

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA IMPRESCINDIBLE DETERMINACION SUFICIENTE DE LA CONDUCTA INCRIMINADA EN LOS CRIMENES CONTRA EL SISTEMA FINANCIERO

(Con referencia al Art.4 de la Ley brasileña 7492/86)

Raúl Cervini ¹

I. PLANTEAMIENTO

Nos proponemos realizar algunas consideraciones generales sobre el art. 4 de la Ley 7492 de 16 de junio de 1986, en particular, si con la fórmula legal "geris fraudulentamente institucão financeira" se da la existencia de una norma incriminatoria, **suficientemente determinada**, que pueda operar instrumentalmente para discernir lo que WELZEL llamaba la *materia de la prohibición*, esto es, el aspecto de conducta humana que el legislador pretende **visualizar** y **reprimir**. Este aspecto atañe a la concreción del principio de legalidad en leyes suficientemente determinadas.

Estamos ante un tema verdaderamente relevante y en varios sentidos. Es, en un todo, una cuestión de constitucionalidad, en la medida en que la competencia del legislador debe ser respetada a partir del legislador mismo.

Pero es también, en el hipotético supuesto de un habeas corpus, una cuestión que involucra el análisis de la idoneidad del instrumento mismo, que es el tipo legal, para concretar suficientemente la materia de la prohibición; la *tipicidad determinable* de la conducta prohibida. Con ello se llega a lo medular de las garantías, portada general del Estado Democrático del Derecho.

II. EL REFERENTE DE LOS PRINCIPIOS DE GARANTIA.

1. Nos debemos remontar a la fermental época de transición, entre los siglos XVIII y XIX, cuando FEUERBACH, tal vez haya expresado por primera vez el principio de legalidad (cuya formulación actual y más sencilla parece ser "no hay delito sin previa ley que lo establezca") dentro del contexto de una teoría del delito.²

¹ Profesor de Derecho Penal en la Universidad Mayor de la República y Universidad Católica del Uruguay. Director del Departamento Penal de la Universidad Católica del Uruguay. Secretario General para América Latina y 2º Vicepresidente del Consejo Consultivo Internacional del ICEPS (International Center of Economic Penal Studies).

² Paul Johann Anselm Ritter von FEUERBACH: "Tratado de Derecho Penal". Traducción al castellano de Eugenio Raúl ZAFFARONI e Irma HAGEMEIER. Editorial Hammurabi. Buenos Aires 1989, pág. 64, parágrafo 21: "El que lesiona la libertad garantizada por el contrato social y asegurada mediante leyes penales, comete un *crimen*. Por ende, crimen es,

El principio aparece directamente relacionado con su doctrina de la prevención general negativa, o de la intimidación: el hombre busca en el delito satisfacer los impulsos de su sensualidad, ya sea en la realización de los actos mismos o en sus resultados; como forma de anulación del impulso de sensualidad aparece la pena, la que se constituye en la expectativa de un daño, de un gravamen que la persona sufriría y que sería necesariamente mayor que el perjuicio o gravamen derivado de la represión de ese su impulso de sensualidad. En otras palabras: el hombre racional hará una suerte de tasación entre lo que pierde por abstenerse de delinquir y lo que perdería por no hacerlo y, como saldo de dicho balance, advertirá como mayor el gravamen derivado de la pena que el de la represión del impulso de sensualidad, y la tendencia será a abstenerse de delinquir ³.

2. Por cierto, esta visión germinal del principio de legalidad, que básicamente reclamaba la determinación legal de la conducta como soporte de conocimiento para que funcionara adecuadamente la intimidación de la pena (para que cada quien supiera a qué atenerse y cuál era la conducta, la prohibición de cuya realización se le conminaba) trascendió desde su marco originario dentro de una específica teoría de la pena (por otra parte, y en sí misma, tan cuestionable y cuestionada), para convertirse en el fulcro sobre el que asienta y se posibilita la libertad. Nadie sabría a qué atenerse ni cómo actuar si, como ocurría bajo el Absolutismo, pudiera ser castigado por cualquier hecho (es paradigmático en tal sentido el art. 105 de la Carolina, que sometía al Consejo Imperial la decisión sobre la criminalidad de aquellos casos no expresamente previstos por dicho Código) o por cualquier motivo.

Los procesos de constitucionalización, legislación y aportes doctrinarios que acompañaron y subsiguieron a la enunciación del mencionado principio extrajeron de él conclusiones absolutamente trascendentes para la libertad: la prohibición de recurrir a la analogía en materia de interpretación de la ley penal (lo que significa que no hay hechos “parecidos” a delitos: o encajan perfecta y no aproximadamente en la descripción legal o, directamente, no son delito); la prohibición de retroactividad y, en lo que al caso interesa - y entrando en materia - la prohibición de dictar leyes **indeterminadas**.

Tanto en su origen como en su estructuración, el principio de legalidad es la más plena expresión de los principios revolucionarios de 1789, según los cuales, el capricho y la arbitrariedad, son sustituidos por la regularidad de la ley.

3. El planteamiento de FEUERBACH, entonces, si bien apuntado a la eficacia del derecho penal para animar la prevención general negativa, fue fecundo en su

en el más amplio sentido, una injuria contenida en una ley penal, o una acción contraria al derecho del otro, conminada en una ley penal. Las injurias también son posibles fuera del Estado, pero los crímenes únicamente lo son dentro del Estado”.

³ Véase ampliamente FEUERBACH, ob. cit., párrafos 13 a 20.

resultado de tutela de la libertad (cosa que, por otra parte, y para hacer justicia a FEUERBACH, a éste no se le escapaba) en la medida en que sólo a la ley se reserva la potestad de distinguir entre los comportamientos lícitos y los ilícitos, lo que debe hacer con el grado suficiente de nitidez como para que quienes actúan y quienes juzgan, sepan atenerse en todo momento a pautas precisas de delimitación entre lo justo y lo injusto.

4. El principio de legalidad expresa dos cosas fundamentales:

a) Sólo el legislador es el encargado de valorar los comportamientos de las personas desde el punto de vista penal, lo que excluye las valoraciones personales independientes de quienes se sientan por encima o por debajo de los mandatos de la ley. Bajo este aspecto, el principio de legalidad impide que determinado comportamiento sea sometido, con vistas a su penalización, a la valoración personal, al arbitrio, a la estimación, al cálculo o al capricho, no ya tan sólo del tirano, sino, también y fundamentalmente, de quien debe aplicar el derecho, porque ningún ciudadano sería libre si sus actos se juzgaran por pautas personales, ajenas e impredecibles.

b) En consecuencia, las leyes deben ser suficientemente claras, completas y plenas como para impedir que, a pretexto de su interpretación, se incorporen a su sentido los propios, personales y subjetivos criterios de valoración del juzgador, que desvirtuarían la competencia exclusiva del legislador y la trasladarían por vía indirecta, pero de todos modos claramente inconstitucional, a quien no lo es.

En otras palabras: si la Constitución dispone que nadie será obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe, al mismo tiempo que afirma la competencia exclusiva del legislador sobre la libertad, prohíbe que ella se traslade a otro magistrado, ya sea de modo directo o indirecto.

Es una competencia que no sólo debe defenderse de los caprichos del tirano o de los impulsos del juez, sino, también y ante todo, del propio legislador, a quien se prohíbe la abdicación, la delegación de esa su competencia privativa, que es regular la libertad en función de principios de interés general.

En consecuencia, las descripciones legales de los comportamientos que constituyen delito deben hacerse con el propósito (no siempre logrado) de describir la conducta delictuosa del modo más objetivo posible, aunque no siempre lo sea una descripción nítida que decida, con un corte limpio, la separación entre lo lícito y lo ilícito.

5. Esta dificultad es especialmente patente en los casos en que el legislador libra al intérprete la concreción de un ente contenido en la descripción típica que no es determinable sino por mediación del propio mundo valorativo del juzgador. Así ocurre, por ejemplo, con la referencia al “acto obsceno”, al concepto de corromper sexualmente a una persona, a lo pornográfico.

Es muy claro que la determinación de la obscenidad de un acto, de un discurso o de un espectáculo se traslada desde el legislador al juzgador, quien, con sus **propias pautas** valorativas determinará qué es obsceno y qué no lo es. Al delegar esta tarea de valoración, el legislador abdica simultáneamente de su competencia para depositarla dentro del propio mundo ético, religioso y experiencial de una persona, con lo que, a la vez de constituir al juzgador en legislador, decreta que la libertad se verá sometida a la limitación de la incertidumbre derivada de no saberse si la conducta propia, que se estima adecuada, será o no valorada como tal por un tercero o si será calificada como obscena, pornográfica o corruptora por éste, con la responsabilidad penal consiguiente. Inclusive, el criterio basado en lo que JESCHECK llama “conceptos valorativos *generalmente admitidos*”⁴ no deja de ser un cuestionable y, en muchos casos, inverificable criterio de mayorías, que, de todos modos constituiría al juzgador más en intérprete de la opinión, que de la ley, usurpando, por delegación de segundo grado, aquella potestad que se había atribuido originaria y privativamente al legislador.

El riesgo endémico que ha corrido la apreciación de la obra de arte es un ejemplo eminente en el sentido de esta peligrosa delegación valorativa.⁵

ROXIN concede enfáticamente razón a la expresión de WELZEL: “¡El auténtico peligro que amenaza al principio *nulla poena sine lege* no procede de la analogía, sino de las leyes indeterminadas!”⁶

En el mismo sentido, JAKOBS⁷: “El empleo de cláusulas generales en la determinación de los tipos delictivos de la Parte Especial es señal de deficiente legitimación del legislador, lo que no cabe explicarlo del todo recurriendo a la lejanía entre la ley y el caso concreto, ya que el legislador debería poder compensar el haber descuidado las peculiaridades del caso concreto con la ventaja de una regulación con mayor seguridad jurídica. No está determinado que a la deficiencia de legitimación del legislador le corresponda un realce de legitimación del juez; puede que se trate simplemente de una incapacidad o inoportunidad general de formular con precisión la “*magna charta* del delincuente”.

⁴ Hans Heinrich JESCHECK. “Tratado de Derecho Penal, Parte General”. Traducción de MUÑOZ CONDE y MIR PUIG. Bosch, Barcelona, 1981. Tomo I, pág. 176.

⁵ En tal sentido: Claus ROXIN, “Derecho Penal, Parte General”, Tomo Y, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Traducción y notas de Diego-Manuel LUZON PEÑA, Miguel DIAZ Y GARCIA CONLLEDO y Javier DE VICENTE REMESAL, Editorial Civitas, S.A., 1997. “Una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del *ius puniendi* estatal a la que se pueda recurrir; además es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del legislativo; no puede desplegar eficacia preventivo general, porque el individuo no puede reconocer lo que se le quiere prohibir; y precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar la base para un reproche de culpabilidad” (pág. 169, número marginal 65).

⁶ ROXIN, ob. cit., pág. 170, num. marg. 66.

⁷ Günther JAKOBS, “Derecho Penal, Parte General”. Fundamentos y Teoría de la Imputación. Traducción de Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZALEZ DE MURILLO. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1995. Pág. 99.

6. La doctrina está conteste en que es inevitable un cierto grado de indeterminación en la descripción de los tipos penales, en la medida en que los términos empleados por el legislador admiten interpretaciones diversas. Pero, una vez más y con ROXIN, el “punto neurálgico lo constituyen sobre todo los ‘conceptos necesitados de complementación valorativa’, que no proporcionan descripciones de la conducta prohibida, sino que requieren del juez un juicio valorativo”⁸.

7. Las soluciones conciliatorias a la antinomia libertad - prohibición están lejos de haberse alcanzado. Al respecto, ROXIN establece la tendencia: los principios de interpretación en Derecho penal indican que “un precepto penal será suficientemente preciso y determinado si y en la medida en que del mismo se pueda deducir un claro fin de protección del legislador y que de todos modos el tenor literal siga marcando límites a una extensión arbitraria de la interpretación”⁹.

El art. 4° de la ley 7492/86, dentro del contexto de la ley y según su sentido explícito (protección de la economía), parece cumplir con el primer requisito señalado por ROXIN, en el sentido de entenderse un fin de protección relevado por la voluntad del legislador. Pero ocurre que el modo en que esa protección sucede adolece de una deliberada imprecisión, como se verá más adelante, tanto en lo que concierne a la configuración fraudulenta como a la temeraria, de la gestión gerencial incriminada.

8. El jurista argentino Sebastián SOLER, comentando una disposición de la ley uruguaya de idéntica imprecisión, el art. 76 de la ley 2.230, de 2 de junio de 1893 (que castiga la conducta de un director o administrador de sociedad anónima que cometiera, fraude, simulación, violación de leyes o estatutos o de una ley de orden público), hacía las consideraciones que transcribimos en extenso por ser, a nuestro criterio, íntegramente trasladables al presente caso:

“Desde luego, todas las figuras que hoy integran un Código Penal, en definitiva, son formas recortadas dentro del ámbito de las grandes fuentes del delito: la violencia, el fraude y la injuria; pero ciertamente que están por fortuna superados los tiempos en que el derecho penal albergaba en su seno a esos monstruos sueltos y no domesticados, a los cuales era posible apelar cuando no se encontraba delito alguno”.

“Pues bien, en este caso, se ha venido a afirmar que además de la quiebra fraudulenta, cuando no hay sociedad liquidada, el art. 76 servirá también para castigar con la pena del quebrado fraudulento al que cometa fraude, simulación infracción a estatutos o a una ley cualquiera de orden público”.

⁸ ROXIN, ob. cit., pág. 170, num. marg. 67.

⁹ ROXIN, ob. cit., pág. 172, num. marg. 73.

“Como si el principio *nullum crimen sine lege* no hubiese sido proclamado para siempre, hasta en la Declaración Universal de Derechos; como si no hubiese existido la larga obra de tipificación de los delitos iniciada en las leyes de FEUERBACH y llevada a culminación científica por BELING; como si ese principio no hubiese salido reforzado de su negación descarada por el nazismo y como si no hubiesen debido ser abandonados por Rusia, en el Código Penal de 1960, los viejos métodos de castigar delitos por analogía. Henos aquí, con que en una república cuya constitución es absolutamente clara en la protección de las personas contra los actos de autoridad arbitraria, a esta altura de los tiempos, se ha venido a descubrir, dentro de una antigua ley de contenido y fin perfectamente claros, típicos y precisos, una frase genérica que arbitrariamente leída y separada de su contexto, de ahora en adelante, ochenta años después de su sanción, podrá ser empleada para cubrir todos los intersticios dejados por las figuras de delito del código Penal, siempre incómodamente estrechas, como si el rigor y la estrictez de esas figuras no fuera la garantía básica de las libertades ciudadanas”.

Y un párrafo más adelante: “El error básico en que la doctrina examinada incurre deriva del solo hecho de leer ese texto con independencia de su contexto legal, pues a causa de ello resulta fatalmente que el artículo 76 castigará el fraude, la simulación y la ilegalidad, con una pena uniforme y muy grave, sin necesidad de especificación, tipificación o definición alguna”.

“Basta enunciar la tesis para advertir con alarma sus amenazantes proporciones. Desde luego, el concepto de fraude es un concepto muy genérico cuyos rasgos generales consisten en una intención de engañar o perjudicar (*consilium fraudis*) y un daño real o eventual (*eventus damni*). Es decir, el fraude, como la violencia, no es un crimen en sí; es uno de los grandes criterios que pueden servir para clasificar delitos. ‘El legislador no considera abstractamente el fraude...indica los elementos constitutivos cada vez que lo castiga como medio para consumir una particular infracción’ (Tancredi GALIMBERTI, *Dizionario di Criminologia*, Vol. II, p. 1043)”.

“Son numerosos los delitos de fraude, así como lo son los de violencia; pero no hay ni un delito de violencia ni un delito de fraude. Esta tesis no es una novedad, por cierto. Autores tan antiguos como MORIN, al explicar el tema (1851) dicen: ‘Después de haber previsto varios crímenes de los cuales el fraude es un elemento esencial y todos los hurtos que se cometen por sustracción fraudulenta de la cosa ajena, el Código penal incrimina ciertos fraudes diferentes en los seis párrafos de la sección que tiene por título Bancarrotas, estafas y otras especies de fraude’ (MORIN, *Répertoire*, II, 151)”¹⁰.

9. Si tales reproches, y con tanta razón, puede hacerse a la descripción de una gestión cuya única concreción se agote en el simple adjetivo de “fraudulenta”, ¡qué

¹⁰ Sebastián SOLER. “La Responsabilidad Penal de los Directores y Administradores de Sociedades Anónimas en la ley N° 2.230 de 2 de junio de 1893”. Apartado de “La Justicia Uruguaya”, Montevideo, 1973. Págs. 55 a 57.

no podrá decirse de una figura delictiva que establezca el fulcro de la criminalidad en la pura “temeridad” de la gestión!

La convocatoria es aquí, en este segundo caso, ya ni siquiera, y como ocurre en el caso de gestión fraudulenta, al mundo ético del juzgador, un mundo que, en definitiva, parece mostrarse como más propicio a nutrirse de principios generalmente aceptados, que el puramente pragmático, que pueda caracterizar a una gestión como temeraria. La referencia a la temeridad, en efecto, no alude ya, siquiera, a un universo valorativo, sino a una apreciación de carácter instrumental, utilitario, esencialmente opinable, cual es la calificación del riesgo dentro de una materia, como la de la gestión empresarial financiera, donde precisamente éste es el protagonista permanente del escenario profesional.

10. Con agudeza, ha señalado José Roberto SECURATO¹¹: “El ejecutivo financiero está constantemente tomando decisiones dentro de un ambiente de cambios, donde el riesgo y la incertidumbre preponderan en términos de coyuntura económica, política y social”.

Agrega más adelante ¹²: “En el área financiera el riesgo y la incertidumbre están presentes en un gran número de decisiones del ejecutivo que, en su conjunto, pueden llevarlo al fracaso o al suceso, y con él, a la propia empresa.

11. De modo que, siendo el riesgo parte de la esencia de la empresa - y con especial énfasis, la empresa financiera - es fácil advertir que no se requiere del juzgador siquiera una apreciación **cuantitativa**, esto es, de apreciar, para juzgar acerca de la temeridad de una gerencia cuándo existe riesgo, porque el riesgo existe en todo momento. La apreciación que se reclama es puramente **cuantitativa** y referida a decidir cuál sería el punto o momento, a partir del cual el riesgo, que es el elemento **constante** de todo gerenciamiento empresarial (aun del que se pueda considerar prudente), pasaría a constituirse en la **variable** determinante de la temeridad calificada en clave de punibilidad.

12. Es evidente que tal criterio no existe, ni podría existir, así viniera el propio DIOGENES, con su famosa linterna, para ayudar en la búsqueda. La ley ha sido absolutamente imprecisa y, a juzgar por sus antecedentes, ello ha ocurrido deliberadamente, como avala con nitidez Manoel Pedro PIMENTEL: “es sabido que el hecho social siempre camina delante de las leyes. Es justamente el reclamo de la realidad que impulsa al legislador a dictar normas para impedir abusos que atentan contra bienes o intereses dignos de protección. Difícilmente el legislador puede prever todas las hipótesis que surgirán. El criminal astuto camina siempre un paso adelante de la ley, valiéndose del principio de reserva legal”.

¹¹ José Roberto SECURATO, “Decisões financeiras em Condições de Risco”. Editora ATLAS S.A., Sao Paulo, 1993, pág. 11.

¹² SECURATO, ob. cit., pág. 21 y ss.

Si ello es así, como parece que es, dado que de la referencia a los antecedentes legislativos surge que se desestimó el enunciado de situaciones específicas de gestión temeraria, parece obvio que el legislador, fiel a su intención de alcanzar al delincuente con la pena, lo hizo con plena asunción del fuero de éste y abdicando del propio, al colocar la tipicidad de la conducta un paso adelante de la ley, lo que, en otras palabras, supone decir que, en función de la previsible habilidad del sujeto para sustraerse a la previsión expresa y taxativa del marco legal, la ley ha dispuesto más allá de sí misma la identificación de la conducta conminada.

De modo que el art. 4º de la Ley 7492/86 no sólo es indeterminado, sino que lo es deliberadamente, como podría decirse usando una expresión parecida utilizada por el magistrado uruguayo Nelson GARCIA OTERO¹³ en un celebrado voto de discordia.

13. Y por si ello fuera poco, la delegación estimativa se hace hacia un criterio necesariamente cuantitativo de la temeridad, que termina por arrasar todo marco de confiabilidad y precisión.

14. Por otra parte, es claro y admitido que la conducta castigada se ha erigido en delito de resultado, en su modalidad de resultado de peligro concreto, esto es, se incrimina la gestión temeraria en sí, con independencia de que haya o no causado perjuicio a la economía, bastando que la hubiera puesto en peligro, que lleva de suyo, como inherencia de la modalidad, que tal peligro concreto haya existido.

Esta circunstancia, la de que debe determinarse una situación de resultado de peligro concreto, para incriminar la gestión como temeraria, parece acarrear un albur adicional, pero igualmente claro, y es que la conducción de una empresa pueda dirimirse, bajo mecanismos de coerción penal, no ya por la dirección natural de la misma sino, directamente, por la magistratura penal, que, naturalmente, jamás desearía semejante competencia. De todos modos, tal competencia judicial y anexa a la natural de la empresa existiría, con el alcance de determinar cuándo y bajo qué circunstancias el gerenciamiento pudiera ser peligroso, que ya en ello, en el simple peligro concreto, estaría el resultado del delito. Y ello no sería cosa distinta que yuxtaponer, a la dirección natural de una empresa, una suerte de dirección tutorial de parte del sistema judicial, precisamente, en atención a determinar la hipotética peligrosidad de la gestión.

Parecería que, el hecho de que tales contralores yuxtapuestos no se ejerzan, ni puedan seriamente implementarse, habla claramente de la imprecisión de los

¹³ El Dr. GARCIA OTERO, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay, fundó así su discordia respecto del fallo que declaró la constitucionalidad de la denominada Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, la que, según el texto legislativo, habría operado por la “lógica de los hechos”, vinculados a las negociaciones entre civiles y militares. Como la ley tan sólo declara que es esa lógica de los hechos la que ha conducido a la caducidad, la cuestión de constitucionalidad aparece como evidente.

posibles criterios a emplearse para calificar a una gestión determinada como prudente o temeraria.

15. Se advierte, entonces, que la única forma en que podría apreciarse como temerario un giro que, en su ocurrencia objetiva no era considerado como tal, sería mediante el procedimiento de iluminarlo ahora con la luz fraudulenta que escondidamente dicho giro tenía. Y este parece ser un procedimiento radicalmente ilegítimo de complementar, a los fines de la valoración, lo desconocido de entonces con lo conocido de ahora, para fundamentar un eventual reproche penal a una persona a quien, por hipótesis, no se ha incriminado conocimiento del engaño. El modo, entonces de imputarle la forma subsidiaria de punibilidad, sólo podría viabilizarse mediante el intento de refractar lo fraudulento en lo temerario. Intento imposible, puesto que la osadía, el arrojo, la extrema imprudencia de una gestión (que eso se ha interpretado como temeridad) sólo sería posible bajo la hipótesis de un conocimiento exhaustivo de la real situación económico financiera de la empresa. Cualquier reproche, aun dentro de los imprecisos límites de fraude o de temeridad, sólo puede serlo bajo supuesto de conocimiento de la real situación de la misma.

III. A MODO DE RESUMEN

1. La cuestión de si existe determinación suficiente de una conducta incriminada, si bien se reconduce en primera y última instancia a preguntarse por la constitucionalidad de la norma, por la obediencia del legislador hacia el constituyente, tiene, también, un alcance más concreto y delimitado, ejemplo, en materia de habeas corpus: al magistrado le alcanzará con preguntarse si el hecho que se imputa al paciente **está suficientemente determinado** como conducta punible, por una ley penal. En otras palabras: si el instrumento que le proporciona la ley tiene la suficiente nitidez y concreción como para distinguir aquello que se quiere punir.

2. Tras el examen de la norma del art. 4 de la Ley 7492/86, la conclusión es que no es posible lograr un criterio confiable que permita separar, con resguardo de garantías para la libertad, lo prudente de lo temerario en la gestión empresarial, donde el riesgo es una inherencia de todo gerenciamiento. El concepto de temeridad no es preciso ni determinable de acuerdo a parámetros mínimamente confiables y vinculados a la seguridad jurídica en un Estado de Derecho. Ello sucede porque, deliberadamente, y en función de una opción de tener la represión un alcance mayor del que legítimamente puede, se optó por una fórmula de suficiente indeterminación que, colocando a la ley más allá de sí misma (y, consecuentemente, del Derecho), permitiera también acompañar ese paso más adelante del delincuente, para alcanzarlo con la pena. Esta finalidad se traduce en el haberse desestimado fórmulas concretas de tipificación del delito. A mayor abundamiento, el concepto de temeridad parece ser meramente cuantitativo, esto es, el de evaluar cuánto riesgo puede aceptarse para discriminar la conducción prudente, de la temeraria y de la

fraudulenta. Y esto, precisamente, en una materia, como la empresarial financiera, donde el riesgo es una inherencia.

3. Parece obvio que la determinación se deja librada, como antes señalamos, a un criterio de estimación cuantitativa del riesgo, de parte del juzgador, que podría, inclusive, constituir al sistema penal en un usurpador involuntario e indeseado, de la gestión empresarial, toda vez que, en función de tales criterios cuantitativos inverificables, se entendiera que ésta afronta riesgos audaces, o que sobrepasa los límites de la prudencia; o que es hecha sin la prudencia ordinaria, con demasiada confianza en el éxito, u otras conjeturas más o menos indemostrables.

4. Estructurada, se reitera, como delito de resultado en la modalidad de peligro concreto, la gestión de toda empresa podría, entonces, ser examinada preventivamente, en vía judicial, con cualesquiera de los criterios doctrinarios esbozados en el párrafo precedente (que no hacen, a nuestro juicio, sino confirmar la imprecisión del concepto), a fin de establecerse si se está aceptando más riesgo del debido, si se ultrapasa los límites de la prudencia, si se tiene demasiada confianza en el éxito, si se traduce en impetuosidad en la conducción de los negocios, etc.. Habría una suerte de inadmisibles calificación de grado del riesgo empresarial por parte del sistema penal.

5. El hecho de que ello no ocurra así, ni pueda, razonablemente ocurrir, parece ser la prueba concluyente de la ausencia de un criterio viable para distinguir aquello que el legislador, deliberadamente no quiso hacer por sí.

6. De modo que la norma incriminatoria demuestra su ineptitud instrumental en la propia fisiología del sistema en que, como tipificación preventiva, de delito de resultado de peligro, pretende insertarse: si los criterios gerenciales de enfrentamiento del riesgo fueran evidentes *ictu oculi*, parece evidente que serían aptos para impedir el daño a la economía. El dato de la realidad es el contrario y echa de verse que la gestión sólo se pretende temeraria cuando aparece el elemento escondido para todos, que la revela inequívocamente enderezada al engaño y al perjuicio.

7. Se estima, como corolario de todo lo expuesto, que con un texto como el art. 4 de la ley 7492/86 el magistrado brasileño no tiene una disposición legal que determine en modo suficientemente preciso el comportamiento que pretende incriminar. Por el contrario: el instrumento legal es, a la vez, deliberada y suficientemente, impreciso, al punto de operar una completa delegación valorativa hacia criterios cuantitativos, probadamente ambiguos e indemostrables, tanto en técnica financiera como jurídica.

Empezamos con un autor clásico y terminamos con otro. Hace casi cuarenta años, ROBERTO LYRA advertía sobre la existencia de un abanico de formas de delincuencia muy perfeccionadas, de enorme dañosidad social, que se mostraban cada vez más accesibles a la evidencia científica, pese a lo cual raramente aparecían

tipificadas en la ley penal. Agregaba este autor, que en el hipotético caso de ser tipificadas, ello se solía hacer de modo totalmente inapropiado, recibándose la sensación de que las autoridades responsables no podían o no querían alcanzarlas¹⁴. Pensamos que el art. 4 de la Ley 7492/86 es un acabado ejemplo de ello.

RCS,RCS:MSOFFICE
G:\SVR\RCS\Publicaciones RCS\El Principio de legalidad y la imprescindibledoc
24/03/04

¹⁴ LYRA, Roberto: "Criminología", Editora Forense, Río de Janeiro, 1965, pág. 59 y ss.