

EL ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE COMO FILTRO SISTÉMICO DE LA CRIMINALIDAD ECONÓMICA SOFISTICADA

RAÚL CERVINI

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

I. Consideraciones preliminares

1. Una exacta identificación y comprensión de la criminalidad económica sofisticada (extra criminalidad económica) requiere una evaluación estructural global indispensable 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 recurso típico, atípico o eventualmente abusivo de los citados mecanismos económicos.

2. Tradicionalmente 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 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.

3. Más recientemente, desde el ámbito de la teoría económica se sugiere otra metodología posible para el análisis de la extra- criminalidad económica, a nuestro juicio complementaria. Esta 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?¹ Nosotros agregaríamos ¿cuándo puede decirse que excede los límites de lo éticamente lícito y económicamente abusivo? La interrogante central está en ¿cuándo se está ante una conducta objetivamente abusiva? ¿Cuándo ese abuso adquiere relevancia penal? Para responder a estas preguntas se requiere una vía metodológica adicional.

Precisamente, este segundo método (*tomográfico*) procura responder esos cuestionamientos básicos desde las entrañas de los mecanismos involucrados. Presupone una penetración gradual en el fenómeno económico, desde sus instancias macro a manifestaciones micro, a través del análisis científico de sus mecanismos. El sistema 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 el modelo de desviación por comparación. Esta metodología tiene raíz empírica y su clave radica en la naturaleza de los supuestos y en el vínculo entre los términos teóricos y la observación. Los datos de la observación

¹TIEDEMANN, Klaus: ""Poder Económico y Delito (Introducción al Derecho Penal Económico y de la Empresa)", Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1985,..", op. cit. , p. 58.

de cada segmento o sector involucrado y la cuidadora comparación entre ellos, se canalizan a través de un "lenguaje de vinculación" que otorga un justificado nivel de comprensión de los mecanismos.²

4. A nuestro modo de ver las dos metodologías de apreciación a las que hemos llamado análisis *clínico-sintomatológico* y *análisis tomográfico* no son de modo alguno contrapuestas, sino sustancialmente complementarias y confluyentes por representar perspectivas diferentes de una misma realidad estructural, analizada sucesivamente desde sus síntomas sociales y desde la intimidad de los propios mecanismos económicos, cuyo uso abusivo se manifiesta en las precitadas notas o síntomas.

El primer método, necesariamente atemperado por una perspectiva estructural, sirve fundamentalmente para definir la existencia del fenómeno y evaluar críticamente las disfunciones del control formal en todos sus aspectos (legislativo, administrativo y judicial). El segundo, aparece como extremadamente idóneo para un acotamiento racional y efectivo de los márgenes de invulnerabilidad que desde la perspectiva tradicional caracterizan a estas formas de extradelinquencia y ello, sin declinar las garantías inherentes al Estado Democrático de Derecho..

5. Dicho lo anterior debe señalarse que las principales notas externas, o síntomas propios de la extra delincuencia económica, que pone en evidencia el criterio clínico son: la transnacionalización de las actividades críticas; apariencia externa de legalidad; existencia de networks ilícitos; la mutabilidad; carácter difuso de la víctima; los altos márgenes de impunidad y el abuso de la posición dominante.. La última nota señalada, por su relevancia y actualidad, justifica un análisis particularizado.

II Abuso de la Posición Dominante

1. Los delitos económicos más sofisticados traducen inequívocamente un abuso de la posición dominante, un uso abusivo de los recursos de poder que se disponen. Para nosotros éste 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"³. El abuso de poder, expresa Klaus TIEDEMANN, radica en que una persona natural o jurídica, que por vías absolutamente legales ha alcanzado una situación prominente, jurídica o fáctica, utiliza ésta en una forma objetivamente abusiva.⁴ La noción de "abuso de poder" se encuentra a su vez conectada con las variables que lo expresan.

Hemos dicho hace veinte años⁵, que en los últimos lustros el interés prioritario de los criminólogos se centra en el estudio de una nueva categoría de análisis, que el Prof. VERSELE⁶ denominó "cifras doradas" de criminalidad. Dicho publicista puso en evidencia que, aparte de la cifra negra de delincuentes "clásicos" que escapan a toda detección o conocimiento oficial, existe una cifra dorada de criminales que tienen el poder político y lo ejercen impunemente para su propio beneficio o el de una

² RYAN, Bob, SCAPENS, Robert W y THEOBALD, Michael: "Research Method & Methodology in Finance & Accounting", Thomson, Londres, 2002, p. 40)

³ WEBER, Max: "Wirtschaft und Gersellschaft", T. II, Tubinga, 1976, p. 531.

⁴ TIEDEMANN, Klaus: "Poder Económico y Delito op cit", p. 57 y ss.

⁵ CERVINI, Raúl: "Análisis Criminológico del Fenómeno del Delito Organizado", en Revista Doctrina Penal, Editorial Depalma, Buenos Aires, No. 40, octubre-diciembre 1987, p. 698 y ss. Específicamente en portugués: "Análise Criminológica do Fenômeno do Delito Organizado", en Ciência e Política Criminal em Honra de Heleno Fragoso, op. colectiva, organizador: Prof. Joao Marcello de Araujo Jr., Editora Forense, Río de Janeiro, 1992, p. 488.

⁶ VERSELE, Servin Carlos: "Las Cifras Doradas de la Delincuencia", en Revista ILANUD AL DIA, Año 1, No. 1, San José, 1978, p. 21.

minoría, o que disponen de un poder económico que se desarrolla en detrimento del conjunto de la sociedad y los sitúa fuera del alcance del sistema penal. No pueden tener otro sentido las connivencias político-económicas, las colusiones político-financieras, sutiles peculados, colusiones disfrazadas y abusos reales que resultan favorecidos tanto por lagunas normativas más o menos deliberadas como por complacencias más o menos conscientes. En síntesis, existirían una serie de actividades socialmente nocivas y peligrosas que el poder político y la fortaleza económica, muchas veces aliados en combinaciones estructuradas y disfrazadas con enorme habilidad, protegen de toda detección y eventual sanción.

2. 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 elite, parecen avalar esta flexibilización de conceptos. Así, para Robert A. DAHL⁷, 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, aparecen como permanentemente cambiantes, ya que estamos ante el mero ejercicio de una actividad a la que todos tienen, en teoría, igual posibilidad de acceso.⁸

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 CATHARINO⁹, salvo en las pequeñas empresas en que la dirección técnica y supervisión material suele ser ejercida directamente por sus dueños, se ha ido produciendo un proceso inverso que él llama de "dependencia técnica invertida", en virtud del cual, desde el punto de vista técnico-funcional, los empleados especializados pueden llegar a detentar la última palabra en los aspectos operativos en que intervienen.¹⁰

En forma creciente, los autores angloamericanos¹¹ 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

⁷DAHL, Robert A.: "Who Governs? Democracy and Power in American City", New Haven, London, 1961.

⁸Sin perjuicio de lo expuesto, y desde un punto de vista diferente, histórico-estructural, se observa que el delito, como fenómeno social, cambia constantemente de aspecto. Junto a unas determinadas formas de vida socio-económicas, política y cultural, surgidas en cada época, ha aparecido un tipo de delincuencia característica de ese período determinado que, al igual que esas formas de vida, ha ido cediendo al cambio de los tiempos y la cultura. La criminalidad moderna, de un modo general, se caracteriza por la urbanización, el carácter anónimo de las relaciones humanas, la falta de transparencia de las situaciones, el fracaso de los controles sociales e informales y, precisamente, por las grandes concentraciones de poder político y económico, la especialización profesional, el dominio tecnológico y niveles acentuados de estrategia y proyección global.

⁹MARTINS CATHARINO, José: "Compendio Universitario de Direito do Trabalho", Vol. I, San Pablo, 1972, p. 245.

¹⁰Estas 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.

¹¹CLINARD, Marshall y QUINNEY, Richard: "Criminal Behavior Systems. A Typology", 2da. Edic., Holt, Rinehart y Winston, N. York, 1973, p. 56 y ss.

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.¹²

3. Estas categorías de análisis -aparentemente ajenas a nuestra realidad inmediata- distan por cierto de ser teóricas. Es un hecho reconocido que ciertos individuos y los sindicatos de 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 fronteras¹³ mediante la retracción “virtual” de la oferta financiera o el manejo puntual de información privilegiada (Teoría de los “faroles en el póquer”).

Acontecimientos de hace tres lustros pusieron en evidencia macromanipulaciones financieras por las que a través de mercados de capitales totalmente computarizados un operador aparentemente aislado, y seguramente sin control, precipitó desde Singapur la caída de un banco inglés conmocionando la estabilidad financiera de otras muchas instituciones. Años más tarde hemos sido testigo de cómo otros especuladores internacionales movilizaron más de trescientos millones de dólares diarios atacando algunas monedas débiles. Es un hecho comprobable que el “dong” vietnamita, el “rigir” de Malasia, el “bath” de Tailandia, la “rupia” indonesia y el “peso” filipino, fueron en su momento virtualmente sentenciados por especuladores internacionales que en el período inmediato anterior habían apostado crecientemente a contratos a término (futuros) de contenido y alcance por demás sugestivo y preocupante. Es decir, los datos se encuentran relativamente accesibles, basta interpretarlos en toda su potencialidad de daño como manifestaciones abusivas de variables del poder, lo que al parecer muchos no se encuentran dispuestos o en condiciones técnicas de enfrentar. Esto es macro o extra-victimización económica. También el llamado “Caso Argentina” es paradigmático, principalmente durante el período diciembre 2001 a marzo 2003. En ese contexto se deben inscribir las manipulaciones que siguen realizando algunos Brokers sobre los papeles de deuda pública de nuestra región, hecho reiteradamente denunciado y también suficientemente probado.¹⁴

El Profesor Bernard HELM ROGERS, ex Asesor Principal de Auditoría Federal ante la Comisión de Valores de Nueva York, en nota editorial aparecida en el número de julio de 2002 de la prestigiosa publicación East American Review, ha expresado con clara contundencia: “... irrita la pasividad de la comunidad económica internacional y más concretamente la que de nuestra Comisión de Valores frente a agresiva especulación que hoy padecen los valores globales sudamericanos. En los hechos ninguna de esas naciones está en condiciones de contrarrestar eficazmente los manejos abusivos de los grandes traders de valores, los que irónicamente, con creciente frecuencia actúan como brazo operativo de las mismas Calificadoras de Riesgo País ...”, “... el impacto de apertura; las formas de oferta y contabilización grupal; los variados filtros de la oferta; las formas de compensación virtual entre operadores ocultos; la discontinuidad operativa programada; falta de transparencia de las transacciones y la propia realimentación sistémica del mercado, son mecanismos que aisladamente pueden aceptarse e incluso justificarse pero que actuando en conjunto operan como herramientas del abuso de la posición dominante idóneas para colocar a los valores soberanos globales y economía de muchos países a la deriva. Reflexionemos estimulados por las consecuencias: una jornada “movida” significa una ganancia terminal del 400% y un daño colateral de imprevisibles consecuencias.”¹⁵

¹²THORWARD, Jürgen: "Crime and Science", New York, 1966, p. 77.

¹³SIBARIN, Frank: "Mecanismos macro-económicos y Delincuencia Financiera", ponencia al 2do. Encuentro de Consejos Consultivo y de Dirección del ICEPS, New York, diciembre 1994.

¹⁴Sobre el tema: VALO, Serge: “El abuso del factor especulativo”, Revista de Economía Social de México, No. 16, México, setiembre 2002, p. 30. También resultan ilustrativas las notas editoriales “Manejo con Bonos de Países de la Región en Estados Unidos” y Bajas Provocadas” aparecidas en la Sección Económica del diario Ultimas Noticias de Montevideo del viernes 12 de julio del 2002.

¹⁵ HELM ROGERS, Bernard: “Inquietud y Reflexión- Tormentas especulativas”, en East American Review, Vol. VI, No. 12, Washington, julio 2002.

4. El capitalismo del siglo XIX de la era industrial ha evolucionado hasta los actuales mercados de la era de la información que giran en torno a una suerte de "ciber-espacio financiero", muy alejado de las realidades cotidianas, de las necesidades humanas y de toda estrategia actual de control. Esta suerte de globalización informático-financiera no proyectada, ni preventivamente advertida, pone de manifiesto en su versión más patética y descarnada la importancia de la especialización profesional como variable de abuso de poder, en este último caso inexorablemente unida al abuso del poder económico. La *"teoría de los juegos"* (VON NEUMANN), el *"modelo del caos dinámico"* (RUBIELS), el *"modelo de compensación virtual"* (LITCOT) o el reciente *"modelo Green"*, normalmente conocido como "patear las mesas (de cambio)" demuestran que las reglas de la interacción puntual entre operadores especializados son en la sociedad actual tan fundamentales, o más, que las viejas reglas de mercado.

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

La teoría económica trata de los mercados y de las fallas del mercado pero no ha considerado hasta la fecha, con la necesaria profundidad, el tema de los "commons" (bienes de uso común) ni sus reglas de acceso y asignación, salvo si tales "commons" son susceptibles de apropiación. Hoy en día, la mayoría de los temas macro que atañen a las sociedades humanas (por consiguiente, los de mayor dañosidad potencial) involucran el manejo de bienes de uso común globales. La llamada "ruleta global" ha pasado a ser regida de la clásica competencia de mercado (ganar-perder) a una nueva forma de comunidad cibernética inherentemente expuesta a los potenciales desvíos de operadores normalmente fuera de control. La mayoría de los libros de texto todavía no enseñan cómo reconocer si un mercado se transforma en un "commons", ni hay tampoco acuerdo total respecto a cuáles son las formas más idóneas y efectivas de contrarrestar las facultades de sus operadores. Evidentemente ha surgido un nuevo "pie invisible" que presiona el acelerador del ciber-espacio financiero sin mayor control. Se pone énfasis en que estos especuladores profesionales, "actores reales" de nuestros tiempos, que pueden poner en peligro todo el sistema, actúan normalmente en función de su propio interés, en un campo mayoritariamente no reglado.¹⁶ 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.

5. Hoy día nos enfrentamos a una crisis de trascendencia global originada en el descontrol sobre los manejos especulativos en el mundo financiero. Actores del mercado presionaron el acelerador del ciber-espacio financiero más allá de todo lo razonable y económicamente tolerable. La distancia entre la economía virtual y la real se hizo insostenible y el nexo que las unía se rompió o al menos se encuentra lo suficientemente debilitado como para provocar la desconfianza en los ciudadanos y un apreciable descontrol de los mercados. Todo ello era ciertamente previsible y fue efectivamente previsto por varios publicistas.

Ya hace muchos años, en diciembre de 1994, durante el desarrollo en Nueva York de la 3era. Reunión Conjunta de los Consejos Consultivo y de Dirección del INTERNATIONAL CENTER OF ECONOMIC PENAL STUDIES (ICEPS), y en el transcurso de su exposición preliminar a la Sección de Trabajo N° III (Macrocriminalidad Económica y Riesgos Corporativos), el Prof. Saúl Larren

¹⁶ Sobre el tema Alan E. BRILL, Fletcher N. BALDWIN JR. & Robert J. MUNRO, "Cybercrime & Security", tratado de referencia en tres volúmenes. Pauline C. Reich ed., 2008.

BLOVICH expresaba con su acostumbrada clarividencia: *"Las nuevas expresiones de la criminalidad económica organizada se prevalecen de una gama de instrumentos y mecanismos operativos extremadamente complejos. Esa tecnificación de recursos empleada por ciertos actores especulativos de los mercados dificulta al máximo los procesos de interpretación, captación y prevención de sus actos, los que normalmente por su complejidad y naturaleza expansiva implican un incremento de la vulnerabilidad del sistema precisamente frente a los casos de mayor dañosidad social"*.¹⁷ El mismo expositor reconocía 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 debería resolver en términos de oportunidad y eficiencia del control (público y privado) dentro de un marco de libertad. En tiempos de crisis superlativa, estos principios tienden a debilitarse. Precisamente, el fino equilibrio de las variables del control -tanto en el plano nacional como internacional- y la libertad de accionar en los mercados (más o menos reglada conforme al potencial riesgo social) , es el tema de nuestros tiempos.

III A modo de reflexión final

Como vemos resulta imprescindible resaltar la importancia de esta nueva forma horizontal de poder expresada en la especialización profesional y el dominio funcional de los medios tecnológicos. Este factor, en muchos casos, puede operar como filtro del sistema en forma independiente al poder económico y al poder político, así como en otras oportunidades se constata su funcionamiento simultáneo o subordinado con alguna de las otras variables de poder, siempre operando como instrumentos de un mismo proceso de selección.

A través del juego muchas veces combinado de estos factores de poder (económico, político y especialización profesional), se filtran del sistema penal hechos gravemente perjudiciales para la comunidad nacional e internacional que no son incriminados por las normas penales y otros comportamientos teóricamente susceptibles de penalización que no son generalmente perseguidos jurídicamente, o por lo menos no lo son con la eficacia que la comunidad aspira.

Se habrá avanzado mucho si comprendemos que la criminalidad en su conjunto (convencional o no convencional) es simplemente un sub-producto estructural. Por ello todas las notas características de la extra-delincuencia se vinculan, tanto a las estructuras del quehacer económico como a las del control social formal. La realidad las exhibe íntimamente compenetradas, al punto que los grados de desviación abusiva de los mecanismos económicos están, en mayor o menor medida, asociados a los niveles de eficacia del control, consecuentemente no pueden comprenderse acabadamente las disfunciones de este último sin conocer de modo íntimo la mecánica de los primeros. Por ello es imperioso recurrir a una metodología integradora, la cual trasuntará evidente trascendencia dogmática en el ámbito de las garantías.

¹⁷Anales de la 3er. Reunión Conjunta de Consejos de Dirección y Consultivo del INTERNATIONAL CENTER OF ECONOMIC PENAL STUDIES, Sección de Trabajo No. III, Macrodelinuencia Económica y Riesgos Corporativos, V. M. Doc. AC67//94, Nueva York, 1994, p. 61.