción de "abuso de poder" se encuentra a su vez conectada con las variables que lo expresan.

Hemos dicho hace veinte años <sup>30</sup>, y más acabadamente en un trabajo posterior sobre la Ley Brasileña Nro. 9034 de Combate a la Delincuencia Organizada, que en los últimos años el interés prioritario de los criminólogos se centra en el estudio de una nueva categoría de análisis, que el Prof. VERSELE<sup>31</sup> denominó "cifras doradas" de criminalidad. Dicho publicista puso en evidencia que, aparte de la cifra negra de delincuentes "clásicos" que escapan a toda detección o conocimiento oficial, existe una cifra dorada de criminales que tienen el poder político y lo ejercen impunemente para su propio beneficio o el de una minoría, o que disponen de un poder económico que se desarrolla en detrimento del conjunto de la sociedad y los sitúa fuera del alcance del sistema penal. No pueden tener otro sentido las connivencias político-económicas, las colusiones político-financieras, sutiles peculados, colusiones disfrazadas y abusos reales que resultan favorecidos tanto por lagunas normativas más o menos deliberadas como por complacencias más o menos conscientes. En síntesis, existirían una serie de actividades socialmente nocivas y peligrosas que el poder político y la fortaleza económica, muchas veces aliados en combinaciones estructuradas y disfrazadas con enorme habilidad, protegen de toda detección y eventual sanción.

A nuestro juicio, a los poderes político y económico debe sumarse otro factor o filtro sistémico que puede incidir en forma autónoma y determinante en el mundo actual, para que muchas conductas gravemente nocivas a la sociedad no sean alcanzadas por el sistema penal. Esta nueva variable a considerar sería la especialización profesional cuya manifestación más relevante es el dominio funcional operativo de los medios tecnológicos, factor diferenciable del llamado "poder tecnológico", que no es sino una expansión subordinada del poder económico.

---

<sup>28</sup> WEBER, Max: "Wirtschaft und Gersellschaft", T. II, Tubinga, 1976, p. 531.

<sup>29</sup> TIEDEMANN, Klaus: "Poder Económico y Delito (Introducción al Derecho Penal Económico y de la Empresa)", Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1985, p. 57 y ss.

<sup>30</sup> CERVINI, Raúl: "Análisis Criminológico del Fenómeno del Delito Organizado", en Revista Doctrina Penal, Editorial Depalma, Buenos Aires, No. 40, octubre-diciembre 1987, p. 698 y ss. Específicamente en portugués: "Análise Criminológica do Fenômeno do Delito Organizado", en Ciência e Política Criminal em Honra de Heleno Fragoso, op. colectiva, organizador: Prof. Joao Marcello de Araujo Jr., Editora Forense, Río de Janeiro, 1992, p. 488.

<sup>31</sup> VERSELE, Servin Carlos: "Las Cifras Doradas de la Delincuencia", en Revista ILANUD AL DIA, Año 1, No. 1, San José, 1978, p. 21.

Los autores conocidos como pluralistas, decididos adversarios de la teoría de la elite, parecen avalar esta flexibilización de conceptos. Así, para Robert A. DAHL<sup>32</sup>, el poder, lejos de estar exclusivamente concentrado en aquellos que dominan la estructura política o económica, es una relación horizontal que se da entre las personas que lo ejercitan y las que lo sufren. En ese esquema relacional, los roles de quienes lo tienen y quienes no, aparecen como permanentemente cambiantes, ya que estamos ante el mero ejercicio de una actividad a la que todos tienen, en teoría, igual posibilidad de acceso<sup>33</sup>.

Se ha argumentado que la especialización profesional y, preferentemente el dominio operativo de los medios tecnológicos, se encuentran indisolublemente vinculados al poder económico. Esta aseveración indiscutible hace algunos años, merece hoy día muchas salvedades. Como hace notar el laboralista bahiano MARTINS CATHARINO<sup>34</sup>, salvo en las pequeñas empresas en que la dirección técnica y supervisión material suele ser ejercida directamente por sus dueños, se ha ido produciendo un proceso inverso que él llama de "dependencia técnica invertida", en virtud del cual, desde el punto de vista técnico-funcional, los empleados especializados pueden llegar a detentar la última palabra en los aspectos operativos en que intervienen<sup>35</sup>.

En forma creciente, los autores angloamericanos<sup>36</sup> emplean el término "*hecho penal profesional*" (occupational crime) poniendo el acento en la conexión existente entre el papel profesional y las nuevas modalidades de delincuencia no convencional nacional e internacional. En la misma orientación se señala que actualmente la nota característica del delito no convencional estriba en la especial manera de comisión (modus operandi) y en el objeto especialmente sofisticado de ese comportamiento y que esta fatal combinación de especialización criminal y progreso técnico ha puesto al derecho penal ante problemas totalmente nuevos<sup>37</sup>.

Estas categorías de análisis -aparentemente ajenas a nuestra realidad inmediata- distan por cierto de ser teóricas. Es un hecho reconocido que ciertos individuos y los sindicatos de delinquentes organizados se benefician de las condiciones económicas que favorecen sus actividades de lucro, en especial, en los mercados financiero y monetario. Es más, está probado en las más recientes investigaciones que estos mismos grupos inducen esas mismas condiciones económicas que les resultan favorables a través de

---

<sup>32</sup> DAHL, Robert A.: "Who Governs? Democracy and Power in American City", New Haven, London, 1961.

<sup>33</sup> Sin perjuicio de lo expuesto, y desde un punto de vista diferente, histórico-estructural, se observa que el delito, como fenómeno social, cambia constantemente de aspecto. Junto a unas determinadas formas de vida socio-económicas, política y cultural, surgidas en cada época, ha aparecido un tipo de delincuencia característica de ese período determinado que, al igual que esas formas de vida, ha ido cediendo al cambio de los tiempos y la cultura. La criminalidad moderna, de un modo general, se caracteriza por la urbanización, el carácter anónimo de las relaciones humanas, la falta de transparencia de las situaciones, el fracaso de los controles sociales e informales y, precisamente, por las grandes concentraciones de poder político y económico, la especialización profesional, el dominio tecnológico y niveles acentuados de estrategia y proyección global.

<sup>34</sup> CATHARINO, José Martins: "Compendio Universitario de Direito do Trabalho", Vol. I, San Pablo, 1972, p. 245.

<sup>35</sup> Estas consideraciones aumentan su vigencia si se proyectan sobre las nuevas realidades tecnológicas. Por un lado, como señala KELLERS ("Bankruptcy", Bruselas, 1974), el arrollador desarrollo del mercado informático ha dejado al alcance de los grupos delictivos o de individuos aislados con suficiente calificación, sistemas computarizados de última generación que hace pocos años sólo poseían los gobiernos o contadas corporaciones que funcionaban bajo rígidos controles operativos internos y públicos. Concomitantemente con ello hay que tener en cuenta que los actuales ordenadores, caracterizados por una notable concentración de información y funciones en los centros de cómputos, son especialmente vulnerables, ya que facilitan e incrementan por esas mismas especificaciones la posibilidad de realizar complejos actos de sabotaje y fraudes, para concretar los cuales alcanza con unas pocas personas suficientemente resueltas, calificadas y dotadas de un medio tecnológico idóneo.

<sup>36</sup> CLINARD, Marshall y QUINNEY, Richard: "Criminal Behavior Systems. A Typology", 2da. Edic., Holt, Rinehart y Winston, N. York, 1973, p. 56 y ss.

<sup>37</sup> THORWARD, Jürgen: "Crime and Science", New York, 1966, p. 77.

olas de hot money (flujos rápidos) que atraviesan las fronteras <sup>38</sup> mediante la retracción “virtual” de la oferta financiera o el manejo puntual de información privilegiada (Teoría de los “faroles en el póquer”).

Acontecimientos de hace tres lustros pusieron en evidencia macromanipulaciones financieras por las que a través de mercados de capitales totalmente computarizados un operador aparentemente aislado, y seguramente sin control, precipitó desde Singapur la caída de un banco inglés conmocionando la estabilidad financiera de otras muchas instituciones. Años más tarde hemos sido testigo de cómo otros especuladores internacionales movilizaron más de trescientos millones de dólares diarios atacando algunas monedas débiles. Es un hecho comprobable que el “dong” vietnamita, el “ringgit” de Malasia, el “bath” de Tailandia, la “rupia” indonesia y el “peso” filipino, fueron en su momento virtualmente sentenciados por especuladores internacionales que en el período inmediato anterior habían apostado crecientemente a contratos a término (futuros) de contenido y alcance por demás sugestivo y preocupante. Es decir, los datos se encuentran relativamente accesibles, basta interpretarlos en toda su potencialidad de daño como manifestaciones abusivas de variables del poder, lo que al parecer muchos no se encuentran dispuestos o en condiciones técnicas de enfrentar. Esto es macro o extra-victimización económica. También el llamado “Caso Argentina” es paradigmático, principalmente durante el período diciembre 2001 a marzo 2003. En ese contexto se deben inscribir las manipulaciones que siguen realizando algunos Brokers sobre los papeles de deuda pública de nuestra región, hecho reiteradamente denunciado y también suficientemente probado <sup>39</sup>.

El Profesor Bernard HELM ROGERS, ex Asesor Principal de Auditoría Federal ante la Comisión de Valores de Nueva York, en nota editorial aparecida en el número de julio de 2002 de la prestigiosa publicación East American Review, ha expresado con clara contundencia: “... *irrita la pasividad de la comunidad económica internacional y más concretamente la que de nuestra Comisión de Valores frente a agresiva especulación que hoy padecen los valores globales sudamericanos. En los hechos ninguna de esas naciones está en condiciones de contrarrestar eficazmente los manejos abusivos de los grandes traders de valores, los que irónicamente, con creciente frecuencia actúan como brazo operativo de las mismas Calificadoras de Riesgo País ...*”, “... *el impacto de apertura; las formas de oferta y contabilización grupal; los variados filtros de la oferta; las formas de compensación virtual entre operadores ocultos; la discontinuidad operativa programada; falta de transparencia de las transacciones y la propia realimentación sistémica del mercado, son mecanismos que aisladamente pueden aceptarse e incluso justificarse pero que actuando en conjunto operan como herramientas del abuso de la posición dominante idóneas para colocar a los valores soberanos globales y economía de muchos países a la deriva. Reflexionemos estimulados por las consecuencias: una jornada “movida” significa una ganancia terminal del 400% y un daño colateral de imprevisibles consecuencias.*” <sup>40</sup>.

El capitalismo del siglo XIX de la era industrial ha evolucionado hasta los actuales mercados de la era de la información que giran en torno a una suerte de “ciber-espacio financiero”, muy alejado de las realidades cotidianas, de las necesidades humanas y de toda estrategia actual de control. Esta suerte de globalización informático-financiera no proyectada, ni preventivamente advertida, pone de manifiesto en su versión más patética y descarnada la importancia de la especialización profesional como variable

---

<sup>38</sup> SIBARIN, Frank: “Mecanismos macro-económicos y Delincuencia Financiera”, ponencia al 2do. Encuentro de Consejos Consultivo y de Dirección del ICEPS, New York, diciembre 1994.

<sup>39</sup> Sobre el tema: VALO, Serge: “El abuso del factor especulativo”, Revista de Economía Social de México, No. 16, México, setiembre 2002, p. 30. También resultan ilustrativas las notas editoriales “Manejo con Bonos de Países de la Región en Estados Unidos” y “Bajas Provocadas” aparecidas en la Sección Económica del diario Últimas Noticias de Montevideo del viernes 12 de julio del 2002.

<sup>40</sup> HELM ROGERS, Bernard: “Inquietud y Reflexión- Tormentas especulativas”, en East American Review, Vol. VI, No. 12, Washington, julio 2002.

de abuso de poder, en este último caso inexorablemente unida al abuso del poder económico. La "teoría de los juegos" (VON NEUMANN), el "modelo del caos dinámico" (RUBIELS), el "modelo de compensación virtual" (LITCOT) o el reciente "modelo Green", normalmente conocido como "patear las mesas (de cambio)" demuestran que las reglas de la interacción puntual entre operadores especializados son en la sociedad actual tan fundamentales, o más, que las viejas reglas de mercado.

A efectos de dimensionar este riesgo, debe tenerse presente, por ejemplo, que más del 90% de los flujos financieros que provocan estos quebrantos son meramente especulativos. Los actores del mercado se han convertido en una nueva clase de "legisladores virtuales" sin patria, que controlan la capacidad de los gobiernos de aumentar, disminuir, gastar o prestar sus deudas mediante la inflación. No sólo socavan el manejo nacional de la macroeconomía, sino que también influyen en las opciones de la política educacional, ambiental, de seguridad social y de empleo, afectando tanto los ingresos como los valores y la cultura de los ciudadanos. Obvio decir que si pueden lograr estos efectos también están en condiciones de manipular ciertos mecanismos para lavar los activos originados en el Delito Organizado.

La teoría económica trata de los mercados y de las fallas del mercado pero no ha considerado hasta la fecha, con la necesaria profundidad, el tema de los "commons" (bienes de uso común) ni sus reglas de acceso y asignación, salvo si tales "commons" son susceptibles de apropiación. Hoy en día, la mayoría de los temas macro que atañen a las sociedades humanas (por consiguiente, los de mayor dañosidad potencial) involucran el manejo de bienes de uso común globales. La llamada "ruleta global" ha pasado a ser regida de la clásica competencia de mercado (ganar-perder) a una nueva forma de comunidad cibernética inherentemente expuesta a los potenciales desvíos de operadores normalmente fuera de control. La mayoría de los libros de texto todavía no enseñan cómo reconocer si un mercado se transforma en un "commons", ni hay tampoco acuerdo total respecto a cuáles son las formas más idóneas y efectivas de contrarrestar las facultades de sus operadores. Evidentemente ha surgido un nuevo "pie invisible" que presiona el acelerador del ciber-espacio financiero sin mayor control. Se pone énfasis en que estos especuladores profesionales, "actores reales" de nuestros tiempos, que pueden poner en peligro todo el sistema, actúan normalmente en función de su propio interés, en un campo mayoritariamente no reglado. Resulta sugestivo que ningún especialista manifieste que sea científicamente imposible establecer un control de esas actividades sino que, inexorablemente, se alude a la complejidad de tal tarea.

Ya en diciembre de 1994, durante el desarrollo en Nueva York de la 3era. Reunión Conjunta de los Consejos Consultivo y de Dirección del INTERNATIONAL CENTER OF ECONOMIC PENAL STUDIES (ICEPS), y en el transcurso de su exposición preliminar a la Sección de Trabajo N° III (Macrocriminalidad Económica y Riesgos Corporativos), el Prof. Saúl Larren BLOVICH expresaba con su acostumbrada clarividencia: *"Las nuevas expresiones de la criminalidad económica organizada se prevalecen de una gama de instrumentos y mecanismos operativos extremadamente complejos. Esa tecnificación de recursos empleada por ciertos actores especulativos de los mercados dificulta al máximo los procesos de interpretación, captación y prevención de sus actos, los que normalmente por su complejidad y naturaleza expansiva implican un incremento de la vulnerabilidad del sistema precisamente frente a los casos de mayor dañosidad social"*<sup>41</sup>. El mismo expositor reconoce que una malla fluida y transparente de información entre todos los operadores puede frenar ciertos excesos. La casi unanimidad de los estudiosos del tema coinciden en que la virtual discrecionalidad de los operadores se debe resolver en términos de oportunidad y eficiencia del control (público y privado) dentro de un marco de libertad. Precisamente, el fino equilibrio de las variables del control -tanto en el plano nacional como internacional- es también un tema de nuestros tiempos.

---

<sup>41</sup> Anales de la 3er. Reunión Conjunta de Consejos de Dirección y Consultivo del INTERNATIONAL CENTER OF ECONOMIC PENAL STUDIES, Secc. III, Macrodelincuencia Económica y Riesgos Corporativos, vers. mim. p. 61.

Por consiguiente, resulta imprescindible resaltar la importancia de esta nueva forma horizontal de poder expresada en la especialización profesional y el dominio funcional de los medios tecnológicos. Este factor, en muchos casos, puede operar como filtro del sistema en forma independiente al poder económico y al poder político, así como en otras oportunidades se constata su funcionamiento simultáneo o subordinado con alguna de las otras variables de poder, siempre operando como instrumentos de un mismo proceso de selección. A través del juego muchas veces combinado de estos factores de poder (económico, político y especialización profesional), se filtran del sistema penal hechos gravemente perjudiciales para la comunidad nacional e internacional que no son incriminados por las normas penales y otros comportamientos teóricamente susceptibles de penalización que no son generalmente perseguidos jurídicamente, o por lo menos no lo son con la eficacia que la comunidad aspira.

4. (Apariencia de legalidad y Networks Ilícitos). Los macrodelitos económicos del Delito Organizado se producen en forma que exteriormente tienen la apariencia de una legalidad absoluta y esta característica se conecta directamente con una variable de abuso de poder ya descripta: la especialización profesional a la que otorgamos creciente importancia. También se conecta con el funcionamiento de ciertos "*standard de fiabilidad ilícita*" que otorgan los llamados "networks ilícitos". Por otra parte, la propia existencia y viabilidad de estos conductos de apoyo, comunicación, asesoramiento e intercambios, denuncia la coordinación de actividades a nivel global del actual Crimen Organizado (la red) <sup>42</sup>.

Toda organización criminal desarrollada, principalmente si se dedica a macrodelitos económicos, además de procurar una planificación estratégica y táctica, un modo de actuar racional y cierto nivel de distribución de roles, pretende establecer dependencias recíprocas estrechas entre las actividades ilegales y legales. Más aún, tiene imperiosamente que participar en algún nicho del mercado legal para tener así una "segunda pierna" de apoyo o "cobertura táctica" para poder encubrir y ocultar sus negocios ilícitos y, fundamentalmente, para obtener grandes beneficios operando en la zona gris de la economía. A efectos de viabilizar e incluso legitimar parte de sus actividades resulta imprescindible esa telaraña de protectores y patrocinantes en las esferas de la policía, justicia, política y economía, los que forman una fundamental zona intermedia en torno al grupo delictivo sin la cual estas organizaciones perderían su capacidad de adaptación y de integración dentro de ciertos marcos a las actividades legales. Esto nos lleva a tratar sucintamente un subproducto funcional de la estrategia global: los llamados "**networks ilícitos**" <sup>43</sup>.

Debe tenerse presente ante todo que las transacciones ilícitas por su misma naturaleza se desarrollan en circunstancias que excluyen una de las características fundamentales de los modernos mercados capitalistas: la impersonalidad de los intercambios. Es indiscutible que el delito organizado funciona como un gran holding de vínculos individualizables.

Por eso, para el delito organizado transnacional resulta mucho más económico y seguro confiar en determinados canales privilegiados de comunicación e intercambio, capaces de garantizar un cierto "standard de fiabilidad ilícita" para todos los miembros del circuito clandestino.

---

<sup>42</sup> Sobre las características generales del fenómeno del Delito Organizado y su enfoque analítico, ver: GOMES, Luiz Flavio y CERVINI, Raúl: "Crime Organizado. Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal", Editora Revista Dos Tribunais, Segunda Edición, San Pablo, mayo 1997, p. 246 y ss.

<sup>43</sup> CERVINI, Raúl: Sobre el tema: "Los Procesos de Lavado de Dinero y el funcionamiento de los Networks Ilícitos" en Revista de Ciencias Penales N° 5, Año 2000, Fundación Cuadernos de la Cátedra, Editorial Mave, Corrientes, Mayo 2000; "I Processi di Riciclaggio di Denaro e Network Illeciti. Approssimazione Metodologica e sue Conseguenze"- en Prospettive di Diritto Penale- Vol II, N. 3, Editorial Ufficio, Milan, junio 2001, e "Illicit Networks. Unlawful Professional Practices in Organized Crimes" en Law Contents, Volume 29, Number 6, ALBA Sons, New York, November-December 2001, p. 45 y ss.

Estos canales son los mencionados "networks ilícitos" y pueden ser categorizados como una forma de relación intermedia entre un clan y una burocracia en condiciones de combinar los rasgos típicos, tanto de las organizaciones formales como de los grupos primarios "cara a cara" <sup>(44)</sup>.

El miembro de un grupo mafioso o de un grupo especulativo ilícito, puede confiar hoy en una trama de "puntos" de solidaridad y protección de extensión geográfica multinacional y multicultural, dotada de una cualidad de confiable permanencia y de estandarizaciones típicas de la burocracia, así como de la elasticidad y la fiabilidad características del grupo informal. En el interior de este retículo pueden circular bienes, servicios, prestaciones y contraprestaciones de naturaleza ilícita a costos y riesgos relativamente bajos; la misma participación en la network es garantía de la "seriedad" y "profesionalidad" de los participantes.

Los emprendimientos ilícitos referidos a tráfico de piedras preciosas, armas, drogas, seres humanos e incluso ciertas actividades del terrorismo, se encuentran funcional-operativamente vinculados por este particular sistema de "mecanismos de arbitraje ilícito". Nada más eficiente y funcional que arbitrar drogas con armas, personas secuestradas por permisos de tránsito en ciertas "zonas liberadas". Estos acuerdos arbitrales se caracterizan por su extrema velocidad, ahorro de costos, minimización de riesgos, etc.

El uso de las "networks ilícitas" confieren a la actividad de los operadores ilegales una dosis suplementaria de mimetización, debido a la tendencia de los primeros a sumergirse, a su vez, dentro de sistemas mucho más amplios de relaciones de tipo reticular que pueden corresponderse a variados factores <sup>45</sup>.

5. (La sobredimensión del daño). El análisis de la "amenaza" implica el estudio y evaluación de lo que la macrodelincuencia económica cuesta a la colectividad, directa o indirectamente. La estimación de esos costos conduce a la identificación de aquellas operativas que encierran mayor grado de dañosidad material y social potencial.

Esta variable de análisis clínico está directamente vinculada con la anteriormente analizada. El abuso de la posición dominante se traduce en daño. Pero este daño trasciende las hipótesis delictivas del ciberespacio financiero y bursátil ya que existen otros muchos campos de vulnerabilidad. Así, por ejemplo, el negocio de los estupefacientes en su conjunto representa anualmente más de un cuatrillón de dólares. Sólo en los Estados Unidos 850.000 millones de dólares, o sea, una suma decenas de veces superior a la deuda externa con intereses de varios países de la región. <sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> CERVINI, Raúl: "Lavado de Dinero", ponencia al 3er. Curso Internacional de Ciencias Criminales Integradas, Univ. del Estado de Florida, vers. mim. Miami, 1991.

<sup>45</sup> Es, por ejemplo, el caso de las "diásporas migratorias" ejemplificadas en los grupos mafiosos sicilianos empeñados a nivel mundial en el comercio internacional de la heroína. El retículo de referencia está formado por las relaciones entre el vasto número de comunidades de emigrantes de Italia del Sur, establecidas en Europa, América y Australia, entre principios de siglo y la década de los años setenta. El hecho de que las networks criminales no representen, en este caso, más que una parte numérica despreciable de individuos entre más de 10 millones de expatriados, no hace más que contribuir a acrecentar el nivel del secreto, la diversificación y la escalada de intercambios ilícitos. En un esquema de actuación más reducido también puede mencionarse el caso de la mafia italiana de Nueva York que controla, desde hace varias décadas, entre otros, los negocios de la construcción, basura y del pescado dentro de ese Estado, canalizando el producto de sus actividades a través de similares vías. Por su parte, los networks de poder se concretan en las relaciones entre los miembros asociados voluntarios con objetivos declarados de naturaleza muy diversa y aparentemente legal (asistencia profesional, intercambio de conocimientos y contactos, beneficencia, lobbying, promoción de valores culturales y religiosos, etc.), pero que acentúan el carácter reservado y semisecreto de sus actividades y la propia identidad de los mismos inscritos.

<sup>46</sup> Departamento de Justicia de EEUU. "Análisis de riesgo de la delincuencia organizada", Doc. ICEPS- CBH 345/08, mayo 2008. Nueva York .

Esta realidad económica obliga a los Estados a implementar mecanismos de supervisión del sistema financiero y mercados de valores. En esta materia se observa que las agencias de control formal han pasado a ocupar una posición en cierto modo subsidiaria. El mayor costo operativo directo lo sufren las corporaciones financieras que tienen, entre otras, la carga de controlar la procedencia legítima de los fondos que reciben. Estrictamente los costos trascienden el de esas complejas certificaciones y comprobaciones que imponen las políticas activas de conocimiento del cliente y monitoreo y terminan afectando opciones comerciales válidas y legítimas expectativas de muchos sectores de la actividad financiera lícita. Pensamos que en muchos casos las directivas de vigilancia y verificación impuestas a las instituciones no son las más adecuadas pues operan sobre standards (por ejemplo: control de transferencias o depósitos superiores a ciertos montos) pudiendo hacerlo por excepción, si se aplicara una metodología idónea, como la que sugeriremos al tratar el análisis tomográfico de los mecanismos económicos.

Por cierto que en otros campos de la actividad delictiva no convencional, las cifras no son menos alarmantes ni el daño corporativo menos grave. Dejando de lado las categorías del tráfico de armas, tráfico de seres humanos para fines de prostitución, comercio de órganos y trabajo esclavo, saltan a la vista los daños atribuidos a los abusos relevantes del funcionamiento del mercado financiero, de valores y de cambios, los delitos contra la propiedad industrial e intelectual, la falsificación de moneda y títulos de deuda pública, fraudes contra las tarjetas de créditos, traveller-checks y las múltiples variedades de manipulaciones informáticas.

Lo cierto es que, pese al voluminoso daño patrimonial que causan todas estas conductas -en algunos países teóricamente susceptibles de penalización- la mayor parte de sus autores, por el juego sucesivo de las variables de poder ya apuntadas, especialmente en función de la especialización profesional y el dominio operativo de los medios tecnológicos, se sitúan fuera del alcance del sistema penal y pocas veces son vistos ante los Tribunales.

6. (Mutabilidad). Las desviaciones macroeconómicas se expresan de una forma sumamente dinámica y variada. Esta nota, a la que BENJAMIN con gran acierto denomina "mutabilidad" debe verse como algo natural en el marco de los fenómenos económicos y representa a la vez una dificultad y un desafío a la hora de emprender esfuerzos de lege ferenda. Cuando el legislador corre a regular la realidad económica, ésta ya no se encuentra en el ser en que pretendía regularla. Ocurre que los propios mecanismos económicos sufren permanentemente cambios en su estructura y función. Sólo a través de su conocimiento profundo el legislador puede acompañar la realidad económica y prevenir las posibles mutaciones de sus mecanismos. Naturalmente que si se legisla atendiendo exclusivamente a los síntomas, nunca se llegará a tipificar adecuadamente. Sobre este delicado tema volveremos especialmente al plantear nuestras consideraciones finales.

7. (Carácter difuso de la víctima). Finalmente, también parece preciso recordar que en gran parte de estos macodelitos económicos la víctima tiene carácter múltiple, anónimo e incontrolable, y esto se da precisamente en épocas y sistemas económicos que se singularizan por la existencia de un gran número de administradores fiduciarios y gerenciales de bienes ajenos con amplias posibilidades de hacer mal uso de la confianza que en ellos se deposita.

El señalado carácter múltiple e indeterminado de las víctimas surge con toda evidencia del análisis de la agresividad de estas formas de delincuencia no convencional. La víctima individual puede sufrir un daño relativamente menor pero el mismo se ve multiplicado y potenciado por el enorme número de personas eventualmente alcanzadas y esto dificulta naturalmente la represión. La multiplicación de las pérdidas unitarias de innumerables inversionistas inmobiliarios estafados o de simples consumidores defraudados con un producto, nos permitiría calibrar la inmensa dañosidad social derivada de la referida multiplicidad e indeterminación de víctimas.



Pero también es muy importante señalar que las víctimas de los más grandes fraudes financieros o bursátiles suelen ser víctimas anónimas, por lo menos para los autores de la conducta delictiva. Normalmente no existen relaciones interpersonales entre el estafado y el operador victimario, no existe el "cara a cara". El que opera en el mercado ilícitamente no ve la persona a la cual le va a producir el daño y ello facilita naturalmente su tarea. No hay una violencia directa, el tránsito del delito es básicamente intelectual, apoyado en un conocimiento especializado y una astuta maquinación. En tal sentido, la violencia se vuelve meramente instrumental, sin control humano, lo que facilita naturalmente el paso al acto, propiciando la conducta desviada. El distanciamiento material con la víctima y la naturaleza mediática de los instrumentos empleados para la consumación del hecho, llevan a que en algunos casos el operador victimario inclusive no se perciba a sí mismo como un delincuente.

En cierto modo, estas víctimas inocentes se ven -por parte de algunos operadores inescrupulosos- como un hecho natural, "*una constante operativa*" en el mundo de los negocios, nos dice el publicista peruano BALLESTEROS JARAMILLO<sup>47</sup>.

8. (Impunidad). Finalmente, otra de las características definitorias de estas formas de extracriminalidad se encuentra en la natural impunidad de sus autores. Este tipo de conductas, si habiéndose superado el primer nivel de selección abstracta normativa se han logrado tipificar, aparecerán condenadas normalmente a quedar como simple letra muerta debido a defectos técnicos en la formulación de los tipos. En todo caso, siempre estarán prontos a operar los filtros funcionales (disfunciones) de los diferentes segmentos operativos del sistema penal. Pero es de remarcar que la "eficacia" de estos filtros se incrementa sustancialmente si el legislador arranca desconociendo la trama real del fenómeno que pretende regular.

## **& 5. Análisis tomográfico de los mecanismos económicos**

1. (Concepto). Hemos señalado que la otra metodología posible para el análisis de la macrodelincuencia económica, a nuestro juicio complementaria, se proyecta desde la intimidad funcional de los mecanismos económicos hacia los niveles abusivos del poder. Agudamente se ha preguntado TIEDEMANN ¿cuándo puede considerarse que el alza de los precios excede los límites de lo éticamente lícito?<sup>48</sup>. Nosotros agregaríamos ¿cuándo puede decirse que excede los límites de lo éticamente lícito y económicamente abusivo? La interrogante central está en ¿cuándo se está ante una conducta objetivamente abusiva? ¿Cuándo ese abuso adquiere relevancia penal? Para responder a estas preguntas se requiere una postura metodológica diferente.

Este segundo método procura responder esos cuestionamientos básicos desde las entrañas de los mecanismos involucrados. Presupone una penetración gradual en el fenómeno económico, desde sus instancias macro a manifestaciones micro, a través del análisis científico de sus mecanismos. El método concreto de análisis de los mecanismos puede variar sustancialmente de acuerdo a la particular dinámica y características del sector de actividad estudiado, pero no así el esquema básico de trabajo. Este se basa, en todos los casos, en un análisis comparativo de la trama de relaciones de los mecanismos económicos involucrados. Funciona como un tomógrafo médico que por medio de sucesivas fotos va siguiendo el proceso hasta detectar la desviación por comparación. No estamos sosteniendo que todos los fenómenos de macrodelincuencia económica sean aprehensibles por este procedimiento pero sin duda lo son su mayoría.

---

<sup>47</sup>. BALLESTEROS JARAMILLO, Américo: "La Delincuencia de los Negocios" en Revista Bancaria Internacional, Vol. I, Nro. 3, Lima, 1991, p. 32.

<sup>48</sup> TIEDEMANN, Klaus: "Poder Económico y Delito ...", op. cit. , p. 58.

2. (Procedimiento esquemático). Con esta salvedad podemos decir que, en términos generales y esquemáticos, podría sintetizarse el método de trabajo básico de la siguiente manera:

- El primer paso sería visualizar el conjunto de variables macroeconómicas que componen los diferentes nichos o sectores de la actividad económica del país analizado.
- Cumplida esa etapa, procede definir con mucha precisión, en una segunda instancia, el nicho, cancha o "layer" a analizar (por ejemplo: sector específico de la actividad de intermediación financiera, industria de la vestimenta, mercado de cambios, etc.).
- Seguidamente (tercera etapa) se define cada "jugador" (empresa) que integra la rama o nicho de la economía.
- La cuarta y fundamental instancia consiste en analizar las relaciones de esos mismos "jugadores", tomando en cuenta sus variables standard y la racionalidad de comportamiento, por ejemplo: las relaciones entre insumos y productos, es decir, de dónde vienen los insumos y a dónde van los productos.

3. (Análisis de casos concretos). Por ejemplo, si se constata que toda -o la mayor parte- de una industria contrata los insumos a un solo proveedor, se puede científicamente asegurar que toda la industria está controlada por un solo "jugador". Este procedimiento de análisis permitirá definir el nivel de uso normal, atípico o abusivo del poder e implementar los correctivos técnicos y legales del caso.

Otro caso, si se analiza con el mismo procedimiento el manejo de los commodities de frutas y verduras, sector de actividad de impresionantes dimensiones, los resultados podrán resultar igualmente clarificadores. En este nicho del mercado la producción se encuentra normalmente atomizada y se suele abonar en efectivo. Si se constata que esa producción es comprada por un solo intermediario o acopiador, habrá que analizar pormenorizadamente las causas y connotaciones de esta operación. Por ejemplo, ¿qué hace ese acopiador con la producción? Si nos encontramos con que la exporta a una empresa controlada por el mismo grupo, este nuevo dato constituye otro llamador o indicio de la existencia de un abuso de los mecanismos económicos que debe reglarse. Pero también debe observarse que en el otro conjunto económico-país (importador), el mismo método desnuda que los insumos son de un mismo proveedor, por lo que esa situación será de por sí extraordinaria y digna de cuidado en esta otra economía y ello no solo por sus connotaciones fiscales, sino incluso como indicativos de otras situaciones más graves (por ejemplo: lavado de dinero). Esto se complica mucho más cuando se opera a través de sociedades puente fincadas en terceros países. La utilización de las mencionadas sociedades dificulta el seguimiento de las relaciones entre insumos y productos pero no la imposibilita totalmente. En este caso, deberemos pasar al estudio de dicho entramado societario a efectos de desterrar su posible uso desviado. El procedimiento incluirá sucesivos análisis, de tipo legal-estatutario, del paquete accionario, de las personas que la manejan, procedencia de los insumos y destinos del producto de las referidas sociedades puente, etc. Este esquema de trabajo puede incluir similares chequeos de otras terceras sociedades sedadas en otros tantos países. Todo muy complejo pero decididamente no imposible <sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> En torno al publicitado "caso Collor", hemos tenido oportunidad de aplicar una metodología similar en el estudio de la regularidad jurídica de la mal llamada "Operación Uruguay" en opinión legal realizada a pedido del Ministro Evandro Lins e Silva. Dicha consulta apareció publicada bajo el nombre "Operación Uruguay - Análisis de la regularidad jurídica y eficacia de su soporte documental" en A OAB e o Impeachment, Edición del Conselho Federal da OAB, Brasília, DF, abril 1993.

En mayo de 1990 se publicó en EE.UU. un informe sobre las conexiones entre los sindicatos criminales y la industria de la construcción en el Estado de Nueva York <sup>50</sup>. Las implicaciones de grandes sectores de esa industria con la criminalidad organizada surgieron, en lo medular, de testimonios ante la Comisión Investigadora y las Cortes. Se puede decir que a través de un análisis minucioso de los mecanismos económicos involucrados en la industria de la construcción (relaciones entre insumos y productos) se podría haber llegado, incluso con mayor certeza y rigor, a las mismas conclusiones. Este nicho de actividad se caracteriza por la necesaria confluencia de diversas actividades industriales colaterales (fabricantes de hormigón, acero, mamposterías, etc.) y laborales (operarios de estructuras, albañiles, finalistas, sanitarios, etc.) que deben coordinarse en un rígido calendario de obras. Cada fase de la construcción depende del resultado de la anterior y una alteración en el calendario de esas grandes obras puede anular la rentabilidad del proyecto. El delito organizado controla muchas industrias colaterales de la construcción (suministro de acero) y los propios sindicatos laborales. Esto hace que la industria de la construcción en el Estado de Nueva York sea particularmente susceptible a la extorsión o, simplemente, se encuentre mayoritariamente controlada por el delito organizado que tiene con su "influencia" la posibilidad de evitar atrasos en el calendario de obras.

Si conocemos adecuadamente las características y función de un contrato de comisiones bancarias podremos distinguir con certeza un contrato de comisiones real de un simple "frontig" bancario. Si el banco no exige intereses a la parte deudora y el pretendido acreedor tampoco lo hace, se pone en evidencia que estamos ante un "auto préstamo", indicativo de una evasión tributaria o aún más grave, de una operación de lavado.

Esta metodología puede ser empleada con muy buenos resultados -dentro de las limitaciones naturales que impone la particular estructura de cada mecanismo investigado- en otros múltiples casos, incluso tratándose de delitos económicos complejos convencionales o manifestaciones de criminalidad de y hacia la empresa. Así, pueden delinearse con extremo rigor a partir de la observación técnica de sus mecanismos superiores, fuera de toda duda las hipótesis de blanqueo de dinero y en la mayoría de los delitos contra el sistema financiero y cambiario, delitos fiscales, grandes estafas, delitos contra el trabajo y la seguridad social, delitos contra la libre competencia y contra el consumidor, e incluso para los crímenes informáticos y manejos abusivos del mercado de valores.

4. (El caso del lavado de activos originados en el terrorismo internacional). El mismo recurso metodológico puede resultar igualmente pertinente al momento de analizar la "trazabilidad", o sea el seguimiento financiero de los fondos vinculados al terrorismo internacional. Al respecto corresponde precisar que se alude a "trazabilidad de fondos" en un doble sentido, tanto a la posibilidad técnica de delinear el origen como el destino o aplicación final de fondos considerados críticos <sup>51</sup>. Precisamente, el procedimiento propuesto es totalmente aplicable en instancias de individualización técnica y aprehensión jurídica de estos activos <sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> NEW YORK STATE ORGANIZED CRIME TASK FORCE. Corruption and Racketeering in the New York City Construction Industry, New York, London, 1990.

<sup>51</sup> BLOVICH, Saul y CERVINI, Raúl: "Trazabilidad financiera del terrorismo internacional", Ponencia conjunta ante la XXXI Junta Interamericana de Calificación Bancaria, Doc. ICEPS/ JICAB- C 76/03, Nueva York, diciembre 2003.

<sup>52</sup> *Idibidem*, p. 23 y ss. "...En el caso del terrorismo, las variables de trabajo derivadas del análisis clínico, a saber: abuso de la posición dominante, funcionamiento de networks ilícitos, mutabilidad, transnacionalidad, etc., necesitan ser complementadas por un análisis confluyente realizado desde los propios mecanismos financieros utilizados. Pensemos por ejemplo en el caso de la Triple Frontera (Argentina, Brasil, Paraguay) donde conviven y mezclan activos originados en el contrabando, narcotráfico, tráfico de armas y terrorismo internacional. Más claro aún resulta el ejemplo de la llamada "frontera del narco-terrorismo" donde se confunden las ciudades de Tabatinga (Amazonia de Brasil) y Leticia (capital del Departamento de Amazonas Colombiana). Dentro de esa zona los activos y prestaciones (apoyos) de las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia) se mezclan e intercambian

## **& 6. Sobre la trascendencia del criterio metodológico.**

1. (Complementariedad metodológica). Hemos dicho y reiterado que las dos metodologías de apreciación de la macrodelincuencia económica a las que hemos llamado análisis clínico-sintomatológico de la macrocriminalidad económica y análisis tomográfico de los mecanismos económicos no son de modo alguno contrapuestas, sino sustancialmente complementarias y confluyentes por representar perspectivas diferentes de una misma realidad estructural, analizada sucesivamente desde sus síntomas sociales y desde la intimidad de los propios mecanismos económicos, cuyo uso abusivo se manifiesta en las precitadas notas o síntomas.

El primer método, necesariamente atemperado por una perspectiva estructural, sirve fundamentalmente para definir la existencia del fenómeno y evaluar críticamente las disfunciones del control formal en todos sus aspectos (legislativo, administrativo y judicial). El segundo, aparece como extremadamente idóneo para detectar científicamente en forma preventiva el posible ejercicio abusivo de los mecanismos o resortes superiores de la economía. Esta alternativa permite superar la particular mutabilidad, apariencia de legalidad absoluta, falta de transparencia, el carácter múltiple, anónimo e incontrolable de las víctimas y la eventual transnacionalización de las actividades involucradas en los casos de macrodelincuencia económica. Posibilita un acotamiento racional y efectivo de los márgenes de invulnerabilidad que desde la perspectiva tradicional caracterizan a estas formas de extradelinquencia. Adicionalmente, esta metodología, que desnuda las desviaciones económicas desde su gestación, viabiliza un control por excepción y no por standard, lo que resulta especialmente apropiado tratándose de hechos que frecuentemente tienen proyección penal.

---

recíprocamente con los activos e insumos del narcotráfico colombiano y brasileño. Los Servicios de Inteligencia del SIVAN (Sistema de Vigilancia de Amazonia) han denunciado que sobre la “Avenida de la Amistad” que separa ambas ciudades gemelas, se encuentran instalados Escritorios de Servicios Profesionales a los cuales concurren tanto representantes del traficante Fernandino Beira-Mar (preso por el ejército de Colombia en abril de 2001) como el mismo Jorge Briceño, jefe militar de las FARC conocido como “Mono Jojoy”. En principio se tiene la sensación de que grupos traficantes y terroristas persiguen fines muy diferentes, no obstante -al menos a corto / mediano plazo y con independencia del uso de la violencia e intimidación- ambos grupos delictivos tienen muchas necesidades comunes. Entre ellas: esconder y mezclar sus ingresos ilegítimos con activos de origen legítimo, cobertura profesional y operativa internacional, proveerse de insumos críticos (lícitos e ilícitos) en las mejores condiciones del mercado y también compartir -a diverso nivel- estructuras de connivencia y corrupción pública. Estos insumos y otros más son cubiertos por redes profesionales de intercambio y servicios. Esos mismos Networks Ilícitos trasladan y/o compensan armas y drogas a nivel nacional e internacional. A nivel de cobertura financiera formal esos cuerpos profesionales planifican estrategias comunes de lavado, cruzan sus ejércitos de testaferros confiables disponibles en determinados paraísos fiscales e incluso ofrecen a sus clientes opciones de coparticipación en inversiones de corto plazo (por ejemplo: financiar una operación de tráfico de diversos insumos, mano de obra esclava u órganos humanos) o inversiones llamadas “planas” de bajo perfil y largo plazo (inyecciones de capital en industrias tradicionales alicaídas), con posibilidades de rescate diferencial de conformidad a la naturaleza de sus fines específicos. Frente a la evidencia de estas complejas coberturas formales se impone la necesidad de recurrir a un análisis de tipo tomográfico para desentrañar tal maraña financiera. En términos generales los mecanismos económico-financieros responden a expectativas y motivaciones estandarizadas de los actores del mercado. Las motivaciones de un inversor común pueden ser muy diversas, estarán en el lucro, el deseo de diversificar opciones, la idea de protegerse de la inestabilidad general de los mercados, etc. Las motivaciones prevalentes de los grupos terroristas sin duda alguna son otras. Por ello, cuando estos grupos incursionan en el mundo financiero, sus acciones se muestran con apartamientos significativos y singularidades técnicamente incompatibles con el uso normal de los mismos mecanismos. La ingeniería financiera puede adoptar variadas formas, pero, en todos los casos, procurará combinar racionalmente instrumentos de inversión y financiación respetando ciertas reglas operativas básicas de los instrumentos involucrados. Pues bien, cuando se trata de inversiones ligadas al terrorismo, los nuevos instrumentos financieros, como son los contratos a plazo (forward contract), contratos financieros de futuros (futures), permutas financieras (swaps) y opciones (options), se resolverán soslayando o desvirtuando las expectativas de resultados que brindan operaciones corrientes realizadas a través de esos mismos instrumentos. En tales casos, los programas de retorno, la exposición económica y los niveles de tolerancia al riesgo, etc., que esos actores se muestren dispuestos a soportar se caracterizarán por una aparente irracionalidad e incoherencia de comportamiento, denotativas de que las operaciones analizadas involucran dineros de origen crítico...”.

2. (Trascendencia en la técnica de tipificación). Pero además y principalmente la aproximación a la macrodelincuencia económica a través del análisis dinámico de sus mecanismos superiores, permite extraer otras valiosas conclusiones referidas, en este caso, a la técnica de tipificación de estos fenómenos. Si éstos se conocen en su detalle, se pueden aprehender normativamente, de modo que la estructura típica siga estrictamente la estructura funcional que se pretende reprimir.

Ya en la década del '80 algunos autores señalaban que la macro o extracriminalidad económica ponía en evidencia lo obsoleto del Derecho Penal tradicional pensado en términos de microcriminalidad <sup>53</sup>. Actualmente, en esa misma línea, autores de indiscutida jerarquía como SILVA SANCHEZ, tomando en cuenta las necesidades socio-culturales y políticas de la globalización, han pensado que la criminalización eficaz de las conductas de extracriminalidad debe realizarse en las sociedades post industriales a través de un "derecho sustantivo diferenciado", de "doble" o "triple velocidad" <sup>54</sup>, cuya eficacia, a nuestro juicio, implica o conlleva -inexorablemente- en el sacrificio o necesario acotamiento de algunos de aquellos Principios Dogmáticos que la inspiración y el esfuerzo de muchos fue definiendo a lo largo de la historia como ejes medulares de un Derecho Penal con vocación garantizadora.

Bajo esta perspectiva frecuentemente se piensa, por ejemplo, que los tipos penales de los macrodelitos económicos, entre ellos los atribuidos al crimen organizado, se deben estructurar sorteando el principio de legalidad mediante mecanismos de tipo abiertos que deben ser cerrados por los jueces, creando tipos de peligro abstracto (con los que se entroniza la mera desobediencia como ilícita), mediante fórmulas omisivas, con similares inconvenientes o, lo que es peor, mediante las fórmulas legales de tendencia, como el inabarcable tipo de la "Conspiración" que ostenta la actual legislación norteamericana <sup>55</sup>.

Se suele afirmar también que el combate a este tipo de delitos conlleva necesariamente una progresiva aminoración del principio de culpabilidad, debiéndose punir por la mera realización del acto, en base a una presunción o simplemente por hecho ajeno, sosteniendo la existencia de formas de analogía intratípica. Finalmente, entre otras sugerencias, se plantea que la observación del mismo fenómeno justifica incluso reabrir la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como se ve actualmente en diversos países europeos y en el propio Brasil.

3. Nosotros descartamos por principio asertos tan categóricos. No es admisible que para contemplar lo adjetivo (dificultades probatorias) se termine por trastocar lo sustantivo (principios del dogma). Entendemos en fin, que el Derecho Penal no debe ni puede hacerse cargo de esas dificultades probatorias, principalmente teniendo en cuenta que éstas pueden ser normalmente superadas mediante una tipificación adecuada a un conocimiento también adecuado de los mecanismos económicos involucrados. En caso de optarse finalmente por el criterio de criminalizar manifestaciones de macrodelincuencia económica organizada, esta tarea deberá y podrá intentarse -en la mayor parte de los casos- sin violar esos principios básicos del Derecho Penal. Para ello, es imprescindible que el

---

<sup>53</sup> En ese sentido resulta muy ilustrativo: SILVA, Juari C: "A Macrocriminalidade", Editora Revista Dos Tribunais, San Pablo 1980, principalmente en su Capítulo II "A Obsolescencia Do Mecanismo De Repressao Ao Crime", p. 18 y ss.

<sup>54</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús María: "La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales", 2da Edición Revisada y Ampliada, Civitas, Madrid, 2001.

<sup>55</sup> El delito de "Conspiracy" fue introducido en la Sección No. 1962 (d) de la Normativa RICO vigente como Título IX del OCCA Act desde el 15.10.70. En un solo proceso penal se denuncian y sentencian todas las actividades delictivas directa e indirectamente cometidas por una organización criminal y los actos de apoyo de sus consejeros y asistentes. Los requisitos del tipo son: debe tratarse de una organización criminal y debe además estar comprobada la comisión de dos actos ilícitos por miembros de esta organización. El primero de ellos cometida con posterioridad a 1970 y el segundo diez años más tarde que el primero. Este tipo presenta sugestivos puntos de contacto con la figura de "Conspirazione política mediante accordo" incorporada en el artículo 304 del Código Penal Italiano.

trabajo se emprenda con suma prudencia y fina técnica legislativa, ya que en un sistema democrático y liberal deben existir férreos límites al jus puniendi del Estado a la luz de los principios de legalidad y culpabilidad. Estos principios, nos recuerda Sergio MOCCIA, aparecen como irrenunciables cualquiera sea la forma de delincuencia que se pretenda combatir. Ninguna estrategia legal contra la macrodelincuencia será justificada si es una salida de corte meramente emergencial que pone en entredicho la seguridad jurídica<sup>56</sup>.

La tarea de elaborar leyes realmente útiles en materia de delincuencia organizada, particularmente en el campo de la macrodelincuencia económico-financiera, puede compararse a una operación de microcirugía donde se impone un mínimo de actividad con el instrumento más preciso. Ocurre que lamentablemente la misión de legislar en estas ramas tan delicadas se emprende siempre en forma apresurada, respondiendo a reclamos populares frente a hechos puntuales o presiones internacionales. Asimismo, ese cometido se suele dejar en manos de personas sin la suficiente especialización que se atienden exclusivamente a los síntomas del fenómeno sin comprender el funcionamiento de los mecanismos involucrados. En el ámbito uruguayo resulta de toda evidencia la necesidad de modernizar el régimen penal de las sociedades anónimas. No es concebible que las posibles desviaciones punibles que acontecen en las sociedades actuales sean calibradas a la luz de una ley eminentemente mercantilista, elaborada en 1893 (Ley No. 2.230). Por otra parte es universalmente reconocido que esta norma, inspirada en la ley francesa de 1867, de las cuatro posibles etapas de la vida societaria que contemplaba la legislación gala: etapa de proceso fundacional, etapa de gestión, etapa concursal y etapa liquidatoria, sólo tomó en cuenta las dos últimas, y ello usando tipos penales absolutamente abiertos<sup>57</sup>. Igualmente hemos puesto de manifiesto hace muchos años la imperiosa redefinición dogmática del delito de quiebra, que tal como está legislado actualmente, resulta sustancialmente inaplicable y desfasado con la sistemática ya no de la ley penal sino del propio Código de Comercio. Creemos que en estos casos la ley debe modernizarse en base a dos categorías, delitos de quiebra y delitos en la quiebra<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> MOCCIA, Sergio: "La Perenne Emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale", Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995, p. 9 y ss.; "Prospettive non emergenziali di controllo dei fatti di criminalità organizzata" en obra colectiva "Criminalità Organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia" a cura di Sergio MOCCIA, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999, p. 133 y ss.; Dentro de la misma obra colectiva: STORTONI, Luigi: "Criminalità organizzata ed emergenza: il problema delle garanzie", p. 119 y ss; MONACO, Lucio: "Le risposte del sistema sanzionatorio ai fatti di criminalità organizzata", p. 245 y ss.; y CAVALIERE, Antonio: "Effettività e criminalità organizzata", p. 291 y ss.

<sup>57</sup> FERNÁNDEZ, Gonzalo, "Derecho Penal de la Sociedad Anónima (Los delitos de la ley No. 2.230)", Editorial AMF, Montevideo 1983.

<sup>58</sup> BERGSTEIN, Nahum, "Algunas consideraciones sobre el delito de quiebra", en Revista Jurídica Estudiantil, No. 2 Año I, XYZ Editores, 1986, p. 23 y ss. Este autor propugna la siguiente idea central: "*Estamos frente a dos delitos cada uno de los cuales asume diferentes modalidades. Un delito aglutina las diferentes conductas que tienen lugar con anterioridad a la declaración judicial de quiebra. El otro delito aglutina las conductas que reconocen el fallido como sujeto activo calificado de las mismas y que, por consecuencia, tienen lugar con posterioridad a la declaración de la quiebra*". En el mismo sentido ADRIASOLA, Gabriel, DI GIOVANNI, Adriana y CERVINI, Raúl, "Informe al Centro de Estudios de Derecho Penal Económico del Uruguay, 1994, publicado en Boletín CBD de la Asociación de Delegados de la Policía Federal de Río Grande do Sul, No. 8, año 1994. CERVINI Raúl y CHAVES HONTOU, Gastón: "Estrategias del Derecho Penal Económico. La perspectiva uruguayana."- Vers Mim., ponencia por la UCUDAL al Proyecto Alfa de la Comunidad Europea sobre Criminalidad Económica, organizado por la Universidad Pompeu Fabra., Barcelona, 1996

Hemos sostenido que la división entre quiebra fraudulenta entre quiebra culpable no se corresponde técnicamente a lo que surge de la propia norma comercial, suscribiéndose íntegramente la nueva sistematización que consiste en distinguir entre delitos de quiebra y delitos en la quiebra, o sea, con posterioridad a la declaración de quiebra.

Los elementos constitutivos de los tipos penales se deben delinear cuidadosamente con "criterio jurídico trascendente"<sup>59</sup>, o sea tomando en cuenta todas las posibles consecuencias intradogmáticas de las nuevas creaciones penales, en especial procurando evitar los verbos nucleares amplios o vagos a fin de no correr el riesgo de caer en tipos abiertos que representan la más hipócrita negación al principio de legalidad, una de cuyas expresiones es: "*Nullum Crimen, nulla poena sine lege certa*".

Bien resalta TIEDEMANN<sup>60</sup> que la utilización de fórmulas amplias, incluido el uso de fórmulas generales dentro del tipo objetivo es, al contrario de lo que representan sus aparentes ventajas, altamente problemática. El Derecho Penal liberal exige que los tipos sean cerrados, es decir, tipos específicos de una acción que se traduce en la manifestación de un acto externo del hombre y sólo eso podrá ser castigado. Nos hacemos cargo de las múltiples dificultades técnicas y prácticas implícitas en el hecho de criminalizar este tipo de conductas vinculadas a la criminalidad económica organizada con tipos perfectamente herméticos, sin recurrir a normas de segundo grado, de reenvío o en blanco que otorgan desmesurado poder a los órganos en ejercicio de la función administrativa. Conocemos el costo de mantener un sistema mínimamente liberal, sintiendo a la legalidad y a la culpabilidad como el límite natural de la pretensión punitiva del Estado. Se trata de una tarea muy ardua pero no imposible. Lo más grave es que la renuncia a ella significaría necesariamente la renuncia a los propios principios que deben motivar esa misma tarea. Se estaría sustituyendo automática y concomitantemente un Derecho Penal de legalidad por un Derecho Penal de conveniencia: la Razón de Estado por sobre la Razón Jurídica.

Lamentablemente, en este campo se encuentra arraigada la injustificada tendencia a confundir las dificultades técnicas con imposibilidad. Pero, insistimos, si se opta finalmente por penalizar, habrá que franquear todos estos obstáculos para legislar bien, ya que las referencias más o menos genéricas son sinónimo de tipos abiertos que engendran el riesgo de la analogía y, entre otras cosas, tampoco es admisible penar por analogía. A nuestro modo de ver -salvo en un número menor de casos- debe y puede operarse concretizando exclusivamente las figuras en tipos muy específicos técnicamente cerrados que impidan la pura discrecionalidad de la administración y de los magistrados. La regla de oro es la punibilidad, incluida en ella la tipicidad, esté determinada antes de la comisión del hecho con total precisión y no recién a posteriori por el aplicador. En tal sentido, la diversidad de tipos penales dentro y fuera del Código Penal no es otra cosa que efecto del principio de legalidad, en el sentido de exigencia de determinación<sup>61</sup>.

En ese contexto no nos parece ni conveniente ni imprescindible que los nuevos tipos penales se plasmen en figuras formales de mera actividad castigando la puesta en peligro, a través de tipos meramente omisivos de obligaciones puramente reglamentarias o administrativas<sup>62</sup>. De este modo se hace de la norma penal -como ha expresado Juárez TAVARES- un exclusivo refuerzo a la obediencia, sin ninguna referencia directa a la noción de bien jurídico, ni pretensión de impedir una lesión concreta del mismo<sup>63</sup>.

---

<sup>59</sup> FORTUNA, Ennio: "Aspetti particolari del pentitismo mafioso. Repressione della mafia e nuovo processo penale" en *La Mafia Oggi - Individuazione del Fenómeno*, CEDAM, Pádova, p. 271 y ss.

<sup>60</sup> TIEDEMANN, Klaus: "Apresentacao Critica - Crimes Contra a Ordem Economica", en DE ARAULO JUNIOR, Joao Marcello, "Dos Crimes Contra a Ordem ...", op. cit., p. 21.

<sup>61</sup> Cf. ROXIN, Claus: "Strafrecht Allgemeiner Teil" Editorial C.H. Beck, Munich, 1992, p. 70.

<sup>62</sup> REGLAMENTO MODELO SOBRE DELITOS DE LAVADO RELACIONADOS CON EL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y DELITOS CONEXOS, artículo 14 "Comete delito penal la institución financiera, sus empleados, funcionarios, directores, propietarios u otros representantes autorizados que actuando como tales deliberadamente no cumplan con las obligaciones establecidas en los arts. 10 a 13 del presente Reglamento o que falseen o adulteren los registros o informes aludidos en los mencionados artículos".

<sup>63</sup> TAVARES, Juárez: "Los Límites Dogmáticos ...", op. cit., p. 129.

4. La creación de esos tipos penales imprescindibles para la persecución de los casos más gravosos de criminalidad económica deberá promover también una reflexión responsable respecto de la imputación penal en el marco del delito corporativo, principalmente en lo relativo al entrecruzamiento de responsabilidades en los ilícitos transnacionales. Personalmente nos inclinamos a pensar que el tema puede dilucidarse satisfactoriamente empleando, en buena parte de los casos, los recursos dogmáticos tradicionalmente transitados por la doctrina como son los de la participación criminal, la autoría mediata y la omisión impropia <sup>64</sup> procurando evitar en lo posible el uso indiscriminado de aquellas teorías que en principio no se avienen cómodamente con las estipulaciones escritas de nuestra ley, como pueden ser la teoría del dominio del hecho <sup>65</sup> y el *actuar en lugar de otro* <sup>66</sup>. No se desconoce el mérito técnico ni la innegable utilidad, a nuestro juicio subsidiaria, de estas elaboraciones y la necesidad de establecerlas legislativamente para casos puntuales. Simplemente instamos al estudio y a la prudencia. Antes de abandonar la aplicación de los principios dogmáticos de portada general, aconsejamos intentar la profundización en el conocimiento de las complejas realidades y mecanismos a reglar. Empeñados en tal sentido veremos que cuando éstos se logran efectivamente desentrañar aislando el cerne del disvalor relevante, suelen retomar toda su funcionalidad muchos de los recursos de la dogmática clásica.

5. (Sobre la penalización de la persona jurídica). En lo que respecta a la pretendida necesidad de penalizar la persona jurídica, pensamos que atrás de esta tesis no hay otra cosa que un Derecho Administrativo disciplinario al que se le agrega con la pena una nota estigmatizante que puede llevar la calma a ciertos círculos. Enseña CERESO MIR que la persona colectiva carece de capacidad de acción en el sentido estricto del Derecho Penal (*nullum crimen sine actione*), carece de capacidad de culpabilidad y de capacidad de pena (principio de la personalidad de la pena). Sólo el hombre como individuo puede ser sujeto activo de delito <sup>67</sup>.

Estrictamente la concreción de la responsabilidad penal de los entes colectivos implicaría un innecesario desdibujamiento del principio de la responsabilidad personal y un retroceso dogmático inocuo ya que, en los hechos, sólo serviría para reforzar la tradicional impunidad de las personas físicas que las controlan. Por razones burocráticas o meras dificultades probatorias, el funcionamiento real del sistema judicial seguramente agotaría la instrucción al nivel de la penalización formal de las personas jurídicas, las mas media inducirían en la opinión pública esa satisfacción básica a sus requerimientos de justicia y las personas físicas auténticamente responsables podrían seguir tan impunes como siempre, actuando a través de otras sociedades. Por eso se ha dicho que en la realidad de los hechos la responsabilidad de "doble vía" se reduce a una responsabilidad penal de "cajas vacías" <sup>68</sup>. Con una creación semejante, el Derecho Penal daría prueba cabal más de su inoperancia que de su eficacia, si se entiende por esta última el hecho de llegar a la identificación completa del acto, su autor y las motivaciones de éste. En una sola expresión: el cuerpo y alma del delito. La penalización de la persona jurídica choca frontalmente con la construcción dogmática y jurisprudencial del "disregard of

---

<sup>64</sup> Cfr. BACIGALUPO, Enrique: "Delitos impropios de omisión", Temis, Bogotá, 1985, p. 109 y ss.; BACIGALUPO, Enrique: "Conducta precedente y posición de garante en el Derecho Penal", en Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho, Libro Homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa, Panedille, Buenos Aires, 1970.

<sup>65</sup> ROXIN, Claus: "Sobre la autoría y la Participación en Derecho Penal", en Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho, op. cit. ; ROXIN, Claus: "Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados", en Doctrina Penal, 1985, año VIII, No. 31, p. 399.

<sup>66</sup> Cfr.: TIEDEMANN, Klaus: "Punibilidad y Responsabilidad Administrativa en las Personas Jurídicas y de sus Organos", en Revista Jurídica de Buenos Aires, 1988, Vol. II, p. 36.

<sup>67</sup> CERESO MIR, José: "Curso de Derecho Penal Español", T. II, Tecnos, Madrid, 1992 p.70.

<sup>68</sup> SEVERIN, Louis W.: "Recent Developments ...", op. cit. , p. 52.



legal entity" que precisamente busca reconciliar la realidad con el Derecho, hacer visible en el Derecho lo que el Juez ya ve en los hechos: una persona física actuando detrás de una persona jurídica. La teoría de la responsabilidad penal de la persona jurídica puede llevar precisamente a lo contrario, a la exclusiva y antinatural penalización de la cobertura formal de actuación de las personas.

6. (Trascendencia sobre la necesidad de concreción o clara reconocibilidad del bien jurídico). La propuesta "topográfica" permite finalmente conocer lo que se quiere proteger y cómo puede llevarse efectivamente a cabo dicha protección, con el consiguiente esclarecimiento y visibilidad de las conductas que pueden lesionar el bien así precisado. Cuando el objeto no está suficientemente definido, los medios serán necesariamente ambiguos. Por el contrario, la nitidez del objeto lleva a la nitidez de los medios y con ello por lo general a la eficiencia normativa y a la seguridad jurídica. La ventaja que acarrea esta concepción metodológica no es menor: mantener al Derecho Penal dentro de los principios rectores de lesividad y legalidad, los que resultarían ineludiblemente comprometidos si los contornos del bien jurídico aparecieran lo suficientemente confusos y ambiguos (sistema de funciones) como para concluir que una determinada acción es peligrosa para el mismo y para precisar con el rigor deseado cuáles acciones lo son.

Cuanto más abstracto, ambiguo o nebuloso se conciba el bien jurídico, tanto más será posible que cualquier acción que se involucre con él, por más remota que sea, pueda ser considerada como en sí misma generadora de peligro. Últimamente existe la tendencia no ya de anticipar la tipificación de una acción relativamente remota al bien jurídico, sino de aproximar éste, mediante una óptica de amplificación conceptual que, al mismo tiempo que lo atrae hacia la acción, le hace perder la necesaria nitidez hasta bordear la delicuescencia. En otras palabras, existen dos formas de ampliar el marco de protección de los bienes jurídicos afectados por las formas más gravosas de criminalidad socio-económica: uno consiste en anticipar la tipificación de acciones que en sí mismas no son dañosas para el bien jurídico (vía tradicional), otra de más reciente aparición usa el recurso de desplazar el bien jurídico hacia la acción. Esto se consigue, a nuestro modo de ver, al costo de evaporar el bien jurídico, en otras palabras, al costo de borrar la nitidez de sus contornos y de poner por vía indirecta en tela de juicio los principios de lesividad y legalidad que deben presidir un Derecho Penal garantizador. Sin duda se lesionan estos principios cuando no hay forma de saber si la conducta ataca a un bien jurídico que se ha desdibujado a través de la amplificación antes mencionada (elefantitis del bien jurídico), al punto de que ha perdido la necesaria definición. En tal circunstancia, no se sabría si la conducta ataca una realidad o una fantasía. De más está decir que esta simple duda debería absolver la conducta.

Hay, a nuestro modo de ver, una única vía de tipificar los delitos de peligro y ésta supone la debida comprensión y concreción del objeto de tutela. Es precisamente a raíz de esta comprensión y concreción y solamente por ésta que el bien jurídico puede y debe protegerse. El otro método equivale a la lucha de Don Quijote contra los molinos, pues no se conoce exactamente contra quién se combate, si contra los molinos o contra gigantes y precisamente el disvalor de la acción depende de ese exacto conocimiento. Una ampliación del bien jurídico puede hacerse siempre y cuando se mantenga su reconocibilidad. Este es, o debe ser, el límite y este camino requiere imprescindiblemente una metodología idónea para comprender el fenómeno que se quiere reprimir en su específico funcionamiento y proyección.

## **& 7. Sugerencias sobre la forma de abordar la tipificación de los macro delitos económicos en un Estado de Derecho.**

1. Desde nuestra perspectiva, el tipo del injusto conocido también como incriminador o vinculante es la descripción abstracta y referenciada de un hecho real: acción, omisión, dolosa, culpable o ultraintencional) que la ley prohíbe. Pero, decir descripción abstracta no debe ni puede entenderse como sinónimo de vaguedad, indefinición o entorno difuso, sino que debe hacer referencia a la construcción de

un modelo cerrado de conducta activa u omisiva, lo suficientemente concreto y referenciado a la lesión de bienes jurídicos muy específico amparados por la Constitución y la Ley.

La tipicidad es un atributo de la conducta. Es un predicado de la conducta, por ello es imprescindible el conocimiento adecuado del objeto que se pretende tutelar penalmente. Si éste no se conoce, la adecuación típica será necesariamente difusa e imperfecta y el juicio de tipicidad una farsa sin sentido.

Sólo un injusto típico muy concreto y específico puede funcionar como garantía y fundamento de la ilicitud. En tal camino, el conocimiento del objeto de tutela conducirá necesariamente a delimitar el ámbito del mandato prohibitivo. Por ello también, toda reflexión sobre la tipificación en materia de ilícitos económico-financieros debe pasar, primero de todo, por una reflexión seria sobre la metodología de abordaje y apreciación de los mecanismos involucrados en esos sub sistemas.

2. Por todo lo expresado, y a modo de síntesis necesariamente provisoria, debemos subrayar lo siguiente:

2.1. El conocimiento adecuado de las modalidades de actuación de los propios mecanismos económicos involucrados, resulta imprescindible para alcanzar un razonable control de las actividades ilícitas que se procesan por su intermedio o en su contexto sistémico. Ello requiere una metodología especial apropiada al objeto de análisis.

2.2. Una vez desentrañada la estructura funcional y operativa de los mecanismos económicos y financieros vulnerables, resultará viable intentar una estrategia de su control punitivo, el que debe y en la mayoría de los casos puede realizarse, respetando los principios tradicionales de un dogma penal garantizador propio del Estado Democrático de Derecho.

Corresponde rescatar en este momento, los premonitorios conceptos vertidos por MUÑOZ CONDE en su Comunicación a las Jornadas en Honor al Profesor Tiedemann realizadas en 1995. Expresaba entonces el Catedrático de Sevilla: *“Mi conclusión fundamental es que el Derecho Penal económico es, sin duda, una parte importante del moderno Derecho Penal y quizás una de las que tenga más futuro, pero mientras no se demuestre lo contrario, son las categorías y principios generales del Derecho Penal en su conjunto las que deben emplearse para resolver sus problemas. Una vez más, el rigor de una buena dogmática orientada político-criminalmente a las consecuencias puede ser más fructífera que muchas reformas coyunturales que atrapadas por el signo de la época intentan dar respuestas puntuales a problemas que no son problemas específicos de hoy, sino de ayer, de mañana y de todos los tiempos”*<sup>69</sup>.

3. En resumen: el acento de la indagatoria y de la represión no debe buscarse en el resultado sino en el proceso operativo mismo, por cuanto es en el gerundio de la actividad donde se realiza la conducta y el principio de culpabilidad que debe presidirla. Un Derecho Penal que aspire mantenerse idéntico a sí mismo en su tradición de Derecho Penal Liberal no debería abstenerse de ingresar a ese proceso en razón o pretexto de su complejidad, por cuanto es a través de desbrozar esa complejidad que al mismo tiempo se encontrará a sí mismo. La penalización por el resultado, por más que simple, elude o soslaya en definitiva, el quid de la conducta y de la culpabilidad, transformándose en una instancia meramente simbólica<sup>70</sup> y perversa en la cual eficiencia y garantías se exhiben de modo falaz como necesariamente antinómicas.

---

<sup>69</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco: “Delincuencia Económica. Estado de la cuestión y propuestas de reforma”, en “Hacia un Derecho Penal Económico Europeo - Jornadas en honor al Profesor Klaus Tiedemann” Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 267.

<sup>70</sup> LO MONTE, Elio: “Riflessioni in tema di controllo della criminalità economica: tra legislazione simbolica ed esigenze di riforma” Rivista Diritto Penale dell economia, anno XI, No 2-3, set. 98.

4. El Estado Democrático de Derecho esta basado y sobrevive plenamente sólo en merito a la afirmación permanente de determinados principios y límites. En materia de Derecho Penal los límites intradogmáticos que calificamos como principios Penales Democráticos contemplan la protección de la dignidad de la persona humana, la protección del un bien jurídico concreto y reconocible, la precisión técnica estricta de los tipos penales, la necesidad de la pena, la intervención mínima, la proporcionalidad, la racionalidad, el respeto de la categorías lógico-objetivas y la culpabilidad que es en definitiva el principio de portada general. Toda claudicación a estos paradigmas conlleva una afectación, más o menos sensible, de acuerdo a su grado y naturaleza, al Estado Democrático de Derecho. Sólo a partir de una clara convicción en estos enunciados, pueden abordarse los complejos problemas dogmáticos que plantea el Derecho Penal Contemporáneo.

Muchas gracias.