

EL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO, SUS OBLIGACIONES Y CRITERIOS PARA LA ELABORACION DE LAS MATRICES DE RIESGO

Raúl Cervini¹

1. Origen y antecedentes.

- 1.1. Los antecedentes del instituto analizado pueden rastrearse desde distintas perspectivas. La publicista brasilera Vanessa ALESSI MANZI ⁽²⁾ en valiosa monografía, encuentra los antecedentes más remotos del instituto analizado, en la Creación del Board of Governors of the Federal Reserve e los EEUU en 1913. Nosotros preferimos remitirnos estrictamente a los acuerdos y documentos a través de los cuales se perfila, directa o indirectamente, pero con suficiente nitidez la figura del Oficial de Cumplimiento.⁽³⁾
- 1.2. En la jurisdicción de los Estados Unidos de América, la idea de Compliance emerge con la creación del Prudential Securities en 1950 y con la Regulación del SEC de 1960, donde con toda claridad se hace referencia a la necesidad de institucionalizar los “Compliance Officers” con la finalidad de crear- en su ámbito- procedimientos de control, monitorear operaciones y entrenar personal.

¹ Catedrático Derecho Penal en la Universidad Católica del Uruguay; Profesor (G4) en la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de la República; Integrante del Collegio dei docenti del Dottorato di Ricerca en las Universidades de Salerno Urbino y Federico II Nápoles. Secretario General para América Latina y 2do. Vicepresidente del Consejo Consultivo Internacional del ICEPS

² ALESSI MANZI, Vanessa: “Compliance no Brasil: Consolidação e Perspectivas. San Pablo: Saint Paul, 2008, pág. 27.

³ BACRIE, Stephane: “Drugs and Financial System, European Report, 1998”. Informe ICEPS (VM) a la Reunión de Nueva York de diciembre 1998.

A un nivel más general con relación al sistema financiero en su conjunto, las leyes de Informes sobre Monedas y Transacciones Extranjeras conocida como Ley del Secreto Bancario (BSA) de 1970 (obligación de completar el formulario 4789 del Departamento de Hacienda “Currency Transaction Report” o CTR) y la posterior ley ampliatoria de la “Currency Transaction Report” (obligación de denuncia al Tesoro de operaciones en efectivo superior a los US\$ 10.000) .generan un ámbito funcional propio del Compliance pero no mencionan expresamente a la persona encargada de la consiguiente tarea.

La Reglamentación de la Ley sobre Secreto Bancario de abril de 1996 que establece *la obligación de reportar operaciones sospechosas* mediante el formulario SAR ante el FinCEN. La ley del 96 alude expresamente por primera vez, en términos de obligación general del sistema financiero estadounidense, a aquellos que designa como “...Oficiales internos para cumplimiento de la Ley y prevención de riesgo corporativo...”⁽⁴⁾

- 1.3. En lo que refiere al Ámbito Europeo la Convención Relativa a las Obligaciones de Diligencia de los Bancos en el Marco de la Asociación de Bancos Suizos aprobada el 9 de diciembre de 1977 establece las bases de un sistema de autorregulación de conducta de la profesión, bancaria cuya observancia se establece como recíprocamente obligatoria entre las instituciones y su incumplimiento resulta susceptible de ser sancionado por multas y otras penalidades a favor de la Asociación de Bancos Suizos.

Este acuerdo sienta las bases de una correcta y fidedigna identificación del cliente; la obligación de identificar no sólo al contratante ostensible sino al verdadero titular del derecho económico (cliente sustantivo) y la carga de monitoreo de sus operaciones. A efectos de implementar el referido sistema, la Regulación 276- 6b de enero 1978, hace una primer y expresa referencia a la necesidad de “formar adecuadamente a los funcionarios bancarios encargados de

4 Conf.: Sobre el tema Alan E. BRILL, Fletcher N. Baldwin JR. & Robert J. MUNRO, “Cybercrime & Security”, tratado de referencia en tres volúmenes. Tomo I, Pauline C. Reich ed., 2008, pag. 65.

cumplir esas tareas tan sensibles...” En ese instante empieza a dibujarse la figura del Oficial de Cumplimiento. en el marco europeo.⁽⁵⁾

Lo cierto es que estas obligaciones de naturaleza original autorregulatoria fueron luego progresivamente expropiadas por la normativa nacional de la Federación Suiza, originalmente, y todos los países europeos a la fecha, y en forma casi paralela las Agencias Estatales del Control proceden a realizar un virtual desplazamiento de las cargas de vigilancias (propias en los agentes públicos) sobre los particulares (entidades financieras y sus funcionarios).⁽⁶⁾

Esta tendencia se consolida en Europa a partir de la aprobación de la Declaración de Principios de Basilea de 12 de diciembre de 1988. Emitida por el Comité de Regulaciones y Prácticas de Supervisión Bancaria formado por los Directores de los Bancos Centrales del Grupo de los Diez destinado a instituciones financieras de todo el mundo. Ratificada por la Circular 231 de la OCC.

Basilea establece seis paradigmas básicos:

Identificación del cliente, seguimiento operativo (monitoreo), resguardo documental, cumplimiento de las leyes, cooperación con las autoridades (dentro del contexto normativo), adhesión a los principios de la Convención por parte de los Bancos y todo su staff. Se aclara expresamente que las primeras premisas operativas “requerían de funcionarios especializados en cada institución”.

La Directiva Europea de Julio de 1991 establece la obligación de reportar operaciones sospechosas. Esta nueva carga “se adjudica primariamente a los

5 FLECK MOYANO, Patricia Luján: “Global Bank Risk”, Hasser, Berna, 2008, Cap I, p. 16

6 CERVINI, Raúl. Concerning Articles 305 bis and 305 ter of the Swiss Criminal Code (CPS) relating to money Laundering and lack of vigilance in the field of financial transactions. En: Law and Criminology Review. Publicación oficial de la School of Law, University of Texas at Austin, Vol. 10, (2), abril-junio, 1992. Pág. 101.

bancos pero se instrumentará por medio de Auditores o personal dedicado especialmente a las funciones de prevención corporativa.” (Relato del Consultor de la CEE, Sergio Vallini a la Secretaría General del Grupo Comunitario, Paper – GEO- 145/ 991)(7)

- 1.4. Más modernamente debemos mencionar a la Nota Interpretativa a la Recomendación N° 18 del GAFI, que establece “para las instituciones financieras, los dispositivos respecto de la gestión del cumplimiento *deberían incluir la designación de un oficial de cumplimiento...*”.

Lo mismo cabe manifestar, del Reglamento Modelo de la CICAD-OEA sobre delitos de lavado de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas, y otros delitos graves, que en su art. 21 titulado Programas de Cumplimiento Obligatorio por parte de las Instituciones Financieras, dispone en su párrafo tercero el deber por parte de estas últimas, en designar a funcionarios para vigilar el cumplimiento de los programas y procedimientos internos, entre otras tareas.

Finalmente, dentro de este somero esquema debe mencionarse el Acta Patriótica de los E.E.U.U. de octubre 2001, que en su art. 352 modificativo del art. 5318 h) de su Federal Criminal Code and Rules, expresa: que las entidades financieras, a fin de protegerse contra el lavado de dinero, deberán establecer programas antilavado de dinero, que deben incluir como mínimo:

- a) el desarrollo de políticas, procedimientos y controles internos;
- b) la designación de un “compliance officer”;
- c) un permanente programa de capacitación.

- 1.5. De modo concomitante al ya citado desplazamiento de las cargas de vigilancia hacia el sector privado, especialmente en el caso de las instituciones financieras,

7 Conf. CASTALDO, Andrea: “L’economia malata: la ricchezza di origine illecita. La lotta al riciclaggio nell’ ottica del diritto penale italiano. En: Doc. ICEPS: SGE/tb/261/2002, ponencia a Coloquio del Morton Banking Center de New York, diciembre 2002.

se fue consolidando progresivamente la necesidad, de que los sujetos obligados, tuvieran adecuadamente definida desde el punto de vista institucional la persona o personas (funcionario) a las cuales la normativa asigna esas crecientes responsabilidades en el ámbito del control interno operativo y la condición de canal de comunicación entre la respectiva institución y el sector público. Todo ello, reitero, relacionado con el complejo sistema de prevención que se les impone implementar a ciertos particulares.

2. **Concepto.**

- 2.1. **Concepto General.** En este escenario se fue perfilando la figura del Oficial de Cumplimiento (*Compliance Officer* en inglés), al que puede y debe definirse en virtud de las funciones que el propio sistema normativo le adjudica.

Se señala en términos introductorios que el Oficial de Cumplimiento es la persona responsable de vigilar la adecuada implementación y funcionamiento del Sistema de Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo en el sujeto obligado.⁽⁸⁾

Con más detalle el Reglamento Modelo indica que es el funcionario de nivel gerencial encargado de vigilar el cumplimiento de los programas y procedimientos internos, incluidos el mantenimiento de registros adecuados y la comunicación de transacciones sospechosas ⁽⁹⁾.

En otras palabras, es el funcionario corporativo encargado de verificar la existencia, suficiencia y eficacia de los mecanismos diseñados para prevenir el lavado de dinero ⁽¹⁰⁾.

8 www.sbs.gob.pe

9 Reglamento Modelo sobre el Delito de Lavado de Activos relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y otros Delitos Graves).

Consideramos, a modo de síntesis, que es aquel ejecutivo de una entidad financiera (en el sentido amplio, según el glosario del GAFI, CICAD-OEA, etc.) sobre el que recae la responsabilidad de diseñar, implantar y controlar el adecuado funcionamiento del sistema de prevención del LA/FT, constituyéndose en el nexo de comunicación entre el sujeto obligado que representa y las autoridades competentes.

2.2. El Oficial de Cumplimiento en la regulación nacional

2.2.1 Para los Bancos el artículo 136 de la Recopilación de Normas de Regulación y Control del Sistema Financiero (RNRCSF) define al oficial de cumplimiento como el funcionario de categoría personal superior ajeno a la función de Auditoría Interna: “... *responsable por el adecuado funcionamiento de las políticas, procedimientos y mecanismos de control implementados a efectos de identificar, medir, controlar y monitorear el riesgo de lavado de activos y financiamiento del terrorismo. [Responsable de] promover la permanente actualización de las políticas y procedimientos aplicados por la institución. [y] ... será el funcionario que sirva de enlace con los organismos competentes.*”(art. 291 literal c)

2.2.2 Para las empresas de Servicios Financieros¹¹, Transferencias de fondos y Casas de Cambio el artículo 291 literal c) RNRCSF en una definición casi idéntica, lo define como: “...*el responsable de la implantación, el seguimiento y control del adecuado funcionamiento del sistema, debiendo promover la permanente actualización de las políticas y procedimientos aplicados por la institución. Además, será el funcionario que servirá de enlace con los organismos competentes.*

“También será responsable de documentar en forma adecuada la evaluación de riesgos realizada por la casa de cambio y los procedimientos de control establecidos para mitigarlos, conservando la información sobre los controles, análisis de operaciones y otras actividades desarrolladas por los integrantes del área a su cargo.”

10 CALDERON, Edwin: Métodos de Control del Delito en el Sistema Financiero, en: “Comisión Andina de Juristas, Lavado de Dinero: El Sistema Legal y su Impacto Socio Económico”, primera edición, Lima, 2000, p. 140.

11 Regulados principalmente por la Ley 16.696 (en la redacción dada por la Ley 18.401) y la Recopilación de Normas de Regulación y Control del Sistema Financiero.

2.2.3 Para las Oficinas de Representación¹², el artículo 316 c) de la RNRCSF, también en una definición del estilo lo define como: “...*el responsable de la implantación, el seguimiento y control del adecuado funcionamiento del sistema preventivo [de lavado de dinero], debiendo promover la permanente actualización de las políticas y procedimientos aplicados por la institución. Además, será el funcionario que servirá de enlace con los organismos competentes.*”

2.2.4 La normativa de Intermediarios de Valores lo define con un criterio muy similar (RNMV Art. 186 literal c): “...*el responsable de la implantación, el seguimiento y control del adecuado funcionamiento del sistema. Además, será el funcionario que servirá de enlace con los organismos competentes. También será responsable de documentar en forma adecuada la evaluación de riesgos realizada por la institución y los procedimientos de control establecidos para mitigarlos, conservando la información sobre los controles, análisis de operaciones y otras actividades desarrolladas por los integrantes del área a su cargo.*”).

3. Reconocimiento normativo en el Uruguay.

3.1. Instituciones que deben contar con Oficial de Cumplimiento

Acompañando las iniciativas de carácter internacional, el ente regulador nacional, igualmente ha dispensado un especial y minucioso tratamiento, respecto al Oficial de Cumplimiento en la Recopilación de Normas de Regulación y Control del Sistema Financiero y en la Recopilación de Normas del Mercado de Valores, como se observa en detalle.

R.N.R.C.S.F., arts. 136 y 291 literal c) (¹³)	Bancos
R.N.R.C.S.F., arts. 136 y 291 literal c) (¹⁴)	Instituciones Financieras Externas

¹² Regulados principalmente por el Decreto Ley 15.322 y el Decreto 614/92 y la Recopilación de Normas de Regulación y Control del Sistema Financiero.

¹³ Bancos - Circular 1987 de fecha 03 de abril de 2008.

¹⁴ Instituciones Financieras Externas – punto 13 de la Circular 1987 de fecha 03 de abril de 2008. Reguladas principalmente por la Recopilación de Normas de Regulación y Control del Sistema

R.N.R.C.S.F., art. 291 literal c) ⁽¹⁵⁾	Casas de Cambio
R.N.R.C.S.F., arts. 136 y 291 literal c) ⁽¹⁶⁾	Bancos de Inversión
R.N.R.C.S.F., art. 316 literal c) ⁽¹⁷⁾	Representaciones de Entidades Financieras Constituidas en el Exterior
R.N.R.C.S.F., art 316 literal c) ⁽¹⁸⁾	Empresas Administradoras de Crédito
R.N.R.C.S.F., art. 291 literal c) ⁽¹⁹⁾	Empresas de Transferencias de Fondos

Financiero.

15 Casas de Cambio – Circular 2048 de fecha 05 de enero de 2010.

16 Bancos de Inversión – punto 13 de la Circular 1987 de fecha 03 de abril de 2008.

17 Representaciones de Entidades Financieras del exterior – Circular 2006 de fecha 03 de diciembre de 2008.

18 Empresas Administradoras de Crédito - Circular 2006 de fecha 03 de diciembre de 2008. Reguladas principalmente por la Recopilación de Normas de Regulación y Control del Sistema Financiero.

19 Empresas de Transferencias de Fondos – Circular 2078 de fecha 21 de febrero de 2011. Reguladas principalmente por la Recopilación de Normas de Regulación y Control del Sistema Financiero.

R.N.R.C.S.F., art. 291 literal c) ⁽²⁰⁾	Empresas de Servicios Financieros
R.N.M.V., art. 186 literal c) ⁽²¹⁾	Intermediarios de Valores
R.N.M.V., art. 186 literal c) ⁽²²⁾	Administradoras de Fondo de Inversión
R.N.M.V., art. 207 literal c) ⁽²³⁾	Asesores de Inversión
R.N.M.S.R.; art. 68 literal c) y 71 ⁽²⁴⁾	Empresas de Seguros y Reaseguros

3.2. Jerarquía.

Diversos cuerpos normativos de carácter internacional, han reconocido la trascendencia del rol que debe desempeñar el OC no solamente en la prevención del riesgo que representa para la empresa a la que pertenece, la utilización de la misma para el lavado de activos y/o la canalización de fondos para financiar el terrorismo, sino también por el aporte que brinda al *mantenimiento sanitario* del

20 Empresas de Servicios Financieros – Circular 2048 de fecha 05 de enero de 2010. Reguladas principalmente por la Recopilación de Normas de Regulación y Control del Sistema Financiero.

21 Intermediarios de Valores – Circular 1993 de fecha 17 de junio de 2008.

22 Administradoras de Fondos de Inversión- Circular 1993 de fecha 17 de junio de 2008.

23 Asesores de Inversión- Circular 2046 de fecha 05 de enero 2010. Regulados principalmente por la Ley 18.627 y su Decreto Reglamentario 322/011 y la Recopilación de Normas del Mercado de Valores.

24 Empresas de Seguros y Reaseguros- Circular 91 de fecha 21 de noviembre de 2008.

sistema financiero en su conjunto. En consecuencia estatuyen que su cargo deberá estar comprendido en los niveles gerenciales de la institución. En efecto, tanto la ya citada Nota Interpretativa a la Recomendación N° 18 del GAFI, como el Reglamento Modelo de la CICAD-OEA, establecen un *nivel gerencial para el Oficial de Cumplimiento*.

Del mismo modo, la reglamentación nacional dictada por el Banco Central del Uruguay y otros tantos reguladores en sus respectivas jurisdicciones, recogen este enfoque, imponiendo a las entidades sujetas a su regulación y supervisión, que el oficial de cumplimiento esté *comprendido en la categoría de personal superior*. En esta dirección, se aprecian las normas uruguayas que se detallan.

R.N.R.C.S.F., art. 536 literal b), 548	Instituciones de Intermediación Financiera
R.N.R.C.S.F., art. 536 literal b), 608, 610	Casas de Cambio
R.N.R.C.S.F., art. 536 literal b), 638, 639	Empresas Administradoras de Crédito
R.N.R.C.S.F., art. 657	Empresas de transferencia de fondos
R.N.R.C.S.F., art. 536 literal b), 608, 610	Empresas de Servicios Financieros
R.N.M.V., art. 188	Intermediarios de Valores

3.3. Protección legal.

La reciente modificación de legal, viene a reafirmar mediante el art. 3 inciso tercero de la Ley 17.835, en la redacción dada por el art. 1 de la Ley 18.494, la significación y trascendencia del Oficial de Cumplimiento, confiriendo un tratamiento de estricta reserva de su identidad, como modo de proteger la ejecución de su deber de colaboración, en su carácter de nexo con las autoridades.

3.4. Obligación de medios.

Por último, y no menos importante, se hace insoslayable ratificar que las obligaciones que recaen sobre el Oficial de Cumplimiento son de medios y no de resultado. Esto quiere decir que la actuación del citado profesional, no implica un blindaje impenetrable del sistema, no garantiza la inmunidad absoluta del sujeto obligado con respecto a una eventual operación de lavado, por el contrario, cumplirá con su deber cuando conduzca todos los esfuerzos necesarios, adoptando el debido cuidado técnico, tomando en cuenta los recursos (humanos y materiales) que ponga a su disposición la entidad obligada, para la más eficaz *administración del riesgo* de lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

Va de suyo que las funciones de *implementar* y *controlar* el funcionamiento del sistema interno de prevención, se erigen en cometidos primarios del Oficial de Cumplimiento, que hacen al cerne de su configuración funcional.²⁵

4. Funciones del Oficial de Cumplimiento.

4.1. La Federación Brasileira de Bancos Nacionales y la Asociación Brasileira de Bancos Internacionales han señalado en 2003 que la misión del oficial de Cumplimiento es la de asegurar, en conjunto con las demás áreas institucionales, la adecuación, el fortalecimiento y el funcionamiento del sistema de controles internos de la institución, procurando mitigar los riesgos de acuerdo con la complejidad de sus negocios, así como difundir la cultura de controles para asegurar el cumplimiento de las leyes y reglamentaciones existentes.

4.2. Teniendo en cuenta las exigencias funcionales contemporáneas que le son impuestas, corresponde sobresaltar la referencia al *diseño de políticas*, a la cual aludimos en el concepto introductorio, pues el Oficial de Cumplimiento hoy día,

25 CERVINI, Raúl: "Evolución de la Legislación Antilavado en el Uruguay". Cuadernillo FD, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Universidad Austral de Buenos Aires– Fapla, Curso de Posgrado: Administración del Riesgo de Prevención del lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo 2011. Agosto 2011, pág. 108 y ss. En el mismo sentido ver "Documento Básico sobre la Evolución del lavado de Activos en el Uruguay- Curso Certificación Oficiales de Cumplimiento- ISEDE-UCUDAL-2011" actualizado por el autor y el Prof. Christian Suárez Lucero, Montevideo, agosto 2011, ps 99 y ss. .

debe, no solamente abocarse a las tareas ejecutivas-operativas que le fueron clásicamente asignadas (conocimiento del cliente, seguimiento operativo, resguardo documental, presentación de reportes de operaciones sospechosas, formación) y a las posteriormente adjudicadas: (definición de perfiles de clientes, definición de los factores que conformarán las matrices de riesgo etc.), sino que, contemporáneamente también tendrá que involucrarse desde el inicio y con actitud proactiva, en la formulación de las políticas corporativas relacionadas con el cumplimiento normativo, así como la formación permanente de una “cultura del cumplimiento” de todos los funcionarios, asumiendo con clara independencia técnica, un rol protagónico en la implementación ejecutiva de estos y otros procedimientos de la entidad, atinentes al sistema integral de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

5. Instrumentos.

Es un hecho reconocido que el proceso de gestión de riesgo general de las instituciones financieras no cubre con la suficiente eficiencia las tareas asignadas al Oficial de Cumplimiento, principalmente aquellas relacionadas a la prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Por consiguiente, se hace necesario generar en el ámbito del Compliance Institucional Matrices de Riesgo o Matrices de Compliance que atiendan a las específicas necesidades y cargas del Cumplimiento Normativo.

La Matriz de Riesgo Regulatorio en sentido lato estará integrada por toda la regulación aplicable al sector obligado, las políticas internas aplicadas al negocio, su riesgo inherente, controles internos idóneos para mitigar esos riesgos, tests para validar esos controles, revisión permanente de los mismos y el riesgo residual.

Pero para la estructura de las Matrices de Riesgo de Compliance, es necesaria la ponderación de otras variables. Es fundamental la determinación y diseño de los Key Risk Indicators técnicamente idóneos. Estos indicadores de riesgo deberán ser racionalmente ajustados a cada área de negocios específica, ello constituye un imperativo categórico de la actuación profesional, en el entendido de que el Oficial de Cumplimiento solo estará en condiciones de monitorear adecuadamente

una actividad si conoce con absoluto detalle su funcionamiento. Consecuentemente, solo estará en condiciones de reportar una operación como sospechosa si cuenta con el aludido pertrechamiento técnico.

El paradigma conocido como “Conoce a tu cliente = conoce la(s) actividad(es) de tu cliente”, tiene implicaciones derivadas. Conocer la actividad del cliente, significa (a) conocer el conjunto de los nichos sectores empresariales viables de la respectiva jurisdicción; (b) conocer adecuadamente el sector de actividad dentro del cual el cliente se desenvuelve; (c) definir a modo general los parámetros de las empresa que integran el nicho (recursos, objetivos directos e indirectos, rentabilidad esperada, etc.); (d) conocer las relaciones entre los jugadores (empresas) que integran el mismo nicho de actividad; (e) en ese contexto pasar a conocer los objetivos, recursos, expectativas racionales de mercado etc., de la empresa analizada: y por último (f) analizar la trama de relaciones en lo interno del potencial cliente . Esta tarea requiere una postura metodológica que nosotros consideramos de gran eficacia para detectar y prevenir la mayoría de los delitos complejos y sofisticados. Precisamente sobre ese tema, a nuestro juicio fundamental, dedicaremos el segmento siguiente de nuestra exposición ⁽²⁶⁾.

6. Metodología apropiada para una adecuada estructura de las matrices de riesgo.

6.1. Metodología de apreciación de la macro delincuencia económica.

(Aspectos generales). Ya hemos señalado al comienzo e este estudio que SEVERIN considera al lavado de activos como una expresión de macro o extra criminalidad económica. ⁽²⁷⁾

26 CERVINI, Raul “Metodología para una adecuada comprensión, tipificación y aprehensión de la criminalidad económica (convencional y compleja)”, en Revista Estudios Jurídicos, Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, No. 6, Montevideo, junio 2009.

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

Resulta obvio que una exacta identificación y comprensión de los fenómenos de macro delincuencia 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 macro delictivos 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.

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 macro 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.⁽²⁸⁾

6.2. Análisis clínico-sintomatológico de la macro delincuencia económica.

(Planteo). Hecha esta salvedad, pasamos a referirnos en primer término a las características de la macro delincuencia económica desde el punto de vista de *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 la referida necesidad de análisis de un global y estructural de estos procesos. En caso contrario, el esfuerzo será siempre estéril.

Esas notas exteriores son: la transaccionalización de las actividades;²⁹ el abuso de la posición dominante;³⁰ la apariencia de legalidad fruto de la actuación de los

28 Sobre aspectos metodológicos ver CERVINI, Raúl: "Macrocriminalidad Económica. Apuntes...", op. cit. y "Nuevas formas de macrodelincuencia económica. Abordaje metodológico" En: AAVV. "Ensayos Penais em Homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Souza". Porto Alegre: Ricardo Lenz, junio 2003.

29 RESTA, Elgio: "Relato sobre Aspectos Sociales", ponencia al Congreso de la Asociación Internacional de Seguridad Social realizado en Argentina, Doc. V. Mim. Buenos Aires, 1986, p. 7; Cf. RISSI, Eduardo Mario: "La Transnacionalización en la Sociedad Contemporánea". México: Jasil, 1991.

30 Sobre el tema ver CERVINI, Raúl: "Análisis Criminológico del Fenómeno del Delito Organizado". En: *Revista Doctrina Penal* (Buenos Aires), n° 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*. Joao Marcello de Araujo Jr., coord. Río de Janeiro: Forense, 1992, p. 488. VERSELE, Servin Carlos: "Las Cifras Doradas de la Delincuencia". En *Revista ILANUD AL DIA*, Año 1, No. 1, San José, 1978, p. 21.; DAHL, Robert A.: "Who Governs? Democracy and Power in American City". London: New Haven, 1961; MARTINS CATHARINO, José: "Compendio Universitario de Direito do Trabalho", Vol. I, San Pablo: [s.n.], 1972, p. 245.

llamados Networks Ilícitos,⁽³¹⁾ la sobredimensión del daño,⁽³²⁾ la mutabilidad, el carácter difuso de la víctima y la alta impunidad⁽³³⁾ de estas actividades.

6.3. Análisis tomográfico de los mecanismos económicos.

6.3.1 (Concepto). Hemos señalado que la otra metodología posible para el análisis de la macro delincuencia económica, a nuestro juicio complementario, se proyecta desde

KELLERS: "Bankruptcy", Bruselas: [s.n.], 1974); CLINARD, Marshall y QUINNEY, Richard: "Criminal Behavior Systems. A Typology", 2a.ed., New York: Holt, Rinehart y Winston, 1973, p. 56 y ss.; THORWARD, Jürgen: "Crime and Science", New York: `s.n.], 1966, p. 77; SIBARIN, Frank: "Mecanismos macro-económicos y Delincuencia Financiera", ponencia al 2do. Encuentro de Consejos Consultivo y de Dirección del ICEPS, New York, diciembre 1994; HELM ROGERS, Bernard: "Inquietud y Reflexión- Tormentas especulativas". En: *East American Review* (Washington), Vol. VI, No. 12, julio 2002; TIRENNO, Duilio: " La lotta alla criminalità economica". En: *Rivista Trimestrale Lucerne* (Milano), Vol VI, No. 5, 2008; FLECK MOYANO, Patricia Luján: "Global Bank Risk". Berna: Hasser, 2008, Cap I, p. 16; VOLZ FARIAS, Emilio Enrique: "Matemática Financiera Aplicada as operações do mercado financeiro". Santa María: FEEV, 2002. p. 203; Sobre el tema BRILL, Alan E., BALDWIN JR, Fletcher N & MUNRO, Robert J.: "Cybercrime & Security", Tratado de referencia en tres volúmenes. [s.l.]: Pauline C. Reich ed., 2008.

31 Anales de la 3er. Reunión Conjunta de Consejos de Dirección y Consultivo del INTERNATIONAL CENTER OF ECONOMIC PENAL STUDIES, Sección de Trabajo No. III, Macrodelincuencia Económica y Riesgos Corporativos, V. M. Doc. AC67//94, Nueva York, 1994, p. 61; BACRIE, Stehane y CERVINI, Raúl: "Repport: Convention contre la criminalité trasnationale organisée", realizado a pedido del Relator de la Comisión del Affaires Etrangeres del Senado de Francia – Senador Dr. André Rouviere. En: *Repport No. 200 Sénat- Sessiom Ordinaire 2001- 2002*, Paris 31 de enero 2001 p. 46.); CERVINI, Raúl: Sobe el tema: "Los Procesos de Lavado de Dinero y el funcionamiento de los Networks Ilícitos" En: *Revista de Ciencias Penales* (Corrientes), N° 5, Año 2000, Fundación Cuadernos de la Cátedra, Editorial Mave, Mayo 2000; "I Processi di Riciclaggio di Denaro e Network Illeciti. Approssimazione Metodologica e sue Conseguenze". En: *Prospettive di Diritto Penale* (Milan), Vol. II, N. 3, Editorial Ufficio, junio 2001; VIGNA, Piero L: "Nuevos Institutos Procesales contra el Crimen Organizado". En: *El Crimen Organizado. Desafios y perspectivas en el marco de la globalización*. Guillermo J YACOBUCCI, coord.). Buenos Aires: Abaco / Universidad Austral, Biblioteca de Estudios Penales, 2005, p. 183).

32 Osservatorio Giurídico sulla Criminalità Economica Organizzata de Roma. Proyecto CERARDI: (Centro di Ricerca per il Diritto d'impresa), implementado académicamente por la Universita degli Studi di Salerno y la Universita Luiss Guido Carli di Roma.: Informe M/ 27/ 2009 , Roma, 2009, p.39.)

33 BALLESTEROS JARAMILLO, Américo: "La Delincuencia de los Negocios". En: *Revista Bancaria Internacional* (Lima,), Vol. I, Nro. 3, 1991

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?⁽³⁴⁾ Nosotros agregaríamos ¿cuándo puede decirse que excede los límites de lo éticamente lícito y económicamente abusivo? La interrogante central está en ¿cuándo se está ante una conducta objetivamente abusiva? ¿Cuándo ese abuso adquiere relevancia penal? Para responder a estas preguntas se requiere una postura metodológica diferente.

Este segundo método procura responder esos cuestionamientos básicos desde las entrañas de los mecanismos involucrados. Presupone una penetración gradual en el fenómeno económico, desde sus instancias macro a manifestaciones micro, a través del análisis científico de sus mecanismos. El método concreto de análisis de los mecanismos puede variar sustancialmente de acuerdo a la particular dinámica y características del sector de actividad estudiado, pero no así el esquema básico de trabajo. Éste 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 de cada segmento o sector involucrado y la cuidadosa comparación entre ellos, se canalizan a través de un “lenguaje de vinculación” que otorga un justificado nivel de comprensión de los mecanismos. No estamos sosteniendo que todos los fenómenos de macro delincuencia económica sean aprehensibles por este procedimiento pero sin duda lo son su mayoría.

34 TIEDEMANN, Klaus: "Poder Económico y Delito (Introducción al Derecho Penal Económico y de la Empresa)". Barcelona: Ariel, 1985, p. 58.

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

- El primer paso: sería visualizar el conjunto de variables macroeconómicas que componen los diferentes nichos o sectores de la actividad económica del país analizado.
- El segundo paso: definir con mucha precisión, el nicho, cancha o "layer" a analizar (por ejemplo: sector específico de la actividad de intermediación financiera, industria de la vestimenta, mercado de cambios, etc.).
- El tercer paso: definir a modo general, cada "jugador" (empresa) que integra la rama o nicho de la economía. Sus objetivos directos e indirectos, la racionalidad de los mismos, etc.
- El cuarto paso: analizar las relaciones de esos mismos "jugadores", tomando en cuenta sus variables standard y la racionalidad de comportamiento, por ejemplo: las relaciones entre insumos y productos, es decir, de dónde vienen los insumos y a dónde van los productos
- Quinto paso: analizar los recursos materiales y humanos, objetivos planteados, modalidad operativa, perfil de la potencial demanda, etc., de la empresa concreta analizada como potencial cliente.
- Sexto paso: analizar la trama de relaciones en lo interno de la empresa concreta analizada, entre otras variables: pirámide de jerarquías, roles operativos asignados, grados de subordinación técnicamente controlada, modalidades de dependencia técnica invertida, niveles de supervisión, auditoría interna y externa, etc. Ello permitirá un adecuado diseño de las matrices de riesgo, con alertas apropiadas a la actividad de cada cliente en concreto. Además permitirá una indicación preliminar de responsabilidad en el hacer operativo, focos de riesgo y

posible desviación vinculada a los mismos, vacíos normativos, insuficiencia o defecto en la legislación, políticas preventivas instauradas e a instaurarse, etc.

En términos más técnicos hemos sostenido en aporte anterior que la formulación de estos modelos permite buscar la racionalidad económica interna dentro del modelo central, intentando al mismo tiempo reformularlo según el conjunto mínimo de supuestos requeridos para producir la misma cantidad de implicaciones, permite comprobar las implicaciones primarias del modelo y el alcance de las divergencias, permite formalizar relaciones entre observaciones y supuestos para generar áreas indirectas de implicación, permite la creación de módulos de análisis y vínculos significativos. Permitirá finalmente desarrollar nuevos modelos que amplíen el ámbito del dominio empírico original dotados de mayor poder de explicación y predicción, pero a riesgo de disminuir su nivel de certeza.⁽³⁵⁾

6.3.3 (Otros supuestos teóricos del modelo).

- En el marco del modelo denominado como tomográfico debe ser posible generar implicaciones teóricas de las que se puedan extraer predicciones de observación.
- Los supuestos dentro del modelo deben ser internamente consistentes en sentido lógico, y tan sencillos como la integridad lógica del modelo permita.
- El modelo debe estar teóricamente proporcionado con los hechos empíricos conocidos dentro de su dominio.
- El alcance teórico del modelo queda definido por el ámbito de observación (nicho económico analizado) y el conjunto acompañante de implicaciones explicativas y de predicción, consecuente con los vectores del nicho de actividad analizado.⁽³⁶⁾

6.3.4 (Aplicación).

Esta metodología puede ser empleada con muy buenos resultados -dentro de las limitaciones naturales que impone la particular estructura de cada mecanismo investigado- en variado tipo de delitos complejos, pero, indiscutiblemente se ha mostrado como el sistema de trabajo más idóneo para encausar las Matrices de riesgo en caso de lavado de activos.

6.3.5 (Análisis de algunos ejemplos concretos).

- Industrias controladas por un sólo jugador. 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.
- Manejo abusivo de los commodities. Otro caso, si se analiza con el mismo procedimiento el manejo de los commodities de frutas y verduras, sector de actividad de impresionantes dimensiones, los resultados podrán resultar igualmente clarificadores. En este nicho del mercado, la producción se encuentra normalmente atomizada y se suele abonar en efectivo. Si se constata que esa producción es comprada por un solo intermediario o acopiador, habrá que analizar pormenorizadamente las causas y connotaciones de esta operación. Por ejemplo, ¿qué hace ese acopiador con la producción? Si nos encontramos con que la exporta a una empresa controlada por el mismo grupo, este nuevo dato constituye otro llamador o indicio de la existencia de un abuso de los mecanismos económicos que debe reglarse. Pero también debe observarse que en el otro conjunto económico-país (importador), el mismo método desnuda que los insumos son de un mismo proveedor, por lo que esa situación será de por sí extraordinaria y digna de cuidado

en esta otra economía y ello no sólo por sus connotaciones fiscales, sino incluso como indicativos de otras situaciones más graves (por ejemplo: lavado de dinero). Esto se complica mucho más cuando se opera a través de sociedades puente fincadas en terceros países. La utilización de las mencionadas sociedades dificulta el seguimiento de las relaciones entre insumos y productos pero no la imposibilita totalmente. En este caso, deberemos pasar al estudio de dicho entramado societario a efectos de desterrar su posible uso desviado. El procedimiento incluirá sucesivos análisis, de tipo legal-estatutario, del paquete accionario, de las personas que la manejan, procedencia de los insumos y destinos del producto de las referidas sociedades puente, etc. Este esquema de trabajo puede incluir similares chequeos de otras terceras sociedades sedradas en otros tantos países. Todo muy complejo pero decididamente no imposible.⁽³⁷⁾

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

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

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.

- Desnaturalización del contrato de comisiones. Si conocemos adecuadamente las características y función de un contrato de comisiones bancarias podremos distinguir con certeza un contrato de comisiones real de un simple “frontig” bancario. Si el banco no exige intereses a la parte deudora y el pretendido acreedor tampoco lo hace, se pone en evidencia que estamos ante un “auto préstamo”, indicativo de una evasión tributaria o aún más grave, de una operación de lavado.
- Lavado de activos originados en el terrorismo internacional. El mismo recurso metodológico puede resultar igualmente pertinente al momento de analizar la “trazabilidad”, o sea el seguimiento financiero de los fondos vinculados al terrorismo internacional. Al respecto corresponde precisar que se alude a “trazabilidad de fondos” en un doble sentido, tanto a la posibilidad técnica de delinear el origen como el destino o aplicación final de fondos considerados críticos.⁽³⁸⁾ Precisamente, el procedimiento propuesto es totalmente aplicable en instancias de individualización técnica y aprehensión jurídica de estos activos.

En el caso del terrorismo, las variables de trabajo derivadas del análisis clínico, a saber: abuso de la posición dominante, funcionamiento de networks ilícitos, mutabilidad, transnacionalidad, etc., necesitan ser complementadas por un análisis confluyente realizado desde los propios mecanismos financieros utilizados.

Pensemos por ejemplo en el caso de la Triple Frontera (Argentina, Brasil, Paraguay) donde probadamente conviven y mezclan activos originados en el

38 BLOVICH, Saul y CERVINI, Raúl: “Trazabilidad financiera del terrorismo internacional”, Ponencia conjunta ante la XXXI Junta Interamericana de Calificación Bancaria. En: *Doc. ICEPS/JICAB- C 76/03* (Nueva Cork), diciembre 2003.

contrabando, narcotráfico, tráfico de armas y terrorismo internacional. Más claro aún resulta el ejemplo de la llamada “frontera del narco-terrorismo” donde se confunden las ciudades de Tabatinga (Amazonia de Brasil) y Leticia (capital del Departamento de Amazonas Colombiana). Dentro de esa zona los activos y prestaciones (apoyos) de las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia) se mezclan e intercambian recíprocamente con los activos e insumos del narcotráfico colombiano y brasileño. Los Servicios de Inteligencia del SIVAN (Sistema de Vigilancia de Amazonia) han denunciado que sobre la “Avenida de la Amistad” que separa ambas ciudades gemelas, se encuentran instalados Escritorios de Servicios Profesionales a los cuales concurren tanto representantes de grupos traficantes como apoderados de las FARC.

En principio se tiene la sensación de que grupos traficantes y terroristas persiguen fines muy diferentes, no obstante -al menos a corto / mediano plazo y con independencia del uso de la violencia e intimidación- ambos grupos delictivos tienen muchas necesidades comunes. Entre ellas: esconder y mezclar sus ingresos ilegítimos con activos de origen legítimo, cobertura profesional y operativa internacional, proveerse de insumos críticos (lícitos e ilícitos) en las mejores condiciones del mercado y también compartir -a diverso nivel- estructuras de connivencia y corrupción pública.

Estos insumos y otros más son cubiertos por redes profesionales de intercambio y servicios. Esos mismos Networks Ilícitos trasladan y/o compensan armas y drogas a nivel nacional e internacional. A nivel de cobertura financiera formal esos cuerpos profesionales planifican estrategias comunes de lavado, cruzan sus ejércitos de testaferros confiables disponibles en determinados paraísos fiscales e incluso ofrecen a sus clientes opciones de coparticipación en inversiones de corto plazo (por ejemplo: financiar una operación de tráfico de diversos insumos, mano de obra esclava u órganos humanos) o inversiones llamadas “planas” de bajo perfil y largo plazo (inyecciones de capital en industrias tradicionales alicaídas), con posibilidades de rescate diferencial de conformidad a la naturaleza de sus fines específicos.

Frente a la evidencia de estas complejas coberturas formales se impone la necesidad de recurrir a un análisis de tipo tomográfico para desentrañar tal maraña financiera.

En términos generales los mecanismos económico-financieros responden a expectativas y motivaciones estandarizadas de los actores del mercado.

Las motivaciones de un inversor común pueden ser muy diversas, estarán en el lucro, el deseo de diversificar opciones, la idea de protegerse de la inestabilidad general de los mercados, etc. Las motivaciones prevalentes de los grupos terroristas sin duda alguna son otras.

Por ello, cuando estos grupos incursionan en el mundo financiero, sus acciones se muestran con apartamientos significativos y singularidades técnicamente incompatibles con el uso normal de los mismos mecanismos. La ingeniería financiera puede adoptar variadas formas, pero, en todos los casos, procurará combinar racionalmente instrumentos de inversión y financiación respetando ciertas reglas operativas básicas de los instrumentos involucrados. Pues bien, cuando se trata de inversiones ligadas al terrorismo, los nuevos instrumentos financieros, como son los contratos a plazo (forward contract), contratos financieros de futuros (futures), permutas financieras (swaps) y opciones (options), se resolverán soslayando o desvirtuando las expectativas de resultados que brindan operaciones corrientes realizadas a través de esos mismos instrumentos. En tales casos, los programas de retorno, la exposición económica y los niveles de tolerancia al riesgo, etc., que esos actores se muestren dispuestos a soportar se caracterizarán por una aparente irracionalidad e incoherencia de comportamiento, denotativas de que las operaciones analizadas involucran dineros de origen crítico ⁽³⁹⁾.

7. Conclusiones inherentes a la ponencia y consecuencias generales, dogmáticas y de política criminal.

39 Idibidem , p. 23 y ss. “..

- 7.1. Surge con plena evidencia que las Agencias Públicas de Control han desplazado hacia los sectores privados tareas de vigilancia que por naturaleza les son inherentes.
- 7.2. En ese panorama de desplazamiento de las cargas de vigilancia, la figura del Oficial de Cumplimiento se ha visto crecientemente recargada de funciones para enfrentar riesgos cada día más complejos.
- 7.3. Si bien como hemos adelantado las obligaciones del Oficial de Cumplimiento son de medios y no de resultados, es obvio que existe sobre dicho funcionario una enorme carga de responsabilidad que va desde los controles externos del sistema a las demandas de eficacia que se dan en lo interno de su propia corporación.
- 7.4. Partimos de una cultura de la legalidad, es decir, podrá discutirse en el plano teórico la pertinencia del exacerbado desplazamiento de las cargas de vigilancia, el carácter y utilidad práctica de dichas exigencias, e incluso, la necesidad de una redefinición jurídica y técnica de esos extremos. Pero las normas y regulaciones están para cumplirse.
- 7.5. En consecuencia, nuestro aporte más realista para el más eficaz cumplimiento de Compliance, está en incentivar el desarrollo e implementación de una metodología de raíz tomográfica que otorgue a las Matrices de Riesgo un contenido tangible, que permita señales de alerta ajustadas a la verdadera estructura funcional operativa de cada negocio, al funcionamiento real de sus mecanismos, permitiendo distinguir su actuar lícito, elusivo y eventualmente irregular. En suma, redefinir metodológicamente un instrumento útil para el día a día del Oficial de Cumplimiento.
- 7.6. Justo es decir para terminar que la alternativa metodológica propuesta, trasciende la expectativa de ser un mero instrumento útil para el Oficial de Cumplimiento. Además y principalmente la aproximación a extradelinquencia económica a través del análisis dinámico de sus mecanismos superiores, permite

extraer otras valiosas conclusiones referidas, a la técnica de tipificación de estos fenómenos. Si éstos se conocen en su detalle, se pueden aprehender normativamente, de modo que la estructura típica siga estrictamente la estructura

funcional que se pretende reprimir. También trasciende a otros muchos temas

actuales dogmáticos y de Política Criminal ⁽⁴⁰⁾.

Ya no se verá como un imperativo insoslayable la necesidad de un "derecho sustantivo diferenciado", de "doble velocidad", o incluso de una "tercera velocidad", para lograr la criminalización eficaz de las conductas de extracriminalidad en las sociedades post industriales. También se podrá argumentar en contra de la tesis de que los tipos penales socio-económicos, entre ellos los atribuidos al crimen organizado, se deben estructurar sorteando el principio de legalidad mediante mecanismos de tipo abiertos que deben ser cerrados por los jueces, creando tipos de peligro abstracto (con los que se entroniza la mera desobediencia como ilícita), mediante fórmulas omisivas, o, mediante las fórmulas legales de tendencia. Se podrá rebatir la afirmación de que el combate a este tipo de delitos conlleva necesariamente una progresiva aminoración del principio de culpabilidad, debiéndose punir por la mera realización del acto, en base a una presunción o simplemente por hecho ajeno, sosteniendo la existencia de formas de analogía intratípica. Nosotros descartamos por principio asertos tan categóricos. No es admisible que para contemplar lo adjetivo (dificultades probatorias) se termine por trastocar lo sustantivo (principios del dogma). Entendemos en fin, que el Derecho Penal no debe ni puede hacerse cargo de esas dificultades probatorias, principalmente teniendo en cuenta que éstas pueden ser normalmente superadas mediante una tipificación adecuada a un conocimiento también adecuado de los mecanismos económicos involucrados. En caso de optarse finalmente por el criterio de criminalizar manifestaciones de macrodelincuencia económica organizada, esta tarea deberá y podrá intentarse -en la mayor parte de los casos- sin violar esos principios básicos del Derecho Penal. Para ello, es imprescindible que el trabajo se emprenda con suma prudencia y fina técnica legislativa, ya que en un sistema democrático y liberal deben existir férreos límites al jus puniendi del Estado a la luz de los principios de legalidad y culpabilidad. Estos principios, nos recuerda Sergio MOCCIA, ("La Perenne Emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale", Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995) aparecen como irrenunciables cualquiera sea la forma de delincuencia que se pretenda combatir. Ninguna estrategia legal contra la macrodelincuencia será justificada si es una salida de corte meramente emergencial que pone en entredicho la seguridad jurídica. La tarea de elaborar leyes realmente útiles en materia de delincuencia organizada, particularmente en el campo de la macrodelincuencia económico-financiera, puede compararse a una operación de microcirugía donde se impone un mínimo de actividad con el instrumento más preciso. Ocurre que lamentablemente la misión de legislar en estas ramas tan delicadas se emprende siempre en forma apresurada, respondiendo a reclamos populares frente a hechos puntuales o presiones internacionales. Asimismo, ese cometido se suele dejar en manos de personas sin la suficiente especialización que se atienden exclusivamente a los síntomas del fenómeno sin comprender el funcionamiento de los mecanismos involucrados. Los elementos constitutivos de los tipos penales se deben delinear cuidadosamente con "criterio jurídico trascendente" 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.*" El Derecho Penal liberal exige que los tipos sean cerrados, es decir, tipos específicos de una acción que se traduce en la manifestación de un acto externo del hombre y sólo eso podrá ser castigado. Nos hacemos cargo de las múltiples dificultades técnicas y prácticas implícitas en el hecho de criminalizar este tipo de conductas vinculadas a la criminalidad económica organizada con tipos perfectamente herméticos, sin recurrir a normas de segundo grado, de reenvío o en blanco que otorgan desmesurado poder a los órganos en ejercicio de la función administrativa. Conocemos el costo de mantener un sistema mínimamente liberal, sintiendo a la legalidad y a la culpabilidad como el límite natural de la pretensión punitiva del Estado. Se trata de una tarea muy ardua pero no imposible. Lo más grave es que la renuncia a ella significaría necesariamente

la renuncia a los propios principios que deben motivar esa misma tarea. Se estaría sustituyendo automática y concomitantemente un Derecho Penal de legalidad por un Derecho Penal de conveniencia: la Razón de Estado por sobre la Razón Jurídica. Lamentablemente, en este campo se encuentra arraigada la injustificada tendencia a confundir las dificultades técnicas con imposibilidad. Pero, insistimos, si se opta finalmente por penalizar, habrá que franquear todos estos obstáculos para legislar bien, ya que las referencias más o menos genéricas son sinónimo de tipos abiertos que engendran el riesgo de la analogía y, entre otras cosas, tampoco es admisible penar por analogía. A nuestro modo de ver -salvo en un número menor de casos- debe y puede operarse concretizando exclusivamente las figuras en tipos muy específicos técnicamente cerrados que impidan la pura discrecionalidad de la administración y de los magistrados. La regla de oro es la punibilidad, incluida en ella la tipicidad, esté determinada antes de la comisión del hecho con total precisión y no recién a posteriori por el aplicador. En ese contexto no nos parece ni conveniente ni imprescindible que los nuevos tipos penales se plasmen en figuras formales de mera actividad castigando la puesta en peligro, a través de tipos meramente omisivos de obligaciones puramente reglamentarias o administrativas. De este modo se hace de la norma penal -como ha expresado Juárez TAVARES- un exclusivo refuerzo a la obediencia, sin ninguna referencia directa a la noción de bien jurídico, ni pretensión de impedir una lesión concreta del mismo. El criterio metodológico también incide respecto a la pretensión de punir a la persona jurídica, a la cual nos hemos referido en aportes anteriores. La propuesta "topográfica" permite finalmente conocer lo que se quiere proteger y cómo puede llevarse efectivamente a cabo dicha protección, con el consiguiente esclarecimiento y visibilidad de las conductas que pueden lesionar el bien así precisado. Cuando el objeto no está suficientemente definido, los medios serán necesariamente ambiguos. Por el contrario, la nitidez del objeto lleva a la nitidez de los medios y con ello por lo general a la eficiencia normativa y a la seguridad jurídica. La ventaja que acarrea esta concepción metodológica no es menor: mantener al Derecho Penal dentro de los principios rectores de lesividad y legalidad, los que resultarían ineludiblemente comprometidos si los contornos del bien jurídico aparecieran lo suficientemente confusos y ambiguos (sistema de funciones) como para concluir que una determinada acción es peligrosa para el mismo y para precisar con el rigor deseado cuáles acciones lo son. Cuanto más abstracto, ambiguo o nebuloso se conciba el bien jurídico, tanto más será posible que cualquier acción que se involucre con él, por más remota que sea, pueda ser considerada como en sí misma generadora de peligro. Últimamente existe la tendencia, no ya de anticipar la tipificación de una acción relativamente remota al bien jurídico, sino de aproximar éste, mediante una óptica de amplificación conceptual que, al mismo tiempo que lo atrae hacia la acción, le hace perder la necesaria nitidez hasta bordear la delicuescencia. En otras palabras, existen dos formas de ampliar el marco de protección de los bienes jurídicos afectados por las formas más gravosas de criminalidad socio-económica: uno consiste en anticipar la tipificación de acciones que en sí mismas no son dañosas para el bien jurídico (vía tradicional), otra de más reciente aparición usa el recurso de desplazar el bien jurídico hacia la acción. Esto se consigue, a nuestro modo de ver, al costo de evaporar el bien jurídico, en otras palabras, al costo de borrar la nitidez de sus contornos y de poner por vía indirecta en tela de juicio los principios de lesividad y legalidad que deben presidir un Derecho Penal garantizador. Sin duda se lesionan estos principios cuando no hay forma de saber si la conducta ataca a un bien jurídico que se ha desdibujado a través de la amplificación antes mencionada (elefantitis del bien jurídico), al punto de que ha perdido la necesaria definición. En tal circunstancia, no se sabría si la conducta ataca una realidad o una fantasía. De más está decir que esta simple duda debería absolver la conducta. Hay, a nuestro modo de ver, una única vía de tipificar los delitos de peligro y ésta supone la debida comprensión y concreción del objeto de tutela. Es precisamente a raíz de esta comprensión y concreción y

solamente por ésta que el bien jurídico puede y debe protegerse. El otro método equivale a la **lucha de Don Quijote contra los molinos**, pues no se conoce exactamente contra quién se combate, si contra los molinos o contra gigantes y precisamente el disvalor de la acción depende de ese exacto conocimiento. Una ampliación del bien jurídico puede hacerse siempre y cuando se mantenga su reconocibilidad. Este es, o debe ser, el límite y este camino requiere imprescindiblemente una metodología idónea para comprender el fenómeno que se quiere reprimir en su específico funcionamiento y proyección.