

11th Annual Conference on Legal and Policy Issues in the Americas
May 17-18, 2010
Sheraton Montevideo, Uruguay

Panel 2: “Financial Crime & Street Crime”

Chair: Fletcher Baldwin, Chesterfield Smith Professor of Law and Director, Centre for International Financial Crime Studies, University of Florida Levin College of Law

**ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE Y NETWORKS ILÍCITOS
COMO FILTROS SISTÉMICOS DE IMPUNIDAD
DE LA CRIMINALIDAD ECONÓMICA CONTEMPORÁNEA**

RAÚL CERVINI

Abstract

El autor parte de la premisa de que solamente mediando una revisión metodológica integral que permita un conocimiento adecuado del hecho o actividad económica considerada como crítica se podrá abordar con éxito su tipificación penal, será viable su aprehensión, interpretación racional y la aplicación de las normas establecidas, de acuerdo a las exigencias de garantía inherentes al Estado Democrático de Derecho. El campo donde esta carencia metodológica resulta más evidente es el de la extra o macro criminalidad económica. Se esbozan los dos criterios básicos e inevitablemente complementarios de apreciación de la referida macro-criminalidad económica: los denominados análisis “clínico-sintomatológico” (que analiza el delito económico a partir las notas que lo singularizan a saber: la transnacionalización, abuso de la posición dominante, apariencia de legalidad y funcionamiento de los llamados networks ilícitos, sobredimensión del daño, mutabilidad, carácter difuso de las víctimas, e impunidad) y el análisis “tomográfico” (que analiza el delito económico desde las propias entrañas de los mecanismos económicos involucrados). Dicho esto se profundiza el estudio de dos de los más críticos síntomas exteriores del delito macro económico: el abuso de la posición dominante y el funcionamiento de los networks ilícitos. El artículo termina con unas breves consideraciones sobre la trascendencia de los filtros sistémicos de impunidad y la necesidad de comprender la criminalidad en su conjunto (convencional o no convencional) como un sub-producto estructural.

I. Consideraciones preliminares

1. La investigación de la ciencia jurídico-penales debe traducirse necesariamente en una actividad tendiente a conocer más sobre el fragmento del entorno social alcanzado por la norma y el impacto que tenemos sobre el mismo. Como en toda ciencia, también y particularmente en el campo jurídico de los delitos económicos y

financieros, el proceso de investigación requiere un esfuerzo de renovada valoración y evaluación de los paradigmas metodológicos sobre los que se basa su trabajo. Sólo una metodología apropiada al objeto de análisis permite ese proceso de descubrimiento intelectual que tiene el potencial de transformar nuestro conocimiento y comprensión del mundo que nos rodea, posibilitando una cristalización normativa democrática idónea de los conflictos sociales entendidos como más relevantes. Esta premisa general adquiere especial importancia en el crítico campo del Derecho penal económico-financiero.

2. La frecuente impunidad de las formas más gravosas de criminalidad económica está vinculada, entre otras causas, a una clara insuficiencia metodológica de los diferentes segmentos del Sistema Penal. Esta carencia se pone de manifiesto en todas las instancias de su dis-funcionalidad. Desde el momento inicial de la selección abstracta normativa por parte del legislador surge con evidencia que éste no cuenta, por lo general, con una formación integral idónea para desentrañar con la profundidad necesaria, la complejidad operativa de los variados procesos económico-financieros que pretende regular. Este mismo tipo de falencias se repite- en mayor o menor medida- a nivel administrativo y alcanza a todos los agentes institucionales y privados del sistema judicial. Se trata de una realidad que, mediando los matices del caso, se viene constatando desde hace décadas a nivel universal. En atención a ello, desde diferentes ámbitos académicos internacionales, generalmente multidisciplinarios, se vienen propiciando ideas innovadoras en el campo metodológico, todas ellas conducentes a facilitar un más adecuado acercamiento y conocimiento de los procesos y mecanismos económicos más complejos por parte de todos los operadores del sistema penal.¹

3. En ese contexto renovador el ámbito sofisticado de la macro delincuencia económica resulta particularmente propicio - tanto por la urgencia que impone su agresividad como por la naturaleza técnica de sus procesos - para implementar esas imprescindibles renovaciones metodológicas. Unicri-Cinaf han declarado que el análisis de la macro o extracriminalidad económica constituye de por sí un imperativo de la realidad contemporánea.²

¹ Conf: MOCCIA, Sergio: "La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale", Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, p. 56; " Riflessioni di politica criminale e di tecnica della legislazione per una riforma del diritto penale tributario" en Amn. Ist. Dir. Proc. Pen. 1993, Cap I; CASTALDO, Andrea: "Informe sobre la Criminalidad Organizada en Europa" preparado por encargo de la Secretaría Ejecutiva de la Comunidad, Doc. CSD-76/ 05- Bruselas, 2006, p. 36 y ss; conf VIGNA, Piero L: "Nuevos Institutos Procesales contra el Crimen Organizado", en *El Crimen Organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*. Guillermo J YACOBUCCI (Coordinador), Universidad Austral, Biblioteca de Estudios Penales, Editorial Abaco, Buenos Aires. 2005, p. 179 y ss.; CASTALDO, Andrea y NADDEO, Marco: "Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio" Cedam. Padova, 2010, ps 130 y ss.; CASTALDO, Andrea: "Obblighi antiriciclaggio e categorie professionali coinvolte: le novità del D. Lgs. 20 febbraio 2004, n. 56", en *Diritto e Prática nella Società*, No. 9/2004, p. 16. NADDEO, Marco: "Obblighi antiriciclaggio per gli avvocati: i profili Della c.d. collaborazione attiva", en *Società*, abril de 2007, p. 27 . También sobre renovación metodológica ver CERVINI, Raúl: "Macrocriminalidad Económica. Apuntes para una aproximación metodológica analítica." en *Anales del Seminario Internacional de Derecho Penal Económico*, Revista Brasileña de Ciencias Criminales, Año 3, No. 11, julio-setiembre 1995 y "Nuevas formas de macrodelincuencia económica. Abordaje metodológico" en obra colectiva "Ensayos Penais en Homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodríguez de Souza" Editor Ricardo Lenz, Porto Alegre, junio 2003.

² Siguiendo conceptos de SEVERIN, en Ponencia presentada en la 10a. Annual Conference en Gainesville (abril 2009) hemos sostenido que "la macro o extracriminalidad económica contemporánea configura la expresión emergente de una nueva forma de desviación estructural, aquélla vinculada al ejercicio ilícito u objetivamente abusivo de las leyes económicas y de los mecanismos o resortes superiores de la economía, fundamentalmente a

Según datos recientemente actualizados, cuantitativamente, el 93% de los delitos conocidos siguen siendo convencionales y de poca monta (bagatela y/o dañosidad media); cualitativamente, el 7% restante de criminalidad estadística representa el 75% del daño general provocado por las conductas definidas como delictivas, evaluado en términos constantes³. Dejando provisoriamente de lado la cifra negra y la cifra dorada de la criminalidad económica los datos resultan igualmente impactantes. Un gran fraude a las subvenciones detectado en Francia a fines del año 2001 representó un monto equivalente a 2000 delitos convencionales contra la propiedad ocurridos en el mismo año⁴ y la "mega operación" Casablanca de lavado de activos representó un monto económico equivalente al de todos los hurtos y atracos contra personas físicas ocurridos en EE.UU. durante los 4 años anteriores⁵. Aún más categórico, hace 7 años hemos sido testigos de que el embate especulativo de grupos especializados sobre determinadas monedas es susceptible de llevar a su virtual devaluación y a un incremento exponencial del correspondiente riesgo país. En épocas más recientes, aún antes de la crisis global de los mercados, como síntomas evidentes de que el sistema de controles públicos y privados se mostraba crecientemente inefectivo e insuficiente, el mundo padeció el vaciamiento de grandes empresas, procesos de insolventación largamente programados y especulación descontrolada en el ámbito del sistema de seguros.

Las autoridades públicas y corporativas de todo el mundo conocen en carne propia la potencialidad de daño y virtual impunidad de especialistas aparentemente aislados de todo control que detentan el dominio funcional-operativo del ciberespacio financiero. Ante este tipo de agresión a las economías nacionales e internacional todo esfuerzo comparativo con la dañosidad atribuida a la delincuencia convencional trasuntará siempre un sentimiento de grotesca impotencia.

4. 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,

los conocidos como mecanismos económicos abiertos, los que no necesariamente se vinculan a la llamada economía de mercado, a saber: los mecanismos del equilibrio de la economía nacional con el mundo exterior (mecanismo de los cambios), los de transformación del capital en renta y de la renta en capital (mecanismos financieros y bursátiles), los de la circulación y aplicación de activos y finalmente los del equilibrio entre la producción y el consumo (manejo de los "commodities", carteles, abusos al consumidor, etc."

³ Datos extraídos de Informe UNICRI-CINAF. Documentos MCC-105, MCC 130, MCC 162/08 y MBC 105/09 correspondientes a los años 2006, 2007, 2008, y 2009 respectivamente, (Roma). Cnf: TEERADILLOS BASOCO, Juan María: "Sistema penal y empresa" en TERRADILLOS BASOCO, Juan María y ALCALÉ SANCHEZ, María (Coordinadores): "Nuevas Tendencias en Derecho Penal Económico" MDJ Monografías, UCA, Universidad de Cádiz, Servicio de Publicaciones, Cadiz, 2008, p. 16.

⁴ BACRIE, Stéphane: "Reporte sobre Criminalidad Europea", Documento BV/78/01, para Consejo Consultivo ICEPS, diciembre 2001.

⁵ RUGGERO-FLECK MOYANO: Informe Melbourne Superior Institute of London, Doc. CB.6 / 2000. y CB 156/2006

distinguir claramente el recurso típico, atípico o eventualmente abusivo de los citados mecanismos económicos.

5. 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.

6. 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?⁶ 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.⁷ 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

⁶TIEDEMANN, Klaus: "'Poder Económico y Delito (Introducción al Derecho Penal Económico y de la Empresa)", Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1985, p. 58.

⁷ CULMANN, Henri: "Los Mecanismos Económicos", Colección Beta, A. Redondo Editor, Barcelona 1989, p. 8 y ss.; LECAILLON, Jacques: "Les Mécanismes de L'économie", 2da edición, Colección Initiation, Editorial Cujas, París, 1972.

A grandes rasgos podemos decir que la teoría económica adopta dos formas distintas: está hecha tanto de leyes económicas que expresan la relación funcional o causal de interdependencia de dos o más fenómenos económicos, como de mecanismos económicos que expresan la cadencia cronológica de una serie de fenómenos (económicos) cada uno de los cuales obedece al anterior. Esos mecanismos económicos son entonces relaciones entre grupos de hechos de órdenes distintos, proceden de la observación pero se prestan al análisis cartesiano, al razonamiento y hasta al cálculo. En todo caso los mecanismos pueden clasificarse en mecanismos cerrados y abiertos. Los mecanismos económicos cerrados son aquéllos que desembocan en un resultado de la misma naturaleza, sino de la misma fuerza, que el impulso inicial. Este resultado es, a su vez, el impulso inicial de un nuevo mecanismo parecido al precedente. Estos pueden estar involucrados con las más variadas formas de criminalidad económica convencional. Los mecanismos abiertos -tan relevantes a efectos de nuestro análisis sobre extracriminalidad- son, en cambio, aquéllos que desembocan en resultados de naturaleza distinta al del fenómeno inicial. Sin duda este resultado puede ser, a su vez, impulso inicial de una cadena de fenómenos económicos, pero respondiendo a un impulso de naturaleza distinta, el mecanismo también será distinto, pero siempre, técnicamente predecible. En teoría ambos tipos de mecanismos resultan por distintos canales técnicamente susceptibles de desviaciones. En los hechos, la naturaleza de los fenómenos económicos involucrados conduce a pensar que las desviaciones de mayor gravosidad social tienden a concentrarse en el campo de los mecanismos abiertos.)

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.⁸

7. 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.

8. Dicho lo anterior debe señalarse que desde el punto de vista del análisis clínico dos de las principales notas externas y filtros de impunidad propios de la extra delincuencia económica, son el abuso de la posición dominante y el funcionamiento de los networks ilícitos. Las notas señaladas, por su relevancia y actualidad, justifican su 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"⁹. 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.¹⁰ La noción de "abuso de poder" se encuentra a su vez conectada con las variables que lo expresan.

Hemos dicho hace veinte años¹¹, 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.

⁸ RYAN, Bob, SCAPENS, Robert W y THEOBALD, Michael: “ Research Method & Methodology in Finance & Accounting”, Thomson, Londres, 2002, p. 40)

⁹WEBER, Max: "Wirtschaft und Gersellschaft", T. II, Tubinga, 1976, p. 531.

¹⁰TIEDEMANN, Klaus: "Poder Económico y Delito op cit", p. 57 y ss.

¹¹CERVINI, 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.

VERSELE¹² 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 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. DAHL¹³, 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.

Sin perjuicio de lo expuesto, y desde un punto de vista diferente, histórico-estructural, se observa que el delito, como fenómeno social, cambia constantemente de aspecto. Junto a unas determinadas formas de vida 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.

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 CATHARINO¹⁴, salvo en las

488.

¹²VERSELE, Servin Carlos: "Las Cifras Doradas de la Delincuencia", en Revista ILANUD AL DIA, Año 1, No. 1, San José, 1978, p. 21.

¹³DAHL, Robert A.: "Who Governs? Democracy and Power in American City", New Haven, London, 1961.

¹⁴MARTINS CATHARINO, José: "Compendio Universitario de Direito do Trabalho", Vol. I, San Pablo, 1972, p. 245.

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.

Estas consideraciones aumentan su vigencia si se proyectan sobre las nuevas realidades tecnológicas. Por un lado, como ya señalaba KELLERS a principios de la década del 70,¹⁵ 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.

En forma creciente, los autores angloamericanos¹⁶ emplean el término "*hecho penal profesional*" (occupational crime) poniendo el acento en la conexión existente entre el papel profesional y las nuevas modalidades de delincuencia no convencional nacional e internacional. En la misma orientación se señala que actualmente la nota característica del delito no convencional estriba en la especial manera de comisión (modus operandi) y en el objeto especialmente sofisticado de ese comportamiento y que esta fatal combinación de especialización criminal y progreso técnico ha puesto al derecho penal ante problemas totalmente nuevos.¹⁷

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 fronteras¹⁸ 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"

¹⁵ KELLERS : "Bankruptcy", Bruselas, 1974)

¹⁶CLINARD, Marshall y QUINNEY, Richard: "Criminal Behavior Systems. A Typology", 2da. Edic., Holt, Rinehart y Winston, N. York, 1973, p. 56 y ss.

¹⁷THORWARD, Jürgen: "Crime and Science", New York, 1966, p. 77.

¹⁸SIBARIN, Frank: "Mecanismos macro-económicos y Delincuencia Financiera", ponencia al 2do. Encuentro de Consejos Consultivo y de Dirección del ICEPS, New York, diciembre 1994.

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.¹⁹

Un 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*, ya expresaba 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.”²⁰

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

¹⁹Sobre 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.

²⁰ HELM ROGERS, Bernard: “Inquietud y Reflexión- Tormentas especulativas”, en *East American Review*, Vol. VI, No. 12, Washington, julio 2002.

de la interacción puntual entre operadores especializados son en la sociedad actual tan fundamentales, o más, que las viejas reglas de mercado.²¹

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.²² 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 abusivamente 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

²¹ Conf.: TIRENNO, Duilio: "La lotta alla criminalità economica," en Rivista Trimestrale Lucerne, Vol VI, No. 5, Milano, 2008; FLECK MOYANO, Patricia Luján: "Global Bank Risk", Hasser, Berna, 2008, Cap I, p. 16; VOLZ FARIAS, Emilio Enrique: "Matemática Financiera Aplicada as operacoes do mercado financeiro", Edic. FEEV, Santa María, 2002. p. 203.

²² 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.

transcurso de su exposición preliminar a la Sección de Trabajo N° III (Macrocriminalidad Económica y Riesgos Corporativos), el Prof. Saúl Larren 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"*.²³ 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 resultaron insuficientes o debilitados. 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. Networks Ilícitos.

1. Hemos mencionado en el Capítulo I (Consideraciones Preliminares) que los macrodelitos económicos se producen en forma que exteriormente tienen la apariencia de una legalidad absoluta y esta característica se conecta directamente con una variable de abuso de poder ya descripta: la especialización profesional a la que otorgamos creciente importancia. También se conecta con el funcionamiento de ciertos *"standard de fiabilidad ilícita"* que otorgan los llamados "networks ilícitos". La propia existencia y viabilidad de estos conductos de apoyo, comunicación, asesoramiento e intercambios, denuncia también la coordinación de actividades a nivel global que caracteriza el actual Crimen Organizado (la red)²⁴.

Toda organización criminal desarrollada, principalmente si se dedica a macrodelitos económicos, además de procurar una planificación estratégica y táctica, un modo de actuar racional y cierto nivel de distribución de roles, pretende establecer dependencias recíprocas estrechas entre las actividades ilegales y legales. Más aún, tiene imperiosamente que participar en algún nicho del mercado legal para tener así una "segunda pierna" de apoyo o "cobertura táctica" para poder encubrir y ocultar sus negocios ilícitos y, fundamentalmente, para obtener grandes beneficios operando en la zona gris de la economía. A efectos de viabilizar e incluso legitimar parte de sus actividades resulta imprescindible esa telaraña de protectores y patrocinantes en las esferas de la policía, justicia, política y economía, los que forman una fundamental zona intermedia en torno al grupo delictivo sin la cual

²³Anales 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.

²⁴Sobre las características generales del fenómeno del Delito Organizado y su enfoque analítico, ver: GOMES, Luiz Flavio y CERVINI, Raúl: "Crime Organizado. Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal", Editora Revista Dos Tribunais, Segunda Edición, San Pablo, mayo 1997, p. 246 y ss.

estas organizaciones perderían su capacidad de adaptación y de integración dentro de ciertos marcos a las actividades legales.²⁵

Esto nos lleva a considerar este subproducto funcional de la estrategia global que constituyen los llamados "**networks ilícitos**"²⁶.

2. Debe tenerse presente ante todo que las transacciones ilícitas por su misma naturaleza se desarrollan en circunstancias que excluyen una de las características fundamentales de los modernos mercados capitalistas: la impersonalidad de los intercambios. Es indiscutible que el delito organizado funciona también como un gran holding de vínculos individualizables.²⁷

Por eso, para el delito organizado transnacional resulta mucho más económico y seguro confiar en determinados canales privilegiados de comunicación e intercambio, capaces de garantizar un cierto "standard de fiabilidad ilícita" para todos los miembros del circuito clandestino.

Estos canales son los mencionados "networks ilícitos" y pueden ser categorizados como una forma de relación intermedia entre un clan y una burocracia en condiciones de combinar los rasgos típicos, tanto de las organizaciones formales como de los grupos primarios "cara a cara".

3. El miembro de un grupo mafioso o de un grupo especulativo ilícito, puede confiar hoy en una trama de "puntos" de solidaridad y protección de extensión geográfica multinacional y multicultural, dotada de una cualidad de confiable permanencia y de estandarizaciones típicas de la burocracia, así como de la elasticidad y la fiabilidad características del grupo informal. En el interior de este retículo pueden circular bienes, servicios, prestaciones y contraprestaciones de naturaleza ilícita a costos y riesgos relativamente bajos; la misma participación en la network es garantía de la "seriedad" y "profesionalidad" de los participantes.

4. Los emprendimientos ilícitos referidos a tráfico de piedras preciosas, armas, drogas, seres humanos e incluso ciertas actividades del terrorismo, se encuentran funcional-operativamente vinculados por este particular sistema de "mecanismos de arbitraje ilícito". Nada más eficiente y funcional que arbitrar drogas con armas, personas secuestradas por permisos de tránsito en ciertas "zonas liberadas". Estos acuerdos arbitrales se caracterizan por su extrema velocidad, ahorro de costos, minimización de riesgos, etc. La evidencia es aportada por la propia realidad regional. ¿Qué otro sentido puede encontrarse al desarrollo desproporcionado de Estudios contables, jurídicos, notariales y tributarios, e incluso el funcionamiento de cierta logística de transporte, en lugares tan sugestivos y remotos como lo son las ciudades gemelas limítrofes de Leticia y

²⁵ BACRIE, Stehane y CERVINI, Raúl: "**Report: Convention contre la criminalité transnationale organisée**", realizado a pedido del Relator de la Comisión de los Asuntos Extranjeros del Senado de Francia – Senador Dr. André Rouviere, en Report No. 200 Sénat- Sessiom Ordinaire 2001- 2002- , Paris 31 de enero 2001 p. 46.).

²⁶ CERVINI, Raúl: Sobre el tema: "Los Procesos de Lavado de Dinero y el funcionamiento de los Networks Ilícitos" en Revista de Ciencias Penales N° 5, Año 2000, Fundación Cuadernos de la Cátedra, Editorial Mave, Corrientes, Mayo 2000; "I Processi di Riciclaggio di Denaro e Network Illeciti. Approssimazione Metodologica e sue Conseguenze"- en Prospettive di Diritto Penale- Vol II, N. 3, Editorial Ufficio, Milan, junio 2001.

²⁷ Conf VIGNA, Piero L: "Nuevos Institutos Procesales contra el Crimen Organizado", en *El Crimen Organizado. Desafíos y perspectivas.....* cit ut supra, p. 183)

Tabatinga, situadas en plena Amazonia, sobre la frontera de Colombia y Brasil ¿En esos centros de intercambios ilícitos han circulado desde más de una década los líderes de las FARC y los jefes más buscados del tráfico de drogas de Brasil. Menos evidente pero igualmente sugestivo es la creciente oferta de servicios jurídicos y financieros en la llamada Triple Frontera, particularmente en Ciudad del Este (Paraguay) e incluso en la zona de Pedro Caballero.²⁸

5. El uso de las "networks ilícitas" confieren a la actividad de los operadores ilegales una dosis suplementaria de mimetización, debido a la tendencia de los primeros a sumergirse, a su vez, dentro de sistemas mucho más amplios de relaciones de tipo reticular que pueden corresponderse a variados factores²⁹.

IV. A modo de reflexión final

1. Como vemos resulta imprescindible resaltar ante todo, la importancia de esa nueva forma horizontal de poder expresada en la especialización profesional y el dominio funcional operativo de los medios tecnológicos. Este factor se suele traducir en ejercicio abusivo de la posición dominante. El mismo, 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 e impunidad frente al Sistema de Control Social.

2. A través del juego muchas veces combinado de estos factores de poder: económico, político y fundamentalmente mediando la suficiente especialización profesional, se filtran del sistema penal hechos gravemente perjudiciales para la comunidad nacional e internacional, los que simplemente 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. Este nuevo desafío impone un nuevo modelo de aproximación a la delincuencia económica más sofisticada. Sólo el adecuado conocimiento de los mecanismos involucrados permitirá abordar, con mayor posibilidad de éxito el control de estas gravosas desviaciones.

3. También se impone el reconocimiento y estudio de las referidas "redes de intercambios ilícitos" cuyo funcionamiento viabiliza alto nivel de cobertura de muchas

²⁸ Conf. Osservatorio Giurídico sulla Criminalità Economica Organizzata de Roma. Proyecto CERARDI: (Centro di Ricerca per il Diritto d'impresa), implementado académicamente por la Università degli Studi di Salerno y la Università Luiss Guido Carli di Roma.: Informe M/ 27/ 2009 , Roma, 2009, p.39.)

²⁹ Es, por ejemplo, el caso de las "diásporas migratorias" ejemplificadas en los grupos mafiosos sicilianos empeñados a nivel mundial en el comercio internacional de la heroína. El retículo de referencia está formado por las relaciones entre el vasto número de comunidades de emigrantes de Italia del Sur, establecidas en Europa, América y Australia, entre principios de siglo y la década de los años setenta. El hecho de que las networks criminales no representen, en este caso, más que una parte numérica despreciable de individuos entre más de 14 millones de expatriados, no hace más que contribuir a acrecentar el nivel del secreto, la diversificación y la escalada de intercambios ilícitos. En un esquema de actuación más reducido también puede mencionarse el caso de la mafia italiana de Nueva York que controla, desde hace varias décadas, entre otros, los negocios de la construcción, basura y del pescado dentro de ese Estado, canalizando el producto de sus actividades a través de similares vías. Por su parte, los networks de poder se concretan en las relaciones entre los miembros asociados voluntarios con objetivos declarados de naturaleza muy diversa y aparentemente legal (asistencia profesional, intercambio de conocimientos y contactos, beneficencia, lobbying, promoción de valores culturales y religiosos, etc.), pero que acentúan el carácter reservado y semisecreto de sus actividades y la propia identidad de los mismos inscritos.

operaciones ilícitas y un crítico punto de conexión o tránsito entre el mundo de la criminalidad ostensible y ciertos niveles de actividad respecto de cuya legalidad o eventual ilegalidad, el diagnóstico es o luce como bastante complejo.

4. Finalmente 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.

Pero además y principalmente, la aproximación a la macodelincuencia económica a través del análisis dinámico de sus mecanismos superiores, permite extraer otras valiosas conclusiones, aquellas 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. Ello trasuntará evidente trascendencia dogmática y procesal en el ámbito de las garantías inherentes a un Sistema Penal racionalmente adecuado a exigencias constitucionales propias de un Estado Democrático de Derecho

Raúl Cervini