

MACROCRIMINALIDAD ECONÓMICA

Apuntes para una aproximación metodológica

RAÚL CERVINI

Profesor de Derecho Penal en las Universidad
de la República y Universidad Católica del Uruguay.
Secretario General para América Latina
del International Center of Economic Penal Studies

1. Planteo preliminar — 2. Concepto de macrocriminalidad económica — 3. Metodología de apreciación de la macrodelincuencia económica — 4. Consideraciones finales sobre la trascendencia del criterio metodológico.

1. Planteo preliminar

El tema que nos convoca resulta a la vez extremadamente vasto y coplejo. La primera dificultad surge ya al momento de intentar un concepto mínimamente descriptivo y coherente de la macrocriminalidad económica que no se base en una mera apreciación cualitativa de ese fenómeno. Estamos persuadidos que la dimensión del daño material es sólo uno de los ingredientes — probablemente el más notorio — de esa manifestación de extracriminalidad. Ese orden de magnitud impone de por sí un esfuerzo adicional de profundización sobre el conjunto estructural que posibilita su actual expansión.

Nuestra primera intención será la de aproximarnos conceptualmente al fenómeno concibiéndolo como una forma de desviación estructural vinculada al manejo abusivo de ciertos mecanismos superiores de la economía. Este propósito impondrá ciertas aclaraciones técnicas, insoslayables para la comprensión del objeto.

Posteriormente, trataremos la metodología de comprensión de la macrode-

linuencia económica a través de dos modelos de análisis, a nuestro modo de ver, complementarios. En primer lugar, nos ocuparemos de las características y manifestaciones más salientes del fenómeno. Este planteo de acercamiento de tipo clínico, es decir, desde afuera hacia adentro, a partir del estudio de sus síntomas, deberá necesariamente complementarse con un análisis de esas mismas formas de extradelinuencia económica realizado a través de un estudio tomográfico del funcionamiento de los propios mecanismos económicos, procesado desde adentro hacia afuera.

Culminaremos nuestra exposición con unas breves reflexiones atinentes a la trascendencia de la elección del método, extensivas a la vigencia de ciertos paradigmas dogmáticos, a la especialización que requiere todo esfuerzo serio de legislar en la materia y, finalmente, a la imprescindible concreción del bien jurídico.

2. Concepto de macrocriminalidad económica

1. Anticipándose a su tiempo, hace más de treinta años, Roberto Lyra fue

de los primeros en señalar y caracterizar la macrocriminalidad económica como un abanico de formas de delincuencia muy perfeccionadas, de enorme daño 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, "las autoridades no quieren o no pueden alcanzarlas".¹ Sus observaciones reflejaban una aproximación criminológica sumamente certera que, pese al tiempo transcurrido, mantiene clara vigencia, incluso confrontada con las más recientes elaboraciones doctrinarias. En el decurso de este trabajo, al analizar las notas definidoras de la macrocriminalidad económica, pondremos especial énfasis en esos filtros del sistema penal que engendran y recrean tan intolerable invulnerabilidad.

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, aquélla vinculada al ejercicio abusivo de los mecanismos o resortes superiores de la economía, fundamentalmente a los conocidos como mecanismos económicos abiertos, 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) y finalmente los del equilibrio entre la producción y el consumo (manejo de los

commodities, abusos al consumidor etc.).²

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.³ Ese paralelo analítico es científicamente inapropiado y supone un grueso error conceptual que imposibilita una comprensión global del tema que nos ocupa.

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.

2. Louis W. Severin, *Recent Developments in Relation to Economic Crimes*, Ladelt Ed. Austin, 1991, pp. 42 y ss.

3. Posición sostenida, entre otros, por Fernando Benilar, "La Criminalidad en Cifras", *Fascículos del Círculo Bancario Bolivariano*, 3/20, La Paz, may.-jun./91; George Rubin, *The Conglomerate of Crime*, Hamilton Ed., Siracusa, Nueva York, 1989, p. 62.

1. Roberto Lyra, *Criminología*, Ed. Forense, Rio, 1964, pp. 59 y ss.

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.⁴ 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”.⁵ 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.

4. Ariel E. Davrieux Celio, *Análisis Macroeconómico*, Facultad de Ciencias Económicas y de Administración, Oficina Apuntes del CECEA, Montevideo, 1994, p. 4.

5. Sobre el tema v. Henri Culmann, *Los Mecanismos Económicos*, Colección Beta, A. Redondo Ed., Barcelona 1989, pp. 8 y ss.; Jacques Lecaillon, *Les Mécanismes de L'économie*, 2.^a ed., Colección Initiation, Ed. Cujas, París, 1972.

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. 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.

Si los mecanismos económicos son encadenamientos de fenómenos económicos que se producen bajo ciertas condiciones a partir de un impulso inicial tendremos, teóricamente, tantos mecanismos económicos como impulsos diferentes actúen en cada sistema.⁶

6. En un régimen liberal el motor de la actividad económica es a menudo el interés particular del sujeto. En tal sentido, esos mecanismos presentarán un carácter muy acusado de automatismo, pues representan, justamente el comportamiento medio de un gran número de agentes económicos. Son productos de la ley de los grandes números y constituyen la suma de una gran cantidad de actos individuales; son apolíticos en el sentido de que su funcionamiento no está determinado por la decisión de una autoridad superior encargada de definir una política económica.

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, si no de la misma fuerza, que el impulso inicial. Este resultado es, a su vez, el impulso inicial de un nuevo mecanismo parecido al precedente.⁷ Los mecanismos abiertos — tan relevantes a efectos de nuestro trabajo — 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 siendo un impulso de naturaleza distinta, el mecanismo también será distinto.

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

En cambio, en un régimen dirigido el motor es la voluntad o la necesidad de obedecer las instrucciones recibidas de la autoridad directriz de la economía. En un caso el juego de los mecanismos permite medir la importancia de los intereses particulares y eventualmente también su apartamiento de las normas; en el otro, permitirá medir directamente el grado de sumisión de los ciudadanos a la ley.

7. Es el caso de los llamados mecanismos no cuantificados (los ciclos económicos, proceso acumulativo), de los cuantificados (efecto multiplicador y modelos de secuencia).

ellos. Como veremos más adelante, este último aspecto estará a su vez directamente vinculado al perfeccionamiento profesional de los portadores del control.

2.3 Pensamos también que la referencia a los mecanismos superiores de la economía no acota necesariamente el ámbito socioeconómico 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 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 se sufra una criminalidad de carácter preponderantemente individual, empírica y asistemática. La simple observación actualizada de la experiencia latinoamericana alcanza para desterrar este preconcepto. Si ello no alcanzara, la propia Asociación Internacional de Seguridad Bancaria, en su penúltimo Cuaderno Estadístico (febrero 1995), ha reconocido 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”.⁸

El ya citado Severin confirma nuestra posición precisando que 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.⁹ Es más, puede sostenerse que — en lo que concierne a la macrocriminalidad 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 organizados 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.

8. *Cuaderno Estadístico de la Asociación Internacional de Seguridad Bancaria* 33/9, Ginebra, feb./95.

9. Louis W. Severin, *Recent Developments...*, op. cit., ut supra, p. 62.

3. Metodología de apreciación de la macrodelincuencia económica

1. 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 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 empleo 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.

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.

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 macrodelincuencia 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, condicionados a los niveles de eficacia del control, y no pueden comprenderse acabadamente las disfunciones de este último sin conocer la mecánica de los primeros.

2. Análisis clínico-sintomatológico de la macrodelincuencia económica — Hecha esta salvedad, pasamos a referirnos en primer término a las características de la macrodelincuencia 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 macrodelincuencia económica, acorde a su proclamada naturaleza estructural.

2.1 Los macrodelitos económicos tra-
ducen inequívocamente un abuso de la

posición dominante, un uso abusivo de los recursos de poder que se disponen, y 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”.¹⁰ 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 abusiva.¹¹ La noción de “abuso de poder” se encuentra a su vez conectada con las variables que lo expresan.

Hemos dicho hace ocho años,¹² y más acabadamente en reciente trabajo sobre la Ley Brasileña 9.034 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. Versele¹³ denominó “cifras doradas” de criminalidad. Dicho publicista puso en evidencia que, aparte de la cifra negra de delinquentes “clásicos” que escapan a toda detección o conocimiento oficial, existe una cifra dorada de

10. Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, t. II, Tubinga, 1976, p. 531.

11. Klaus Tiedemann, *Poder Económico y Delito (Introducción al Derecho Penal Económico y de la Empresa)*, Ed. Ariel S/A, Barcelona, 1985, pp. 57 y ss.

12. Raúl Cervini, “Análisis Criminológico del Fenómeno del Delito Organizado”, en *Revista Doctrina Penal*, 40/698 y ss., Ed. Depalma, B. Aires, Específicamente en portugués: “Análise Criminológica do Fenômeno do Delito Organizado”, en *Ciência e Política Criminal em Honra de Heleno Fragoso*, op. colectiva, org.: Prof. João Marcello de Araújo Jr., Ed. Forense, Rio, 1992, p. 488.

13. Servin Carlos Versele, *Las Cifras Doradas de la Delincuencia*, op. cit., ut supra, p. 21.

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 puede tener otro sentido las connivencias político-económicas, las colusiones político-financieras, sutiles peculados, colusiones disfrazadas y abusos reales que resultan favorecidos tanto por algunas 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.

Los autores conocidos como pluralistas, decididos adversarios de la teoría de la élite, parecen avalar esta flexibilización de conceptos. Así, para Robert A. Dahl,¹⁴ el poder, lejos de estar exclusivamente concentrado en aquéllos 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, son permanentemente cambiantes, ya que estamos ante el mero ejercicio de una actividad a la que todos tienen, en teoría, igual posibilidad de acceso.¹⁵

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,¹⁶ 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

15. 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 socioeconómicas, políticas y culturales, 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.

16. José Martins Catharino, *Compendio Universitário de Direito do Trabalho*, 1/245, San Pablo, 1972.

14. Robert A. Dahl, *Who Governs? Democracy and Power in American City*, New Haven, London, 1961.

en los aspectos operativos en que intervienen.¹⁷

En forma creciente, los autores anglo-americanos¹⁸ 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.¹⁹

Estas categorías de análisis — aparentemente ajenas a nuestra realidad

17. 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.

18. Marshall Clinard y Richard Quinney, *Criminal Behavior Systems. A Typology*, 2.^a ed., Holt, Rinehart y Winston, N. York, 1973, pp. 56 y ss.

19. Jürgen Thorward, *Crime and Science*, N. York, 1966, p. 77.

inmediata — distan por cierto de ser teóricas. Es un hecho reconocido que los sindicatos de delincuentes 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 olas de hot money (flujos rápidos) que atraviesan las fronteras.²⁰

En los últimos meses, hemos sido testigos de macromanipulaciones financieras por las que a través de mercados de capitales totalmente computarizados un operador aparentemente aislado y seguramente sin control, desde Singapur, precipitó la caída de un banco inglés conmocionando la estabilidad financiera de otras instituciones; y, más recientemente, de cómo especuladores internacionales movilizaron más de nueve millones de dólares diarios atacando algunas monedas débiles. 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 posibilidad actual de control. Esta suerte de globalización informático-financiera no proyectada pone de manifiesto en su versión más patética y descarnada la importancia de la especialización profesional como variable de abuso de poder, en este último caso inexorablemente unida al abuso del poder económico. La "teoría de los juegos" y el "modelo del caos dinámico" demuestran que las reglas de la interacción puntual entre operado-

20. Frank Sibarín, *Mecanismos macro-económicos y Delincuencia Financiera*, ponencia al 2.º Encuentro de Consejos Consultivo y de Dirección del ICEPS, N. York, dic./94.

res especializados son en la sociedad actual tan fundamentales como las viejas reglas de mercado.

A efectos de dimensionar este riesgo, debe tenerse presente, por ejemplo, que el 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.

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 con-

trol. 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.

En diciembre de 1994, durante el desarrollo en Nueva York de la 3.^a 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 III (Macrocriminalidad Económica y Riesgos Corporativos), el Prof. Saúl Larren Blovich expresaba: "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".²¹ 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

21. Anales de la 3.^a 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.

eficiencia del control, dentro de un marco de libertad.

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 inculcados 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.

2.2 La sobredimensión del daño. Se reconoce generalmente que las manifestaciones de macodelincuencia, por su naturaleza expansiva, además de afectar a las personas como entidades individuales, alcanzan o se proyectan sobre toda la economía nacional pudiendo llegar incluso a quebrar la confianza en el sistema económico. Estos delitos operan sobre la totalidad de la población de un país y pueden alcanzar continentes enteros. En este sentido, puede confirmarse que el carácter de macodelincuencia se da en estos casos precisamente porque el daño que causan esas conductas se muestra como macroscópico frente al daño frecuentemente microscópico de los delitos tradicionales. Como ya hemos expresado, el concepto de macodelincuencia económica se compone, también, de otros elementos. No obstan-

te, la importancia de ese aspecto justificaría de por sí un análisis comparativo de la variable que denominamos "amenaza".²²

Consideramos que en esta área, el análisis de la amenaza implica el estudio y evaluación de lo que la macodelincuencia económica, como manifestación de delincuencia organizada, 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.

2.2.1 Se ha sostenido que delincuencia organizada *latu sensu* constituye de por sí todo un sistema económico clandestino, con un producto bruto y unas ganancias netas que sobrepasan el producto nacional bruto de muchos países.²³ Las cifras que se conocen sobre los montos de los ilícitos atribuidos al delito organizado son apenas un pálido reflejo de los reales volúmenes involucrados, pero no debe caerse en la simplificación de creer que hay una identificación o una suerte de paralelismo necesario entre el producto de esas actividades ilícitas y el costo social directo que representan. Por otro lado, también se afirma que el manejo de las cifras debe relativizarse en los países del Tercer Mundo, en los cuales muchas de las operativas tienen sólo efectos derivados. Al respecto, podemos recordar que criminólogos como J. W. Robson y Mary Mc Intosh²⁴ consideran que los "costos directos" del crimen organizado en su conjunto solo se sufren en los países industrializados. En

22. Raúl Cervini, *Análisis Criminológica do...*, op. cit., ut supra, pp. 501 y ss.

23. Naciones Unidas, Asamblea General, Distr. General, A/Conf. 169/PM, 1, Guía de Debates del Noveno Congreso de las Naciones Unidas..., op. cit., ut supra, p. 9.

24. Mc Intosh, Mary: *La Organización...*, op. cit., ut supra, pp. 60 y ss.

el mismo sentido, Zaffaroni²⁵ expresa que el crimen organizado va unido al desarrollo, pues sólo puede surgir en sociedades complejas.

Contemporáneamente, diversos estudios — e incluso la propia realidad — se han encargado de demostrar lo contrario. A vía de ejemplo, Vasilijevic²⁶ resalta 'el incremento aritmético del monto de las sumas involucradas en las actividades de la delincuencia económica organizada en los países del Este y en América Latina. Sin ir más lejos en Brasil, encuestas judiciales desarrolladas en Río de Janeiro y San Pablo han puesto en evidencia las impresionantes cifras del juego clandestino, la conexión de sus capitalistas con el narcotráfico e incluso con negocios lícitos inmobiliarios y financieros en países vecinos. Otros aportes doctrinarios mencionados en la primera parte de este trabajo permiten descartar todo tipo de simplificaciones, por lo menos en lo que se refiere a las manifestaciones de macro-criminalidad económica.

Hechas estas salvedades, podemos abocarnos a una lectura crítica de los números que sobre la macrodelincuencia económica se manejan en fuentes confiables. La multiplicidad de negocios y operaciones involucrados nos obliga a una consideración selectiva de sus más gravosas expresiones.

2.2.2 Podemos empezar por señalar que el negocio de los estupefacientes en su conjunto representa anualmente sólo

en los Estados Unidos 240.000 millones de dólares, o sea, una suma 35 veces superior a la deuda externa del Uruguay y más del doble de la de Brasil.²⁷ La confrontación de estos números actuales con los que manejamos en nuestra primera aproximación al tema hace ocho años, es realmente impactante. En esa época, decíamos que el monto anual del negocio de la droga en Estados Unidos era similar al de la deuda externa de Brasil. Hoy, según los cálculos más conservadores, la duplica. Igualmente decíamos que los ingresos de Colombia por la exportación ilícita de droga duplicaban en 1987 los procedentes de la exportación de café, situándose en 3.000 millones de dólares anuales. Datos actualizados a la fecha proporcionados por el Ministerio de Gobierno de Colombia estiman que los Carteles de la droga colombianos reciben anualmente más de 7.000 millones de dólares,²⁸ lo que significa decir que en ocho años sus ingresos también se han incrementado a más del doble.

Los inmensos beneficios producidos por el tráfico internacional de las drogas han hecho nacer una economía subterránea fundada en lo que se conoce comúnmente como "narcodólares". Esa masa de dinero es potencialmente idónea como para desestabilizar importantes sectores del mercado internacional y la propia economía de los países afectados. Es un hecho probado que estos grupos delictivos, a través de una inyección constante de efectivo y en forma más sofisticada y reciente por el flujo de transferencias financieras, han generado una apreciación artificial en los

25. "Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Sistemas Penales y ...*, op. cit., ut supra, p. 109.

26. Vladan A. Vasilijevic, "Préalable à de meilleures prévention et répression du crime organisé", en *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique* XLVI/486 y ss., n. 4. Organe Officiel de L'association Internationale des Criminologues de Langue Française (AICLF), Genève, Ed. Marcel Meichtry, oct.-dic./92.

27. *Anales Del FBI*. Informe para le Secretaría de Justicia de los Estados Unidos, 2.º Semestre, 1994, t. 2, Sec. IV, Washington D.C., 1994.

28. Ministerio de Gobierno de Colombia, Difusión 173 del 21.12.94, Bogotá.

valores de ciertos bienes en los países de la región (ej.: inmuebles).²⁹

El tema de la droga tiene notoriamente múltiples aristas e instancias, pensamos que en toda esa cadena, desde la producción al blanqueo del dinero sucio, se dan distintos niveles de efectiva corresponsabilidad, lo que descarta todo intento de aproximación esquemática y unilateral.³⁰

Con relación al lavado de dinero producto de las mencionadas actividades, el problema resulta especialmente complejo. Los que controlan el negocio procuran por los más diversos mecanismos mezclar sus ganancias dentro del circuito de la economía legal. Parece claro que no todo ese dinero puede ser "blanqueado" en forma simultánea; en ello inciden tanto las políticas de control

sobre y del sistema financiero, como razones de tipo práctico. Así, una parte del producido del tráfico de drogas ilegales se revierte en insumos y prestaciones de naturaleza igualmente ilícita, pero inexorablemente, tarde o temprano, terminará ingresando en la economía regular.

Esta estrategia 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 de conocimiento del cliente y terminan afectando a muchos sectores de la actividad financiera lícita.³¹ Pensamos en muchos casos las directivas de vigilancia y verificación impuestas a las instituciones no son las más adecuadas, pues operan sobre standards (ejemplo: control de transferencias o depósitos superiores a ciertos montos) pudiendo hacerlo por excepción, si se aplicara

29. Danilo Mancuso, *El Blanqueo de Dinero y sus efectos en Latinoamérica*, Ponencia al 3.º Encuentro sobre Administración de Justicia en Latinoamérica y Narcotráfico, realizado del 4-10.7.94 en la Escuela de Leyes de la Universidad Estadual de Florida (USA), vers. mim., Miami, 1994, pp. 13 y ss.

30. Sobre este tema in extenso: Raúl Cervini, "Tóxicos — Criminalidad Organizada. Su Dimensión Económica", en *Anais da Conferência Internacional de Direito Penal*, oct./88, publicación del Centro de Estudos Jurídicos de la Procuradoria Geral da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, ago./91, pp. 90 y ss. Allí expresamos que en lo que hace a las aristas más tangibles del fenómeno hasta hace poco tiempo, se ponía el acento sólo en la alternativa represiva. En ese entorno, se pretendió solucionar el problema con el exclusivo sacrificio de los campesinos de esos países productores y todo ello con paupérrimos resultados, debido a la clásica impunidad de que gozan los que realmente manejan y financian el negocio. El problema es sumamente complejo y que cualquier solución realista será sin duda costosa y deberá partir de un reconocimiento objetivo de la situación, abandonando todo enfoque unilateral a la hora de determinar las responsabilidades.

31. Como consecuencia de algunas disposiciones de la Convención de Basilea de 1988 y otros acuerdos multilaterales e intercorporativos complementarios, se ha esclerosado el trámite y naturalmente incrementado el costo de las transferencias financieras internacionales. Esto provoca una traba en la circulación financiera que no solamente afecta a los narcolavadores sino fundamentalmente al conjunto de los operadores financieros y comerciales honestos. Las instituciones financieras abandonan crecientemente nichos de negocios y servicios cuyo costo-beneficio hace despreciable la operación (ej.: pago internacional de pensiones y jubilaciones, pequeñas transferencias) y los países pierden comisiones por servicios.

una metodología idónea, como la que sugeriremos al tratar el análisis tomográfico de los mecanismos económicos.

Probablemente uno de los mayores costos sociales provenientes de este tipo de actividades — si no el mayor —, se encuentra en el impresionante aparato de corrupción que promueven en esferas oficiales y privadas a través de las ingentes cantidades de dinero a su disposición que Tiedemann ha denominado “gratificaciones ilícitas”.³² Para poder instalarse y expandirse, el narcotráfico ha logrado construir una red de soborno y corrupción que impregna toda la sociedad y el aparato del Estado, siendo particularmente visible en las agencias de control y respresión. La alternativa de “plata o plomo”, como se la conoce habitualmente en Colombia, Bolivia o Brasil, destructiva de por sí, suele amparar una generalizada corruptela pues, primando el miedo como principio entre los funcionarios, ese ambiente de temor suele constituir una excusa para percibir el soborno.

Los barones de la droga han conseguido fragmentar los países productores y consumidores constituyendo verdaderos enclaves político-militares y económicos, en algunos casos, estableciendo “territorios libres”, como ciertas zonas de la selva colombiana o la periferia carioca. De esta manera, tanto en Colombia como en Bolivia o en un par de ciudades de Brasil, el Estado está siendo — en cierto modo — cuestionado incluso en su propia esencia: la territorialidad. La división político-administrativa creada por el Derecho Público es sustituida por zonas de influencia, divididas de acuerdo al interés de los Carteles, donde ni las leyes ni la moneda del Estado tienen vigencia. El Estado no sólo ve cuestionada su autoridad sino que incluso pierde el control de la economía.

32. Klaus Tiedemann, *Poder Económico y Delito...*, op. cit., ut supra, p. 62

2.2.3 Los números que se denuncian vinculados al negocio de la droga y sus connotaciones justifican la trascendencia que se le da a esta rama de actividad de la delincuencia organizada, pero por cierto que éstas no son las únicas operaciones que le producen enormes ganancias ya que, en otros campos de actividad de estos grupos delictivos no convencionales, las cifras no son menos alarmantes.

En tal sentido, podemos citar el campo de la falsificación de moneda y títulos de deuda pública, esta última modalidad delictiva que ha ocasionado, directa o indirectamente, por ejemplo al Estado argentino, un perjuicio superior a los 300 millones de dólares en los últimos 10 años.³³ También, responde a la coordinación de estos grupos organizados la mayor parte de los fraudes contra las tarjetas de créditos, *traveler-checks*, transferencias bancarias. Específicamente, respecto a los fraudes con transferencias bancarias, recientemente fue descubierta en Montevideo — siendo detenidos sus responsables — una organización internacional que concentraba correspondencia bancaria hurtada en los diversos correos de nuestra región. Estas piezas eran procesadas extrayéndose de las mismas información sobre clientes y cuentas que eran posteriormente manipuladas con fines ilícitos, a través de órdenes de transferencias apócrifas. Esta modalidad delictiva ha ocasionado a la red bancaria internacional y, en algunos casos, a los titulares individuales de cuentas, un perjuicio de aproximadamente 10 millones de dólares en los últimos 10 años.³⁴

33. *Cuaderno Estadístico de la Asociación Internacional de Seguridad Bancaria* 33/7, Ginebra, feb./95.

34. Idem, ibidem, p. 9. En el mismo cuaderno 33 se señalan las tendencias en materia de delitos económicos en los últimos 5 años, resaltándose que en ese período: las transferencias de fondos fraudulentas aumentaron

También, de acuerdo a información extraída de los propios expedientes sustanciados ante las Cortes criminales de países integrantes del Mercosur, se pone en evidencia que todas estas modalidades, en mayor o menor medida, involucran a las mismas personas o a los mismos grupos que — todo hace pensar — actúan coordinadamente, no sólo dentro de la región, sino con conexiones a nivel internacional. Tómese por ejemplo el caso de una tarjeta de crédito que, hurtada en Brasil, en menos de 48 horas es aplicada en otro extremo del mundo, poniendo de manifiesto una coordinación de actividades muy sugestiva.

2.2.4 Cabe adicionalmente hacer a esta altura ciertas precisiones adicionales con respecto a las formas de macrodelincuencia económica realizadas a través de instrumentos de alta tecnología. A los efectos de esta exposición pueden distinguirse:

2.2.4.1 Casos de macrocriminalidad económica practicada por medio de instrumentos de alta tecnología diferentes a los ordenadores convencionales.

principalmente en Oriente y América Latina; respecto a las estafas con medios de pago se percibe un aumento en el robo de cheques, los que posteriormente son adulterados con lavado químico o endosados fraudulentamente y cursados al cobro; aumentaron los fraudes con travelers y eurocheques, los fraudes con tarjetas de crédito (sobre todo en Oriente y Sudamérica en forma sobresaliente), el número de delitos informáticos y otros fraudes vinculados a desfasajes operativos en los bancos (cartas de crédito etc.), así como las estafas a los seguros. Los fraudes bursátiles se incrementaron debido al auge de las Bolsas en los países en vías de desarrollo; así como también se incrementó la actividad de la banca clandestina y el ejercicio abusivo de la actividad financiera. Durante el mismo período se ha estabilizado el número de falsificaciones de títulos públicos (bonos, letras de tesorería etc.) y de moneda.

La moderna tecnología ha permitido el desarrollo de sofisticados aparatos cuya aplicación a fines delictivos es susceptible de provocar una gran dañosidad material y social. Es remarcable el hecho de que la existencia de la mayoría de estos nuevos aprestos técnicos con que cuenta el delito organizado no es conocida por el gran público y, lo que es más importante, también las autoridades de numerosos países del Tercer Mundo ignoran cómo operan y el peligro que representan para sus sociedades y olvidándose de la creciente internacionalización del delito en el mundo contemporáneo proclaman incrédulamente que no son utilizados dentro de sus fronteras. Esta lamentable situación multiplica las posibilidades de aplicación en nuestros países de esos nuevos instrumentos con fines delictivos, estimulando las tendencias expansionistas de los grupos que operan en la zona, sin riesgo alguno de ser detectados por el sistema penal (variable agresividad).

A esta categoría de nuevos pertrechos tecnológicos — cuyo empleo garantiza la impunidad de estos delincuentes económicos no convencionales — pertenecen, entre otros: los interceptores de comunicaciones de línea y externos, captores clandestinos de emisiones de imagen, fotocopiadoras de alta resolución que suelen utilizarse para alterar el contenido de documentos, microimpresas de precisión empleadas en la falsificación de valores, cheques, travelers, tarjetas de créditos, plastificadoras de seguridad, etc.³⁵

Lo cierto es que, aún en los países centrales en los cuales en principio no existe un desnivel tecnológico entre las autoridades encargadas de la preserva-

35. Manuel Tancredo, "Recursos Tecnológicos y Criminalidad" en *Revista Internacional de Policía Criminal* 410/86 y ss., Lyon, 1992.

ción de la ley y el delito organizado, los técnicos al servicio de este último se las ingenian para desarrollar día a día nuevos instrumentos aptos para sus fines. Así, como respuesta a las nuevas tarjetas de crédito internacionales con circuito individualizador incorporado (tarjetas autoidentificables), que se creían el remedio definitivo a todo tipo de fraudes y falsificaciones, dichos especialistas han desarrollado el "microdescifrador negativo", aparato muy sofisticado de pequeño tamaño (el de un mazo de naipes) que, al introducirse una tarjeta auténtica, descifra su circuito computado de individualización y permite la reproducción perfecta del mismo en "plásticos" falsificados.³⁶

2.2.4.2 Casos de macrocriminalidad económico financiera practicada a través de sistemas informáticos.³⁷

Los sistemas computarizados pueden ser usados como instrumentos de diversas modalidades delictivas.³⁸ Natural-

mente que entre las manifestaciones más gravosas de los fraudes informáticos financieros se encuentran, precisamente, los ya referidos manejos de hot money (flujos rápidos) con fines dolosos y ciertas alteraciones monetarias de naturaleza transnacional, a las que nos hemos referido al tratar el fenómeno del ciber-espacio financiero.

El estudio evaluatorio del costo estimado de estos delitos no es fácil ni frecuente, espacialmente en su instancia macrofinanciera. Una de las principales razones de la ausencia de datos confiables y actualizados sobre este tipo de delitos puede encontrarse en la gran reticencia de sus víctimas de hacerlos públicos a fin de salvaguardar ante los terceros el prestigio o la imagen de las instituciones privadas, públicas o mercados afectados. La mayor parte de las encuestas conocidas no tratan en profundidad ese aspecto tan novedoso y trascendente que constituyen las macromanipulaciones telemáticas financieras en los mercados monetarios y de valores. La proyección económica de estas modalidades delictivas del ciber-espacio financiero realizada de modo provisorio en octubre de 1994 en un trabajo conjunto del *International Center of Economic Penal Studies* y la *Asociación Internacional de Seguridad Bancaria* es impresionante, al punto de que, como lo indicó

36. Vitorio Rubino, "Ciencia y Tecnología al Servicio del Delito", en *Reportes Técnicos de la Secretaría General de OIPC Interpol* 22/12, Lyon, jul./94.

37. Sobre el tema, v. Klaus Tiedemann, *Estudos Relativos à Pesquisa Criminológica*, XV/26 y ss., apud *Criminalité Informatique*, Conselho da Europa, Estrasburgo, 1990; J. Vervaele, "Fraudes communautaires et sauvegarde du droit communautaire, vers un droit pénal européen des affaires?", *Déviance et Société* 18/201, n. 2, 1994; João Marcello de Araújo, *Dos Crimes contra a Ordem Econômica*, específicamente, Cap. 11: "Dos Crimes contra os Sistemas de processamento ou Comunicação de dados", Ed. RT, 1995, pp. 118 y ss.

38. Dentro de la nómina de extradelitos económicos cometidos a través de ordenadores los hay a su vez, de dos tipos. Un primer grupo de delitos que han existido antes de la aparición del computador y que ahora, con la utilización de este medio, incrementaron sustancialmente su volumen al poderse cometer con más rapidez e impunidad (por ej.: la sustracción de archivos con información

confidencial, el uso extorsivo de los mismos, fraudes financieros de tipo tradicional, hurto de bienes, pago a proveedores inexistentes etc.). Y un segundo grupo de modalidades delictivas que surgen con los ordenadores y a raíz del posible empleo irregular de los mismos (por ej.: el hurto de sistemas y programas propiedad de terceros, uso y venta no autorizada de servicios y equipos y, principalmente, toda la gama de ilícitos que emplea el suministro de información errónea a centros de control y archivo de datos como medio para facilitar fraudes y otras alteraciones especulativas ilícitas de inmensas proporciones).

la experiencia inmediata posterior, puede llevar a la desaparición de instituciones financieras o al debilitamiento crónico de algunos signos monetarios o valores.³⁹

Durante la mencionada reunión del ICEPS de diciembre del mismo año también se resaltó que los fraudes informáticos en general se han cuadruplicado cuantitativamente y quintuplicado cualitativamente durante los últimos nueve años, ocupando por lejos el primer lugar dentro de los delitos económicos. También se constató una interesante concentración del riesgo en el sistema financiero y mercado de valores con una progresiva responsabilidad del delito organizado por este tipo de hechos.⁴⁰

39. *Asociación Internacional de Seguridad Bancaria e International Center of Economic Penal Studies (ICEPS)*. Reporte sobre Criminalidad Telemática Financiera, Doc. 21/94, N. York, oct./94.

40. *Anales del 3.º Encuentro Conjunto de Consejos del ICEPS*; Sec. de Trabajo III, Macro Delinc. Económica y Riesgos Corporativos, op. cit., ut supra, pp. 96 y ss. A los efectos ilustrativos, reseñaremos los datos estimados por los expertos del ICEPS y de la Asoc. Internacional de Seguridad Bancaria, correspondientes a 1985, 1990 y 1994:

- Año 1985: Los delitos informáticos representaron cuantitativamente el 6% del número total de los grandes delitos económicos, concentrando cualitativamente el 12% del daño patrimonial dentro de la misma categoría de ilícitos, el 30% de ellos afectaron a las instituciones financieras públicas o privadas o mercados de valores y solamente el 23% de los mismos delitos informáticos fue atribuido a los sindicatos del crimen.

- Año 1990: Los delitos informáticos representaron cuantitativamente el 13% del conjunto de los grandes delitos económicos concentrando cualitativamente el 33% del daño patrimonial, el 48% de ellos afectó al sistema financiero y mercado de valores y el 35% se atribuyó al delito organizado.

- Año 1994: Los delitos informáticos representaron cuantitativamente el 25% de los grandes ilícitos económicos, significaron el

En los países del cono sur, obvio es señalar, se agudiza la carencia de cifras estadísticas confiables. No obstante ello, el relevamiento que puede hacerse en los Juzgados Penales de la región puede servir para darnos una idea del creciente costo directo de estos hechos. En materia de costos indirectos, especialmente tratándose de macromanipulaciones financieras o bursátiles, resulta innegable su alcance social, no siendo necesario tener estadísticas a la vista.

2.2.5 Lo cierto es que, en uno u otro caso, 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.

2.3 Los macrodelitos económicos 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 descrita en el punto 2.1: 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”.

2.3.1 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

60% del daño patrimonial, 56% afectó a las instituciones financieras y bursátiles y el 43% se atribuye al delito organizado.

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 "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 de las actividades legales.

Resultan definitivos, a efectos de constatar la inexorable existencia de esta estrategia global y de esos nexos más o menos invisibles que coadyuvan en el resultado final de las operaciones de estos grupos delictivos, los mecanismos empleados por los grandes emporios de la droga para blanquear el dinero que producen sus actividades. Esto nos lleva a tratar sucintamente un subproducto funcional de la estrategia global: los llamados "networks ilícitos".

Debe tenerse presente 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.

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.

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".⁴¹

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.

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. Tales sistemas de relación se manifiestan en la "diásporas comerciales" y, más específicamente, en las redes de comunicación creadas por los grandes movimientos migratorios y en los "networks de poder".

El término "diáspora comercial" se ha definido como "una nación compuesta por comunidades socialmente independientes, dispersas en el ámbito espacial y dotadas de un alto grado de reserva y solidaridad autárquica".⁴²

41. Raúl Cervini, *Lavado de Dinero*, ponencia al 3.º Curso Internacional de Ciencias Criminales Integradas, Univ. del Estado de Florida, vers. mimeo. Miami, 1991.

42. Milton Cash, "Diásporas Comerciales y Solidaridad Grupal", *Revista Mexicana de Sociología Científica*, VI/37 y ss., n. 3, México, 1989.

Es, por ejemplo, el caso de 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 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. Resulta evidente la relación entre esos *networks* y la variable-filtro especialización profesional antes referida en este trabajo.

2.4 Las desviaciones macroeconómicas se expresan de una forma sumamente dinámica y variada. Esta nota, a la que Benjamin con gran acierto denomina "mutabilidad",⁴³ 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.

2.5 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.

43. Antonio Hernan V. Benjamin, *O Direito Penal do Consumidor*, Cap. do., op. cit., ut supra, p. 107.

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 e ven — por parte de algunos operadores inescrupulosos — como un hecho natural, “una constante operativa” en el mundo de los negocios, nos dice el peruano Ballesteros Jaramillo.⁴⁴

2.6 Los macodelitos económicos de mayor gravedad suelen presentarse como conductas criminales transnacionales.

Gran parte de los macro ilícitos económicos y financieros se caracteriza por una suerte de ubicuidad con que se despliega el proceso ejecutivo del delito que se sitúa en diferentes territorios nacionales. Esta transnacionalización es, sin duda, el aspecto más importante, la nota más saliente de la criminalidad organizada contemporánea, ante la cual

los Estados aislados pueden verse reducidos a una virtual impotencia.

El crimen organizado de carácter transnacional, como bien ilustra Elgio Reta,⁴⁵ 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, ya 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 descabros 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

44. Américo Ballesteros Jaramillo, “La Delincuencia de los Negocios” en *Revista Bancaria Internacional* I/32, n. 3, Lima, 1991.

45. Elgio Reta, *Relato sobre Aspectos Sociales*, en Congreso cit., sub. 8, p. 7; Cf. Eduardo Mario Rissi, *La Transnacionalización en la Sociedad Contemporánea*, Ed. Jasil, México, 1991.

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,⁴⁶ para Roux l'entre'aide,⁴⁷ también conocida posteriormente entre algunos autores americanos como Extrayuda Penal,⁴⁸ 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 3 formas de auxilio recíproco: el policial, el judicial y el legislativo.⁴⁹ Modernamente se reconocen dos formas de asistencia o cooperación internacional en materia penal:⁵⁰ 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 Internacional⁵¹ que pueden esquematizarse funcionalmente 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

46. Maurice Travers, "Les Effets Internationaux des Jugements Répressifs", en *Recueil des Cours de L'Académie de Droit International*, t. 4, Librairie Hachette, París, 1925, p. 430.

47. Jean-André Roux, *L'entr'aide des Etats dans la lutte...*, op. cit., ut supra, pp. 80 y ss. Para este autor la entreayuda 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.

48. William Clifford, "The Standard Minimum Rules for Treatment of Prisoners", en *Proceedings of the 66th Annual Meeting of the American Society of International Law, American Journal of International Law* 66/134, n. 4, set. 72, Lancaster Pa, 1973.

49. Jean André Roux, *L'entre'aide des Etats...*, op. cit., ut supra, p. 87.

50. Cf. Paul-Emile Trousse, "Quelques Aspects de la Collaboration des Etats dans L'Administration de la Justice Répressive" en *Revue Belge de Droit International*, 1968-1, Bruxelles, p. 11; Frank Stordahl, *Modalidades de Extrayuda Penal Internacional*, Doc. Bc45-3, vers. mim. de conferencia pronunciada durante el 2do. Curso de Cooperación Internacional en Temas Penales, Universidad del Estado de Florida, mayo 1991, p. 26; Guillermo J. Fierro, *La Ley Penal...*, op. cit., ut supra, p. 208.

51. Sobre Cooperación Penal Internacional: João Marcello de Araújo Junior, Louis W. Severin, Raúl Cervini, Juárez Tavares 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), Ed. Carlos Alvarez, Montevideo, 1994.

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).⁵²

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 intancias de Cooperación Penal Internacional. Sólo mediando esa concreción es factible una asistencia judicial internacional efectiva.

2.7 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.

3. Análisis tomográfico de los mecanismos económicos — Hemos señalado que la otra metodología posible para el análisis de la macrodelincuencia econó-

mica, 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?⁵³ Nosotros agregaríamos ¿cuándo puede decirse que excede los límites de lo éticamente lícito y económicamente abusivo? La interrogante central está en ¿cuándo comienza el abuso?

Este segundo método procura responder ese cuestionamiento básico desde las entrañas de los mecanismos involucrados. Presupone una penetración gradual en el fenómeno económico, desde sus intancias maro 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. 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.

52. Idem, ibidem, p. 19.

53. Klaus Tiedemann, *Poder Económico y Delito...*, op. cit., ut supra, p. 58.

- Cumplida esa etapa, procede definir, en una segunda instancia, los diferentes nichos, canchas o "layers" a analizar (ejemplo: 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" entre sí, principalmente las relaciones entre insumos y productos, es decir, de dónde vienen los insumos y a dónde van los productos (Gráficos I y II).

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. 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-estatu- rario, 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.⁵⁴

En mayo de 1990 se publicó en USA un informe sobre las conexiones entre los sindicatos criminales y la industria de la construcción en el Estado de Nueva York.⁵⁵ 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

54. 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 Min. 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*, ed. del Conselho Federal da OAB, Brasília, DF, abr./93.

55. *New York State Organized Crime Task Force, Corruption and Racketeering in the New York City Construction Industry*, New York, London, 1990.

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.

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. 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. Consideraciones finales sobre la transcendencia del criterio metodológico

1. 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-penales 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).⁵⁶ 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 extradelincuencia. Adi-

56. Este tema ha sido tratado in extenso en reciente trabajo conjunto con el Prof. Luis Flavio Gomes sobre la Ley 9.034 de Combate a la Delincuencia Organizada, Ed. RT, San Pablo, 1994.

cionalmente, esta metodología, que desnuda las desviaciones económicas desde su gestación, viabiliza a un control por excepción y no por standard, lo que resulta especialmente apropiado tratándose de hechos que frecuentemente tienen proyección penal.

2. 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 la estructura funcional que se pretende reprimir.

2.1 Algunas modalidades abusivas de actuación vinculadas a los mecanismos superiores de la economía, dejan ver fisuras y brechas legales que imponen una revisión y ajuste normativo. Hemos sostenido que el Derecho Penal no puede ser usado como un parche de incipientes desajustes sociales, ya que es el último recurso de la comunidad, pero también pensamos que ha llegado la hora de que, bien entendidas las tendencias de decriminalización y criminalización, se hagan operar simultáneamente como instrumentos de un mismo proceso renovador. El imperativo de la hora es decriminalizar en forma paulatina los delitos de relleno y, al mismo tiempo, criminalizar cuando no hay otro recurso (*ultima ratio*) aquellas conductas de grupos privilegiados por el manejo de las variables del poder, con auténtica nocividad social, en todo caso previa evaluación de los costos individuales y sociales de estas nuevas normas incriminadoras.⁵⁷ El punto de inflexión aparece en torno a la técnica legislativa que debe emplearse.

57. Raúl Cervini, *Los Procesos de Decriminalización*, 2.^a ed., Ed. Universidad, Montevideo 1993, pp. 163 y ss.

Se expresa recurrentemente que la macrocriminalidad económica pone en evidencia lo obsoleto del Derecho Penal tradicional pensado en términos de microcriminalidad. En esa línea se piensa que la criminalización eficaz de las conductas de extracriminalidad debe realizarse a través de un “derecho sustantivo diferenciado” cuya eficacia implica o redunda — 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.⁵⁸

Bajo esta perspectiva frecuentemente se dice, por ejemplo, que los tipos penales de los macrodelitos económicos se deben estructurar sorteando el principio de legalidad mediante mecanismos de tipos 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 norteamericana⁵⁹ y pre-

58. En ese sentido resulta muy ilustrativo el profundo trabajo realizado por Juary C. Silva: *A Macrocriminalidade*, Ed. RT, San Pablo 1980, principalmente en su Capítulo II “A Obsolescência do Mecanismo de Repressão ao Crime”, pp. 18 y ss.

59. El delito de “Conspiracy” fue introducido en la Sección 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.

senta sugestivos puntos de contacto con la figura de "Conspirazione política mediante accordo" incorporada en el art. 304 del CP Italiano.

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.

Finalmente, entre otras sugerencias, se expresa 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.

2.2 Nosotros descartamos de plano estos asertos. 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, esta tarea deberá y podrá intentarse sin violar esos principios básicos del Derecho Penal. Para ello, es imprescindible que el 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 aparecen como irrenunciables cualquiera sea la forma de delincuencia que se pretenda combatir. Ninguna estrategia legal contra la macrodelincuencia será justificada si pone en entredicho la seguridad jurídica.

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. Asimismo, ese cometido se suele dejar en manos de personas sin la suficiente especialización que se atienen exclusivamente a los síntomas del fenómeno sin comprender el funcionamiento de los mecanismos involucrados. Por cierto que siempre hay excepciones y en tal sentido debe destacarse el extraordinario trabajo que cumplió la Sub-Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de la Parte Especial del Código Penal de Brasil (Título: *Dos Crimes contra a Ordem Econômica*) presidida por el eminente Ministro Evandro Lins e Silva e integrada por otros destacados penalistas. Más allá de ciertas discrepancias muy puntuales en términos de técnica legislativa, estamos persuadidos de que se trata de un cuerpo jurídico elaborado por juristas de raza conocedores de la materia, lo que por cierto no es frecuente.⁶⁰

2.3 Los elementos constitutivos de los tipos penales se deben delinear cuidadosamente con "criterio jurídico tras-

60. La citada Sub-Comisión estuvo presidida por el Ministro Evandro Lins e Silva y por los Profs. João Marcello de Araújo Junior, Juarez Tavares, Renée Ariel Dotti y Wandenkolk Moreira. Sobre el referido Anteproyecto del Título dos Crimes contra a Ordem Econômica, resulta muy aconsejable la estupenda obra del Prof. João Marcello de Araújo Junior: *Dos Crimes contra a Ordem Econômica*, op. cit., ut supra.

cendente",⁶¹ 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 Tiedemann⁶² 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 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 árdua 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, 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 que 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.⁶³

2.4 Tampoco parece, a nuestro modo de ver, imprescindible que los nuevos tipos penales se plasmen en figuras formales de mera actividad castigando la puesta en peligro, a través de tipos omisivos, como ocurre en los nuevos arts. 305 bis y 305 ter. del CP suizo relativos al lavado de dinero y la vigilancia de las transacciones financieras.⁶⁴

61. Ennio Fortuna, "Aspetti particolari del pentitismo mafioso. Repressione della mafia e nuovo processo penale" en *La Mafia Oggi — Individuazione del Fenomeno...*, op. cit., ut supra, pp. 271 y ss.

62. Klaus Tiedemann, "Apresentacao Critica — Crimes Contra a Ordem Economica", en João Marcello de Araújo Junior, *Dos Crimes Contra a Ordem...*, op. cit., ut supra, p. 21.

63. Cf. Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Ed. C.H. Beck, Munich, 1992, p. 70.

64. Raúl Cervini: "Concerning arts. 305 bis and 305 ter of the Swiss Criminal Code (CPS)..." op. cit., ut supra, p. 103.

Específicamente, el art. 305 ter, introducido en marzo de 1990 al CP suizo, sanciona un simple "defecto de vigilancia" en forma abstracta, un mero incumplimiento de la obligación de verificar que se pone a cargo de las instituciones financieras.⁶⁵

65. Raúl Cervini: "Lavado de Dinero. Su Control y Garantías..." op. cit., ut supra. En dicho trabajo hemos señalado: "...resulta elocuente en este sentido el propio texto del art. 305 ter. incorporado al Código Penal Suizo: 'el que profesionalmente haya aceptado, conservado, ayudado a colocar o a transferir valores patrimoniales de un tercero y que haya omitido verificar, conforme a la vigilancia requerida por las circunstancias, la identidad del titular del derecho económico...' ...'En esta materia la ley suiza se extiende a todas las personas que tienen una actividad en el sector financiero, entendiéndose por él, no solamente los bancos y las entidades financieras no bancarias sino también los asesores en colocaciones, los administradores financieros, los agentes o casas de cambio, los comerciantes en metales preciosos e incluso las abogadas que actúen como consejeros en materia de asuntos financieros. El defecto de vigilancia en materia de operaciones financieras ha sido concebido por la legislación Suiza como un delito de omisión intencional. Los elementos constitutivos objetivos son proporcionados por la expresión 'omisión de identificación'. De acuerdo a esta discutible construcción poco importa que los fondos provengan o no de una infracción'. 'El texto de la norma no deja ninguna duda sobre el hecho de que la verificación no debe dirigirse únicamente hacia la identidad del co-contratante directo, sino igualmente, hacia quien sea titular del derecho económico, es decir, la persona del cliente real en la medida en que no se trate de la persona que actúa frente al banco. La norma exige el cumplimiento de las condiciones relativas al deber de identificación del cliente real, penalizando a aquel que, conscientemente, incumpla la obligación de verificación negándose a ver. Poco importa a este respecto que el autor considere a los valores patrimoniales como adquiridos de manera legal. La obligación es absoluta y abstracta'."

Esta norma, y otras de similares características que se están expandiendo dentro del ámbito internacional, colocan indebidamente a las instituciones y a sus representantes en posición de garante del bien jurídico más o menos difuso que se pretende tutelar (la salud económica de los países involucrados en las distintas instancias del tráfico ilícito de estupefacientes). Esta configuración jurídica ingresa en el derecho continental dentro de la categoría de los llamados delitos de "omisión impropia", que se corresponde dentro del derecho anglosajón a las formas de punibilidad de la llamada "ignorancia intencional" que debe leerse como la deliberada omisión de conocer cuando se tiene la obligación legal de ello.

Siguiendo la tesis de la Convención de las Naciones Unidas de Viena de 1988, el "Reglamento Modelo sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos" elaborado como marco de referencia dentro del marco de la OEA, consagra tipos meramente omisivos de obligaciones puramente reglamentarias o administrativas,⁶⁶ haciendo de la norma penal — como ha expresado Juarez 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.⁶⁷ Naturalmente vemos con preocupa-

66. Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos, art. 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".

67. Juarez Tavares: "Los Límites Dogmáticos de la Cooperación Penal Internacional" en *Curso de Cooperación Penal Internacional*, op. cit., ut supra, p. 129.

ción esta tendencia a usar el Derecho Penal para impedir violaciones a imposiciones meramente formales.

Ciertamente no estamos cuestionando la estrategia de combatir a la delincuencia organizada cortando sus canales de comunicación con la economía legal, erradicando de raíz la posibilidad de circulación del dinero sucio obtenido con sus actividades, ni aún la pertinencia de confiscar esos fondos, sino exclusivamente la técnica legislativa y algunos procedimientos empleados con esa finalidad.

2.5 También, la creación de esos tipos penales imprescindibles para la persecución de los casos más gravosos de criminalidad organizada 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 los recursos dogmáticos tradicionalmente transitados por la doctrina como son los de la participación criminal o la autoría mediata, procurando evitar aquellos más traumáticos⁶⁸ como pueden ser la omisión impropia,⁶⁹ la teoría del dominio

del hecho⁷⁰ y el actuar en lugar de otro.⁷¹

En lo que respecta a la pretendida necesidad de penalizar la persona jurídica, pensamos que atrás de esta tesitura 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. Estrictamente su concreción 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 mass 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.⁷² Por eso se

68. Raúl Cervini, "Protección Penal del Consumidor y el Desafío de la Regionalización", en *Estudos sobre a Proteção do Consumidor no Brasil e no Mercosul*, ed. coord. por Claudia Lima Marques, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, Sec. do Rio Grande do Sul, Livraria do Abogado, Porto Alegre, ago./94.

69. V. Enrique Bacigalupo, *Delitos improprios de omisión*, Temis, Bogotá, 1985, pp. 109 y ss.; Enrique Bacigalupo, "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, B. Aires, 1970.

70. Claus Roxin, "Sobre la autoría y la Participación en Derecho Penal", en *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho*, op. cit., ut supra; Claus Roxin: "Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados", en *Doctrina Penal*, 1985, año VIII, n. 31., p. 399.

71. V. Klaus Tiedemann, "Punibilidad y Responsabilidad Administrativa en las Personas Jurídicas y de sus Organos", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, II/36, 1988.

72. Sobre el tema: "Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas", v. José Henrique Pierangelli: "A Responsabilidade penal das Pessoas Jurídicas e a Constituição" en *Revista do Ministério Público*, Rio Grande do Sul, Nova Fase, 1/49 y ss., 28, Ed. RT, Porto Alegre, 1992; João Marcello de Araújo Junior, "Dos Crimes contras a...", op. cit., ut supra, en especial el Capítulo 6: "Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Um Tema Polêmico", pp. 62 y ss.; del mismo autor *Dos Crimes*

ha dicho que en la realidad de los hechos la responsabilidad de "doble vía" se reduce a una responsabilidad penal de "cajas vacías".⁷³ 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 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 una persona.

Contra a Ordem Econômica, op. cit., ut supra especialmente el Capítulo 11 "Dos Crimes Contra Os Sistemas de Processamento Ou Comunicação de Dados", pp. 118 y ss.; João Marcello de Araújo Junior y Marino Barbero Santos, *A Reforma Penal. Ilícitos Penais Econômicos*, Ed. Forense, Rio, 1987, pp. 139 y ss.; Marino Barbero Santos, "¿Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas?", en *Revista Doctrina Penal*, año 9, Ed. Ediar, B. Aires, 1988, pp. 397 y ss.; del mismo autor, "¿Responsabilidad Penal de la Empresa? en *Estudios de Derecho Penal Económico*, Luis Arroyo Zapatero y Klaus Tiedemann (Editores), Colección Estudios, ed. de la Universidad de Castilla — La Mancha, 1994, pp. 25 y ss.; Francisco Muñoz Conde: "La Delincuencia Económica y la Paremia Societas Delinquere Non Potest", en *Forum Internacional de Direito Penal Comparado*, Edit. Tribunal de Justicia del Estado de Bahia, Salvador, 1989, pp. 103 y ss.

73. Louis W. Severin, "Recent Developments...", op. cit., ut supra, p. 52.

3. Esta metodología 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 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. Ultimamente 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 delincuencia. En otras palabras, existen dos formas de ampliar el marco de protección de los bienes jurídicos afectados por las formas más gravosas de criminalidad socioeconómica, uno consiste en anticipar la tipificación de acciones que en sí mismas no son dañosas para el bien jurídico (vía tradicional), otra de reciente aparición usa el recurso de desplazar el bien jurídico hacia la ac-

ción. Esto se consigue, a nuestro modo de ver, 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, 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 com-

prensión 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.