

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

1.1

LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA EN ITALIA: LA RESPUESTA NORMATIVA Y LOS PROBLEMAS DE LA PRAXIS

ANDREA R. CASTALDO

SUMARIO: 1. Premisa metodológica – 2. El crimen organizado – 3. El sistema normativo: 3.1 Art. 416 (asociación para delinquir): 3.1.1 El bien jurídico tutelado; 3.1.2 El sujeto activo; 3.1.3 La estructura del hecho típico; 3.1.4 La concurrencia en la asociación para delinquir; 3.1.5 El elemento subjetivo; 3.1.6 El momento consumativo; 3.2 Art. 416 bis C.P. (asociación de tipo mafioso): 3.2.1 La conducta típica; 3.2.2 Elemento subjetivo; 3.2.3 El concurso externo en la asociación de tipo mafioso; 3.2.4 El concurso de crímenes; 3.3 Art. 416 ter (el cambio electoral político-mafioso) – 4. El crimen organizado y la política criminal del futuro.

1. Premisa metodológica

El análisis relativo a la definición y al concepto de crimen organizado se presenta extremadamente complejo, por la especificación sociocultural y normativa del fenómeno.

Bajo el primer perfil, debe subrayarse su naturaleza particularmente agresiva y su difusión especialmente en algunas zonas del país, que van unidas a la extrema variedad de modos en que se exterioriza. En cuanto al aspecto normativo, la aproximación legislativa en diversas áreas (penal sustancial, procesal, penitenciario) está caracterizado por una intervención desorganizada y de emergencia, que acentúa las dificultades expositivas.

En tal sentido, por lo tanto entiendo preferible un método que privilegia el análisis descriptivo, contextualmente indicativo de los puntos controvertidos en la interpretación doctrinal y jurisprudencial, con la intención de diagramar un cuadro de referencia lo más ascético posible y no contaminado de sugerencias cítricas personales.

Todo ello en relación con el objetivo de investigación que tiende a elaborar un documento programático en la lucha contra el crimen organizado en el ámbito europeo según un modelo homogéneo que presupone obviamente el conocimiento básico del sistema de los señalados países implicados en la indagación.

2. El crimen organizado

El concepto de crimen organizado es definido por el legislador en base a parámetros de tipo *descriptivo-fenomenológicos*. El recurso a tal instrumento combina ventajas y desventajas: por una parte en efecto se presenta como más idóneo en la prevención y represión del fenómeno delictivo, partiendo de un punto de vista empírico; por otro lado el riesgo de arribar a un ámbito más sociológico que estrictamente técnico-normativo con el consecuente peligro de desgastar la tipicidad.

Normativamente hablando, el término crimen organizado tiene su fecha de nacimiento con el artículo 14 del D.L. 15.12.1979 n. 625, convertido en Ley 06.02.1980 n. 15,

el cual, en la modificación el artículo 340 C.P.P. de 1930, preveía la delegación al P.G. del *sequestro presso banche* “para verificar indicios o afirmar delitos de terrorismo y de destrucción del orden democrático no solamente de *crimen organizado*”.

Originalmente faltaba una clara referencia a la específica hipótesis delictiva comprendida en la noción de crimen organizado laguna que el legislador ha suplido sucesivamente, con la referencia (asociación para delinquir, asociación de tipo mafioso, estrago, secuestro de personas con intento de extorsión, asociación con objeto de tráfico ilegal de estupefacientes).

Sin embargo, el método nominal seguido no es exhaustivo de la noción, pues mas allá de los casos de individualización *per relationem*, el crimen organizado representa un *topos* criminológicamente ensanchado, que acarrea consecuencias ulteriores en ámbitos de ilícitos penales.

3. El sistema normativo

Históricamente, el crimen organizado es esencialmente sinónimo de criminalidad mafiosa. Junto a tal modelo clásico, sin embargo, en el curso del tiempo la criminalidad asociativa ha evolucionado según formas y modelos diferentes respecto a las organizaciones mafiosas tradicionales provocando disonancias en la gestión político-criminal del fenómeno y lagunas de tutela, no siempre superables a través de la interpretación extensiva de los casos en disputa existentes, llevando al límite la prohibición de analogía.

Por otra parte la legislación italiana de los últimos veinte años tiene como denominador común el paradigma de la emergencia. Así frente al recrudecimiento de viejos fenómenos delictivos (mafia y organizaciones similares), y al surgimiento de nuevas formas de crimen (el terrorismo y el tráfico de los estupefacientes, el tráfico de seres vivos, la pedofilia, solo por citar algunas de las más significativas), el legis-

lador italiano responde con una política criminal desordenada y afanosa, con la ilusión de resolver mediante el instrumento de amenaza penal los problemas sociopolíticos vinculados a estas formas de crimen y de obtener el consenso de la opinión pública.

Se trata en la mayor parte de los casos de intervenciones caracterizadas por un doble aspecto:

- La ampliación de los límites del hecho típico o la introducción de nuevas figuras penales y una mayor severidad sancionadora;

- El nucleamiento de una legislación especial en materia procesal y penitenciaria diseñada a través de una *especialización negativa* en el tratamiento del crimen organizado, erosión de las garantías procesales, amplio recurso a medidas de prevención, y drástica reducción de los beneficios penitenciarios.

Ahora bien, desde el punto de vista sustancial las normas básicas son los artículos 416 y 416 bis C.P.

3.1 Art. 416 (asociación para delinquir)

Su texto dice:

“Cuando tres o más personas se asocian con el fin de cometer delitos, aquellos que promuevan o constituyan u organicen la asociación son punibles, por eso solo, con la reclusión de tres a siete años.

Por el solo hecho de participar en la asociación, la pena es de la reclusión de uno a cinco años.

Los jefes están sujetos a la misma pena establecida para los promotores.

Si los asociados incursionaran con armas en la campaña o en la vía pública, se aplica la reclusión de cinco a quince años.

La pena es aumentada si el número de los asociados es de diez o más.”

Se trata de la norma originaria del texto codificado que representa el *prius* lógico y jurídico de las ulteriores figuras penales asociativas existentes.

3.1.1 El bien jurídico tutelado

El bien jurídico tutelado por el tipo penal según la interpretación prevaleciente en doctrina y jurisprudencia es el *orden público*. Según la orientación mayoritaria, la existencia de una asociación orientada a la comisión de delitos es por sí misma un fenómeno disfuncional frente a la comunidad social y de allí el obstáculo para su regular funcionamiento. Resulta por lo tanto abstractamente compatible con el principio de ofensividad, y con el cuadro de valores constitucionales a los cuáles está vinculado permitiendo el recurso a la punibilidad de la mera asociación, independientemente de la efectiva comisión de los delitos-fines.

3.1.2 El sujeto activo

El delito es obviamente de naturaleza plurisubjetiva y requiere la participación de al menos tres personas.

Se discute si en el número mínimo de sujetos deben computarse y no imputables. La tesis prevaleciente sin embargo es la que se expide en sentido negativo.

3.1.3 La estructura del hecho típico

La configuración del hecho típico en el art. 416 gira esencialmente en torno a dos elementos: la *affectio societatis*, o sea la existencia de un vínculo asociativo de carácter permanente o por lo menos estable y del *pactum sceleris*, que es el acuerdo de los asociados dirigido a la realización de un programa criminal de carácter sustancialmente indeterminado.

El disvalor que justifica la respuesta penal a la intrínseca potencialidad lesiva respecto al bien del orden público. (Consiste entonces en la *organización* criminal y en la *finalidad* ilícita de la misma). En otras palabras, la libertad de asociación constitucionalmente tutelada en el art. 18, encuentra un evidente límite allí donde el fenómeno asociativo es promovido,

constituido y organizado con el fin de contrariar los valores-guía protegidos por el legislador penal.

Sobre la base de esta premisa surge entonces el problema del umbral mínimo de organización que la estructura asociativa deba tener a fin de determinar un potencial de peligrosidad tal que justifique la reacción penal. A ese respecto, la jurisprudencia de la Suprema Corte ha reconocido frecuentemente la necesidad que la organización de la asociación para delinquir tuviera requisitos de adecuación respecto al programa delictivo a realizar.

La dirección citada y que comparto introduce entonces un correctivo, eligiendo como elemento implícito de la tipicidad el carácter de eficiencia o de adecuación para reafirma el disvalor de la conducta desde la óptica de un refuerzo del principio de la ofensividad en perspectiva sustancial y no meramente formal.

Bien vista la cuestión, los requisitos endógenos de la tipicidad ahora esbozada permiten trazar una mas fácil y limpia distinción con la figura del mero concurso de personas en el delito, disciplinado en el art. 110 *et seq.* C.P. En efecto en este último caso el tercio incurre en una actividad criminal en virtud de un acuerdo ocasional y que se agota con ese crimen u otro predeterminado, donde la asociación para delinquir presupone la genérica indiferencia del programa criminal y la estabilidad del vínculo asociativo.

3.1.4 La concurrencia en la asociación para delinquir

Extremadamente controvertida es la cuestión en orden a la configuración de la concurrencia eventual en la asociación para delinquir.

Prescindiendo de la especificación del problema de la concurrencia eventual en el delito previsto en el art. 416 bis (cf. *infra* 3.2.3) que será objeto de especial tratamiento su momento, hoy se tiene por generalmente posible la concurrencia, a condi-

ción de que el *extraneus* preste una contribución causal respecto de los fines de la asociación quedando sin embargo y a pesar de ello, sustancialmente fuera de la estructura orgánica de la misma.

3.1.5 El elemento subjetivo

El caso en cuestión del art. 416 prevé la subsistencia del dolo específico, o sea la conciencia y voluntad del asociado de formar parte de la estructura criminal destinada a la comisión de delitos, y por lo tanto con la conciencia y la voluntad de contribuir en su operatividad, aún con un aporte marginal, a la realización de programas de la asociación.

Permítase una breve anotación crítica sobre el punto.

La presencia del dolo específico es sin duda un requisito delimitativo y selectivo de la responsabilidad penal y como tal abstractamente adecuado a un derecho penal de la *extrema ratio*.

Sin embargo, en la práctica, la dificultad de probar el elemento psicológico especialmente en orden al carácter finalístico de la asociación criminal, de hecho ha llevado a la jurisprudencia a considerarlo implícito, deduciéndolo de la mera referencia a la existencia de la organización.

Se verifica así una anomalía que por otro lado, no aparece como un fenómeno aislado en la experiencia jurisprudencial italiana: los correctivos normativos introducidos para fortalecer la tipicidad de la figura penal y que se traduce en una dificultad probatoria son eludidos en la aplicación jurídica recurriendo a cláusulas de estilo o a la interpretación de conveniencia, en un inocultable intento de no ceder espacio frente a la emergencia criminal.

Así mientras en la órbita de la tipicidad, el dolo específico termina para ser *dolus in re ipsa*, deducido lentamente de la objetiva existencia de las asociaciones, en el campo procesal, la jurisprudencia tiende a valerse de atajos procesales en tema de

prueba, para arribar a un rápido decisorio siguiendo la lógica de la eficiencia a costa de la pérdida de certeza del derecho.

La consecuencia de todo esto es que la búsqueda de la verdad en el campo de los procesos de crimen organizado se estructura siguiendo modelos alternativos, gnoseológicamente compatibles con el parámetro de una verdad procesal antes que de una verdad históricamente aceptada.

3.1.6 El momento consumativo

En cuanto a la consumación del delito, puede decirse que se da con la constitución de la asociación, independientemente de la realización de los delitos programados.

Se trata pues de un delito de peligro, y al menos siguiendo la opinión prevaleciente, el peligro no está referido en concreto (delito de peligro abstracto).

De esto deriva aún la naturaleza permanente del crimen que se interrumpe con la disolución de la asociación, o cuando el número de los asociados deviene en menos de tres.

3.2 Art. 416 bis C.P. (asociación de tipo mafioso)

Dice el art. 416 bis:

"Cualquiera que forma parte de una asociación de tipo mafioso formada por tres o más personas, es punible con la reclusión de tres a seis años."

Aquellos que promuevan, dirijan u organicen la asociación son punibles solo por eso, con la reclusión de cuatro a nueve años."

La asociación es de tipo mafiosa cuando aquellos que la componen se valen de la fuerza intimidatoria, del vínculo asociativo y la condición de sujeción y de silencio para cometer delitos, para adquirir de modo directo o indirecto la gestión o de cualquier modo el control de actividad económica, de concesiones, de autoriza-

ciones, adjudicaciones y servicios públicos, o para realizar aprovechamientos, o ventajitas injustas para si o para otros, o bien a fin de impedir o de obstaculizar el libre ejercicio del voto o de procurar votos a si mismo o a otros en ocasión de consulta electoral.

Si la asociación es armada se aplica la pena de la reclusión de 4 a 10 años en los casos previstos en el I inc. I de 5 a 15 en los casos previstos en el II inc.

La asociación se considera armada cuando los participantes tienen la disponibilidad para la obtención de la finalidad de la asociación, de armas o materiales explosivos, incluso si los ocultan o tuviere en depósito.

Si la actividad económica de las que los asociados pretenden asumir o mantener bajo control es financiado en todo o en parte con el precio, el producto, o el provecho de delito, la pena establecida en los incisos precedentes es aumentada de un tercio a la mitad.

Frente al condenado es siempre obligatorio la confiscación de las cosas que sirvieron o fueron destinadas a cometer el delito y de las cosas que son el precio, el producto, el beneficio o que constituyó su empleo.

Las disposiciones del presente artículo se aplicarán también a la camorra y a las otras asociaciones, localmente nominadas, que valiéndose de la fuerza intimidatoria del vínculo asociativo persiguen intenciones correspondientes a aquellas de las asociaciones de tipo mafioso."

El art. 416 bis fue introducido en el art. 1 L. 13.09.1982 n. 646, a fin de llenar la pretendida laguna legislativa en orden a la represión de la asociación de tipo mafiosa de específica autonomía connotativa.

Es menester subrayar ante todo como el art. 416 bis para bien o para mal representa una norma cardinal en el sistema italiano en la lucha contra el crimen organizado.

La especificación del fenómeno de tipo mafioso, endémicamente inserto en una vasta parte del territorio italiano, es objeto

de indagación cuidadosa y multidisciplinaria desde perspectiva histórica, sociológica, política, ha generado no solo una respuesta *ad hoc* legislativa, sino sobre todo una copiosa literatura jurídica y penalista, inspirada en el tema.

En dicha norma, entre otras, hay inserto un amontonamiento de disposiciones penales y no penales, mezcla de los más diversos sectores del ordenamiento jurídico y de la misma vida de relación, convencionalmente agrupadas bajo la etiqueta de lucha contra la mafia que de hecho ha determinado una pérdida de adhesión frente a la totalidad del fenómeno. Otro tanto sucede por el continuo y confuso sucederse de una normativa primer y segundo grado poco inspirada en cánones de coherencia intrasistémica.

Por otra parte, como una confirmación del carácter emblemático del art. 416 bis, se debe remarcar que la norma ha determinado un curioso fenómeno de exportación.

En efecto, ordenamientos vecinos por tradición jurídico-cultural han introducido normas preventivas de represión en la imitación del art. 416 bis, para contraatacar más fuertemente fenómenos delictivos "nuevos", y en la conversión del carácter transaccional del crimen organizado de tipo mafioso.

En la formulación del hecho típico del art. 416 bis, el legislador ha privilegiado el recurso al método descriptivo-ejemplificativo con constantes señales en conceptos extrajurídicos, con contenido sociológico.

El esfuerzo legislativo de descripción de la conducta, según una impronta de fuerte disvalor social, es sin duda apreciable desde la óptica de reforzar la ofensividad de la conducta señalando la necesidad de la agresión a bienes jurídicos del orden público, entendido éste en sentido *material*, no de naturaleza formal. Además, la acentuación del disvalor penal, como se ha hecho notar termina por caer antes que sobre la finalidad criminal, sobre la metodología y su aparato organizativo.

Sin embargo, el ansia definitoria del legislador, sobre todo tomando conceptos sociológicos, corre el riesgo de disponer de una tutela simbólica del bien, y aún el peligro de una excesiva vaguedad de la figura, en tanto que, encontrándose las enfáticas y sugestivas formulas sustanciales en el terreno de los hechos concretos, las mismas sean presuntamente deducidos de la jurisprudencia circunstancial.

3.2.1 La conducta típica

Requisito fundamental de la asociación de tipo mafioso es la *fuerza de intimidación* del vínculo asociativo. Con ella se entiende substancialmente el *metus* del tercero en las confrontaciones con las asociaciones, conocidas por su peligrosidad intrínseca y por sus instrumentos de coacción.

Esta capacidad intimidatoria es en buena sustancia el *know-how* del que dispone la organización, *una etiqueta garantida y controlada* para aprovechar oportunamente como vía preferencial para la actuación del programa criminal.

El requisito de la intimidación es naturalmente el que acompaña típicamente la mera asociación criminal de base (art. 416) consistente como se dijo, en la organización estable.

El señalamiento textual en el art. 416 bis "al valerse de la fuerza de intimidación" milita a favor de la necesidad que la asociación de tipo mafioso haga *efectivamente* recurso en la vida cotidiana a la intimidación, y no simplemente, como quizás se ha sostenido que los asociados solo se hayan propuesto tal recurso de intimidación.

Corolario de requisito de la fuerza de intimidación es la "condición de sometimiento y de silencio" derivando su concreción de los conceptos contenidos especialmente en la jurisprudencia en tema de medidas de prevención. Sustancialmente por sometimiento se entiende la pesadilla psicológica de quien es potencialmente víctima de la intimidación, y que forma

una cualidad fisiológica en las asociaciones *delinquere-terzo*.

Bien entendido, el requisito del *metus* esta presente en otras figuras criminales (ej.: extorsión, violencia sexual) y se connota por la estrecha dependencia causal con el comportamiento del sujeto activo, y se agotan en tal momento específico criminal. En la asociación de tipo mafioso por el contrario representa un estado desgraciadamente ordinario propio *r* en su patología, derivante de la fuerza intrínseca de la organización y sobre todo difundido en un círculo indeterminado de personas.

Las mismas consideraciones valen *mutatis mutandis* en orden al concepto de silencio. También el silencio es mencionable como sensación difusa de una constante no disponibilidad a colaborar con la autoridad judicial para los fines de prueba temiendo la ritorsión de la asociación mafiosa, y no como mera resistencia meramente individual.

El nucleamiento de las estructuras de la asociación se desarrolla de acuerdo a los fines que persigue. La comisión de delitos, la adquisición de modo directo o indirecto de la gestión o del control de actividad económica, de concesiones, de autorizaciones, de adjudicación y servicios públicos o la realización — en típica función de salida — de provechos o ventajas injustas para sí o para otros, constituyen las específicas intenciones de la conducta asociativa de tipo mafioso.

Según algunos autores la lista tiene un carácter meramente ejemplificativo, la orientación sin embargo, no es plenamente compatible, debiéndose retener la formulación como específica. Para la subsistencia del delito es suficiente la presencia de una sola de las finalidades indicadas y no es ni siquiera necesaria la realización de las intenciones de la asociación.

El último inciso del art. 416 bis extiende la aplicación de la norma también a "la camorra y a las otras asociaciones localmente nominadas".

Se trata bien visto de una disposición superflua desde el momento que la misma

rúbrica del art. 416 bis habla de asociaciones “de tipo mafioso”, entendiendo con esto connotar desde un punto de vista sociológico una cierta tipología fenoménica, prescindiendo de la denominación.

3.2.2 Elemento subjetivo

Por cuanto concierne al elemento psicológico del crimen, éste consiste en la voluntad de formar parte de la asociación unida al conocimiento de las características de las mismas y de sus fines.

3.2.3 El concurso externo en la asociación de tipo mafioso

La configuración del concurso eventual de personas en la asociación de tipo mafioso es un problema para resolver obviamente siguiendo los principios de la teoría general del delito pues no representan desde una perspectiva *stricto sensu* técnico-jurídica alguna especificidad.

Sirven a ese respecto las consideraciones ya expresadas en orden al art. 416 (cf. supra 3.1.4).

Sin embargo, la cuestión ha terminado por asumir un sentido cargado de significaciones socio-políticas que traspasa los confines puramente penales y asume contornos metajurídicos.

Un proceso similar se aprecia en algunas degeneraciones de la práctica aplicable jurisprudencialmente que no se hace cargo de la dilatación de la figura de la asociación de tipo mafioso a nivel normativo, y ha encontrado cómodo recurrir al instituto del concurso eventual de personas (art. 110 *et seq.*) para delinear ulteriores responsabilidades. Esto se advierte en principio con el análisis de sujetos “neutros” sospechoso en la línea de frontera entre la figura del partícipe y aquella del colateral.

Desde un punto de vista jurídico, no aparecen dificultades particulares en orden a la configuración del concurso eventual, y a la luz de los dictados del art. 110. Más

problemático en cambio se presenta la posibilidad de distinguir y de allí de recortar con suficiente nitidez, el rol del partícipe y aquel del concurrente. En principio, partícipe es aquel que presta su operación en modo *estructurado* y *orgánico* siendo a título pleno miembro de la asociación. Concurrente es por el contrario aquel que no siendo parte de la organización se limita a proveer una contribución desde afuera en cualquier modo de soporte a la estructura y a los fines de la organización. Es obvio subrayar que una similar diferenciación conceptualmente clara, se encuentra en la realidad con los problemas de la prueba. Sobre todo si se piensa en la tradicional dificultad de los órganos investigadores en orden al descubrimiento de la sociedad criminal y a la incertidumbre sobre la posición del sujeto y en que ha consistido el aporte de la persona implicada.

En buena medida si me es permitido un juicio comprensivo crítico sobre el punto, la utilización de la figura del concurso eventual en la asociación mafiosa siempre obedece, en la lógica jurisprudencial, y con un vicio metodológico de base, a criterios de simplificación procesal y de extensión de las áreas de punibilidad. En este sentido el recurso al instituto de parte general del concurso de personas termina por ser un cómodo atajo para avalar instancias de punición de sujetos frente a los cuales no es obtenida la prueba de la inserción orgánica en la asociación. A su respecto sin embargo se esta emotivamente persuadido de la necesidad de punirlos, en la óptica de represión genérica de quienes están en las inmediaciones y se tienen por socialmente peligrosos.

En la jurisprudencia, después de oscilaciones e incertidumbres es definitivamente prevaleciente el principio, reconocido también por la *Sezioni Unite della Cassazione* (Cass, sez. Unite, 5 octubre 1994, ric. Demitry), de la admisibilidad del concurso externo. En particular “el concurrente eventual es por definición aquel que no quiere formar parte de la asociación y que la asociación no llama a formar parte, pero al

cual se dirige sea, por ejemplo, para colmar algún vacío en un determinado rol, sea sobretudo en el momento en que la "fisiología" de la asociación entra en fibrilación".

La doctrina parece en cambio mas cauta ante la evidencia que en formulación del art. 110 no está tipificado el rol del concurrente, y por tanto se corra el riesgo de incriminaciones dirigidas a conductas despojadas de cualquier aporte causal calificable.

Como ya se ha observado, en el último análisis, la tensión entre la doctrina y la jurisprudencia se reduce a la tijera entre la presunta instancia de defensa social, de la que es garante la jurisprudencia frente a formas de contigüidad política económica, y profesional con el crimen organizado y las exigencias de salvaguarda de los principios del Estado de Derecho.

3.2.4 *El concurso de crímenes*

Está controvertida en doctrina y jurisprudencia la problemática en orden a las relaciones entre los arts. 416 y 416 bis. La orientación que ve en el requisito de la fuerza de intimidación del el art. 416 bis un carácter sustitutivo de la organización permanente se inclina por reconocer posible el concurso entre las dos figuras delictivas. Al contrario, la tesis mayoritaria que comparte considera al art. 416 bis norma especial en virtud de reconocer al método mafioso un valor agregado respecto a la naturaleza simple de la asociación para delinquir.

3.3 *Art. 416 ter (el cambio electoral político-mafioso)*

Dice este artículo:

"La pena establecida en el primer inciso del artículo 416 bis se aplica a quien obtiene la promesa de votos prevista en el tercer inciso del mismo artículo 416 bis a cambio de la erogación de dinero."

La figura en cuestión está introducida en el art. 11 ter D.L. 08.06.1992 n. 306 convertido en L. 07.08.1992 n. 356. También en este caso, siguiendo un método actualmente recurrente en la génesis normativa, la disposición ha buscado fijar jurídicamente y recurriendo al abusado instrumento penal, el fenómeno social del así llamado voto de cambio, emergido preponderantemente en el escenario de los últimos años de las indagaciones judiciales relativas a la individualización de las áreas de convivencia político-mafiosa.

El art. 416 ter incrimina una suerte de contrato de prestación sinalagmático de naturaleza ilícita, entre organizaciones mafiosas y poderes políticos, donde la primera se obliga a la promesa de votos a cambio de la contraprestación de erogaciones de dinero del otro contratante.

Si bien la norma no hace referencia textual a la organización de tipo mafioso la interpretación sistemática, los trabajos preparativos y el señalamiento del art. 416 bis implican la necesaria presencia de la asociación en mafiosa aquella que promete el apoyo electoral.

La prohibición de analogía en *malam partem* excluye la posibilidad de configurar el delito en caso de promesas subordinadas a la utilidad y ventaja de naturaleza económica pero que no impliquen una entrega de dinero. La práctica registra así vacíos de tutela no justificables desde una óptica político-criminal y testimonia la alevosía y escasa técnica del legislador en la formulación de la figura penal.

La canalización del sufragio electoral piloteado mediante formas ilícitas comporta, en fin, la posibilidad de tener por tutelado en la norma el bien jurídico del libre ejercicio del voto más que el clásico orden público.

4. **El crimen organizado y la política criminal del futuro**

El derecho penal clásico encuentra fuerte resistencia para modelar la propia estrate-

gia de prevención y represión en las confrontaciones con el crimen organizado. En efecto el modelo tradicional de ilícito penal de combate era históricamente concentrado en el delito de evento monosubjetivo, lesivo de bienes jurídicos individuales.

El crimen organizado por el contrario es por definición crimen asociativo, a menudo exteriorizado en comportamientos lícitos, agresivos de intereses supraindividuales e inmateriales, emergente de una organización ramificada y presente en el territorio gracias a la connivencia con poderes institucionales.

Pero sobre todo el crimen organizado no es definible en función del delito típico cometido; aún más, su evanescencia depende de la extrema adaptabilidad que posee y que en último análisis devela la intrínseca peligrosidad social.

En otros términos, el crimen asociativo se estructura en las formas y en los modos requeridos por el mercado. Siguiendo una óptica macroeconómica, la demanda del usuario viene seguida por el crimen organizado, que entonces invierte en la oferta de aquel servicio. De tal modo, la prestación económica ofrecida presenta requisitos de indudable apetencia para la sociedad criminal, en cuanto *in primis* es consciente de operar en una franja de mercado que requiere tal tipo de prestación.

Además el impulso negativo de que dispone (la fuerza intimidatoria poseída en la base) le permite adquirir inmediatamente una posición de supremacía dominante en el mercado.

En última instancia, los enormes provechos derivados de la gestión de los enriquecimientos ilícitos producidos como fruto de actividades criminales le permiten disfrutar de un deslumbrante rédito de posición. Desde esta óptica entonces no solo los medios económicos de los que dispone como punto de partida son ex-

traordinarios sino que además vienen inmersos y reinvertidos en nuevos circuitos haciendo dificultoso discernir en ellos el origen ilícito.

Si se mira el panorama delictivo de los últimos años, el fenómeno aparece con toda evidencia. Prestaciones de origen lícito o ilícito requeridas por el consumidor son gerenciadas en función *exclusiva* (droga, prostitución) o vicarial (cigarrillos, lotto, apuestas clandestinas) del Estado, aprovechando la confusión de la máquina de la Administración Pública.

En otro sentido se intuyen las consecuencias en términos de disfuncionalidad que tal mecanismo perverso produce en el sistema de la vida social, y marcadamente en el mercado. El peso específico alcanzado por el crimen organizado termina en efecto, por falsear la libertad del sistema económico alterando la *par condicio* y las mismas reglas de juego del mercado, de modo que los efectos negativos de la injerencia de tipo mafioso en el circuito económico-financiero se propagan en gran medida, en una suerte de diabólica reacción en cadena.

Las consideraciones que preceden explican por sí mismas cuáles tendencias deberá tener en cuenta una política criminal que quiera contrarrestar en modo inteligente en el futuro una similar patología social. Si el crimen organizado se apropia en definitiva de los espacios dejados sin la tutela del Estado y disfruta hábilmente el descontento de la opinión pública en cuanto a servicios de prestación, el desenvolvimiento de la sanción penal aparece disminuida y consecencial.

Intervenir sobre la causa del fenómeno a través de una sabia operación *social* de prevención representa entonces un imperativo irrenunciable, el cual presupone una política penal confinada en la justa dimensión de la represión de comportamientos realmente ofensivos y no gestables a través de la constitución de ilícitos extrapenales.